Bundesverfassung

Letzte Änderung: 28.10.2026

PDF erstellt am: 03.11.2026



ONLINEKOMMENTAR
DER FREI ZUGÄNGLICHE
RECHTSKOMMENTAR

INHALTSVERZEICHNIS

Art. 3 BV 5
Art. 5a BV 53
Art. 6 BV 87
Art. 10 BV 119
Art. 13 BV 187
Art. 16 BV 241
Art. 17 BV 309
Art. 20 BV 381
Art. 22 BV 431
Art. 26 BV 467
Art. 29a BV 555
Art. 30 BV 613
Art. 31 BV 669
Art. 32 BV 719
Art. 42 BV 791
Art. 43 BV 813
Art. 43a BV 831
Art. 45 BV 863
Art. 51 BV 895
Art. 52 BV 921
Art. 55 BV 939
Art. 56 BV 981
Art. 60 BV 997
Art. 68 BV 1027
Art. 69 BV 1053
Art. 74 BV 1093
Art. 75b BV 1119
Art. 77 BV 1153
Art. 81 BV 1183

Art. 96 Abs. 1 BV 1217
Art. 96 Abs. 2 lit. a BV 1261
Art. 108 BV 1279
Art. 110 BV 1305
Art. 117a BV 1323
Art. 118 BV 1341
Art. 119a BV 1357
Art. 122 BV 1395
Art. 123a BV 1415
Art. 123b BV 1455
Art. 130 BV 1471
Art. 136 BV 1525
Art. 164 BV 1561
Art. 166 BV 1603
Art. 170 BV 1631
Art. 176 BV 1679
Art. 178 BV 1705
Art. 189 BV 1733
Art. 191 BV 1783

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 3 BV

Eine Kommentierung von Noah Rohner / Kerstin Noëlle Vokinger

ZITIERVORSCHLAG

Noah Rohner/Kerstin Noëlle Vokinger, Kommentierung zu Art. 3 BV, in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (Hrsg.), Onlinekommentar zur Bundesverfassung

Kurzzitat: OK-Rohner/Vokinger, Art. 3 BV N. XXX.

Art. 3 Kantone

Die Kantone sind souverän, soweit ihre Souveränität nicht durch die Bundesverfassung beschränkt ist; sie üben alle Rechte aus, die nicht dem Bund übertragen sind.

GLIEDERUNG

I. Überblick 7
II. Entstehungsgeschichte 8
III. Kontext innerhalb der Bundesverfassung 13
IV. Regelungsinhalt 15
A. Die Souveränität der Kantone (1. Teilsatz) 15
1. Ideengeschichtlicher Überblick 15
2. Die Souveränitätskonzeption des Art. 3 BV 17
3. Heutige Bedeutung der «Souveränitätsklausel» 20
B. Die Kompetenzverteilung im Bundesstaat (2. Teilsatz) 22
1. Allgemeines 22
2. Verfassungsvorbehalt zulasten des Bundes 24
3. Typologie der Rechtsetzungskompetenzen 28
a. Sachlicher Umfang der Bundeskompetenzen 29
b. Wirkung auf die kantonalen Kompetenzen 30
c. Auslegung von Rechtsetzungskompetenzen 31
4. Vollzugskompetenzen 34
C. Kompetenzkonflikte zwischen Bund und Kantonen 35
1. Grundlagen 35
2. Kooperative Beilegung von Kompetenzkonflikten 37
3. Rechtsschutz der Kantone mit Blick auf Art. 3 BV 37
Weitere empfohlene Lektüre 39
Literaturverzeichnis 40
Materialienverzeichnis 52

I. ÜBERBLICK

Art. 3 BV – oft als «Grundnorm»[1] oder «pierre angulaire»[2] des schweizerischen Föderalismus betitelt – befasst sich mit der **Stellung der Kantone und ihrem Verhältnis zur Bundesebene**.[3] Der erste Teilsatz hält fest, dass die Kantone «souverän» sind, «soweit ihre Souveränität nicht durch die Bundesverfassung beschränkt ist» (Souveränitätsklausel). Der zweite Teilsatz erklärt die Kantone für zuständig, alle «Rechte» auszuüben, die «nicht dem Bund übertragen sind» (Kompetenzverteilungsklausel). 1

Beide Teilgehalte weisen **enge sachliche und geschichtliche Bezüge zueinander** auf, wobei die «Souveränitätsklausel» als innere Begründung der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung dient:[4] Eine Regel zur Verteilung der Zuständigkeiten zwischen Bundes- und Kantonsebene ist nötig, weil die Kantone in einem Bundesstaat mit verselbstständigter Zentralgewalt keine vollgültige und unumschränkte rechtliche Souveränität haben können.[5] Bundes- und gliedstaatliche Aufgabenerfüllung sind deshalb zu koordinieren.[6] Indem die Kompetenzverteilungsregel formal-rechtlich den Wirkbereich kantonaler «Restsouveränität» definiert, wirkt der zweite Teilsatz von Art. 3 BV auf den ersten zurück (vgl. N. 26).[7] 2

Mit dem Hinweis, dass die Kantone «souverän» sind, «soweit ihre Souveränität nicht durch die Bundesverfassung beschränkt ist», definiert Art. 3 BV den Aufgabenteil der Bundesverfassung (Art. 54–135 BV) – abhängig von der Art der Kompetenz (N. 46 f.) – als latente oder aktuelle **Einschränkungen** der kantonalen Souveränität. Analoges gilt dabei für völkerrechtliche Verträge (Art. 54 i.V.m. 186 BV). Zugleich wird die Souveränität der Kantone aber auch 3

1. Komm. aBV-Saladin, Art. 3 N. 1.
2. CR Cst-Martenet, Art. 3 N. 1.
3. BSK BV-Biaggini, Art. 3 N. 1; Hangartner, Art. 3, S. 156.
4. So bereits Dubs, II, S. 186 f.; vgl. auch Tschannen, N. 722, der den zweiten Teilsatz für überflüssig hält.
5. Burckhardt, FS Fleiner, *passim*; Martenet, Autonomie, S. 15 ff.; Reich, BGK, § 12 N. 4; Usteri, S. 151 f.
6. Die Aufteilung der materiellen Gesetzgebungskompetenzen zwischen dem Zentral- und Gliedstaat ist nach Imboden, Grundsatz, S. 131, der «organisatorische Grundgedanke» des Bundesstaates.
7. Ähnlich wie hier bereits Imboden, Grundsatz, S. 130 ff.

als eine **Schranke der Bundesgewalt** konstituiert; der massgebende Souveränitätsbegriff bleibt dabei noch zu definieren (vgl. N. 19 ff.).

4 Diese Einschränkungen der kantonalen Souveränität haben **absoluten Charakter**. Erstens, weil kompetenzkonform erlassenes Bundesrecht entgegenstehendem kantonalem Recht vorgeht (Art. 49 Abs. 1 BV),[8] und zweitens, weil Bundesrecht nicht im Verfahren der abstrakten Normenkontrolle überprüft werden kann (Art. 189 Abs. 4 Satz 1 BV; Art. 82 lit. b BGG *e contrario*). Dieser «Bindung» an die Verfassungs- und Gesetzgebung des Bundes wegen erscheint Art. 3 BV auf den ersten Blick eher als ein Strukturprinzip des Bundesstaates statt einer justiziablen Schranke der Bundesgewalt. Bei näherer Betrachtung zeigt sich aber, dass Art. 3 BV auch praktische Bedeutung hat (vgl. N. 48 ff.).

II. ENTSTEHUNGSGESCHICHTE

5 Art. 3 BV geht auf die Mediationsverfassung von 1803 zurück, welche die Schweiz unter der Aufsicht Frankreichs als vormalige Besatzungsmacht (1798–1803) als einen Staatenbund konstituierte.[9] Der Struktur als Staatenbund entsprechend war die Bundesgewalt **engen rechtlichen Bindungen** unterworfen: «Die Kantone üben alle Gewalt aus, die nicht ausdrücklich dem Bund übertragen wurde» (Art. 12, 20. Titel Mediationsakte). Die gleiche Norm war auch in den Verfassungsentwürfen von 1832 und 1833 enthalten, die eine Neugründung der Schweiz als Bundesstaat beabsichtigten.[10] Auch wenn dies keinen Erfolg hatte, waren die Entwürfe immerhin als Grundlage für die Beratungen der Verfassungskommission von 1848 nachhaltig staatspolitisch bedeutsam.[11] Art. 3 BV (1848) entsprach fast wörtlich der

8. Einlässlich zur Frage des Verhältnisses von Bundesrecht und kantonalem Recht z.B. Blumer/Morel, S. 241 ff.; Burckhardt, FS Fleiner, *passim*; Ders., Abgrenzung, *passim*; Imboden, Bundesrecht, *passim*; Ders., Grundsatz, *passim*; Huber, *passim*; Waldmann, Bundesrecht, *passim*; Komm. aBV-Saladin, Art. 3 BV N. 214 ff.
9. VRdCH 2020 I-Kley, Geschichte, N. 7 ff.
10. «Die Kantone sind souverän und üben als solche alle Rechte aus, die nicht ausdrüklich der Bundesgewalt übertragen sind. Hinsichtlich dessen, was dem Bund übertragen worden, wird die oberste Gewalt nach Vorschrift der gegenwärtigen Bundesurkunde, ausgeübt» (Art. 2 des Entwurfs zu einer Bundesurkunde der schweizerischen Eidgenossenschaft vom 17.7.1832; ebenso Art. 2 des Entwurfs zu einer Revidierten Bundesurkunde der schweizerischen Eidgenossenschaft vom 15.5.1833). – Vgl. auch SGK BV-Schweizer, Art. 3 N. 1.
11. Kley, Verfassungsgeschichte, S. 239, 248.

Mediationsakte: «Die Kantone sind souverän, soweit ihre Souveränität nicht durch die Bundesverfassung beschränkt ist, und üben als solche alle Rechte aus, welche nicht der Bundesgewalt übertragen sind».[12]

Diese Bestimmung beizubehalten war notwendig, weil 1848 das Verhältnis der «neuen» Zentralgewalt zu den ehemals selbstbestimmten Kantonen geregelt werden musste. Dafür wurde an den Zustand der Mediationsverfassung angeknüpft.[13] Ausgangspunkt der «neuen» Ordnung bildete die Auffassung, dass der Bund eine **Kreation der Kantone** war.[14] Sämtliche Bundeskompetenzen (ob nach damaligem oder heutigem Stand) lagen ursprünglich in kantonaler Hand. Die Kantone sollten für alle Aufgaben zuständig bleiben, welche die Verfassung selbst nicht dem Bund übertrug.[15] Ebenso wichtig war, dass mit der BV von 1848 das **Grundprinzip der Bundesstaatlichkeit** eingeführt wurde, d.h., dass bildlich gesprochen «über» (bzw. rechtlich gesprochen «neben») den Kantonen der Bund als zentralstaatliche, staatsrechtlich eigenständige Körperschaft errichtet wurde. Diese wurde mit «eigenen» politischen Organen ausgestattet und mit der Erfüllung von Aufgaben betraut, die im nationalen Interesse liegen.[16] Die in diesem Konstrukt angelegten Antinomien – gliedstaatliche Eigenständigkeit in einem bundesstaatlichen Kontext – galt es zu koordinieren.[17] 6

12. Blumer/Morel, S. 177 folgern daraus, die Bundesgewalt erstrecke sich nicht nur auf die ihm vom Verfassungstext erteilten Kompetenzen, sondern auch auf andere, deren einheitliche Regelung für die Erfüllung der ihm zugeschiedenen Aufgaben notwendig sei. – Zur damit verbundenen *implied powers*-Frage vgl. N. 37.
13. Dubs, II, S. 39; Blumer/Morel, S. 124 ff.; Kölz, II, S. 209 ff., 543 ff.
14. Vgl. Art. 1 BV (1848); aus der Lehre vgl. Auer, N. 35 ff.; Fleiner, S. 38 f.; Knapp, S. 302: «[...] il est vrai que la Confédération reconnaît les cantons, mails elle ne le fait que parce que ceux-ci l'ont entendu ainsi», m.w.H.
15. Bericht BV 1848, S. 12: «So ist auf der einen Seite die Kantonalsouveränetät der Bundessouveränetät untergeordnet; aber dagegen besitzt diese letztere keine andere Souveränetät, als die, welche ihr von der ersten übertragen ist, so dass Alles, was nicht an die Centralgewalt abgetreten ist, den Kantonen verbleibt».
16. Vgl. dazu Bericht BV 1848, S. 43 ff.; Dubs, II, S. 32 ff., 35 ff.; Blumer/Morel, S. 172 ff.
17. «Ein Föderativsystem, welches die beiden Elemente, welche nun einmal in der Schweiz vorhanden sind, nämlich das nationale oder gemeinsame und das kantonale oder besondere, achtet, welches jedem dieser Elemente gibt, was ihm im Interesse des Ganzen und seiner Theile gehört, welches sie verschmelzt, vereinigt, welches die Glieder dem Ganzen, das Kantonale dem Nationalen unterordnet, indem sonst keine Eidgenossenschaft möglich wäre und die Kantone in ihrer Vereinzelung zu Grunde gehen müßten; [...] das ist der Grundgedanke der ganzen Arbeit, der Schlüssel zu allen Artikeln» (Bericht BV 1848, S. 12; vgl. auch S. 45 ff.).

7 Die Gründergeneration orientierte sich dabei – implizit – am **Konzept der «geteilten Souveränität»** zwischen Bund und Kantonen (vgl. N. 23 ff.). Nach diesem Konzept sind sowohl der Bund als auch die Kantone souverän, aber ihre Souveränitäten beschränken sich gegenseitig.[18] Art. 3 BV (1848) sollte dies zum Ausdruck bringen. Die systematische Stellung dieses Artikels in der BV von 1848 war dabei kein Zufall. Art. 1 BV (1848) stellte fest, dass die «durch gegenwärtigen Bund vereinigten Völkerschaften» nicht etwa Untertanengebiete des Bundes, sondern «souveräne» Kantone sind. Art. 2 BV (1848) zählte die Zwecke auf, zu deren Verwirklichung sich die Kantone zu einem «Bund» zusammengeschlossen hatten. Die Art. 5 bzw. 6 BV garantierten den Kantonen eigene Gebiete, eigene Völker, eigene politische Systeme und eigene Verfassungen.[19] In diesem Kontext definierte Art. 3 BV (1848), welche **Rechte** den Kantonen nach ihrer «Vereinigung» zu einem Bundesstaat verblieben, bzw. welche Rechte die neu eingerichteten Bundesorgane (primär: der Bundesgesetzgeber) haben sollen. Die Überordnung des Bundes über die Kantone sollte dort aktuell werden, wo Volk *und* Stände (mit doppeltem Mehr) durch Änderung der BV dem Bund einen Sachbereich willentlich übertragen hatten. Die BV von 1999 hat diese Struktur grundsätzlich übernommen. In Art. 1 BV ist allerdings nicht mehr von den «durch gegenwärtigen Bund vereinigten Völkerschaften» die Rede, sondern davon, dass das «Schweizervolk und die Kantone [...] die Eidgenossenschaft bilden». Insbesondere der Hinweis auf das «Schweizervolk» deutet darauf hin, dass sich die nationale Identität seit 1848 insofern gewandelt hat, als heute nicht mehr die «Kantonsvölker», sondern das «Schweizervolk» als deren Summe den Bund konstituiert.

8 Aus historischer Sicht zeigt sich also, dass Art. 3 BV die Funktion zugedacht war, das **bundesstaatliche Gleichgewicht** zwischen Zentralgewalt und Gliedstaaten zu strukturieren.[20] Art. 3 BV enthält die Formel, um den Grad vertikaler Gewaltenteilung zu einer gegebenen Zeit zu bestimmen, ohne dabei einen bestimmten historischen «Gleichgewichtszustand» zu erhalten. Welche

18. Siehe dazu Blumer/Morel, N. 176; Dubs, I, S. 28 ff., 54 ff.; Dubs, II, S. 23 f., 25 ff.; Schollenberger, S. 97 f., 100; Lampert, S. 13; von Planta, S. 109. – Grundlegend dazu Waitz, *passim*.
19. Einlässlich dazu auch Biaggini, Bundesstaat, S. 26 ff.
20. Burckhardt, Kommentar, S. 19 f.; Dubs, II, S. 28 ff.; Imboden, Bundesrecht, S. 70; von Planta, S. 109; ähnlich wie hier Hangartner, Kompetenzverteilung, S. 50; vgl. aber Komm. aBV-Saladin, Art. 3 N. 42 f.

Kompetenzen in welchen Händen liegen *sollen*, lässt sich Art. 3 BV nicht entnehmen. Diese Frage ist im demokratischen Prozess der Verfassungsgebung auf Bundesebene zu entscheiden: Jede **Gewichtsverschiebung zugunsten des Bundes** ist nach Art. 3 BV gewollt, wenn ihr ein obligatorisches Referendum mit doppeltem Mehr vorausging. Die rechtliche Tragweite des Föderalismus als staatsorganisatorisches Strukturprinzip ist hernach an die Verfassungsgebung auf Bundesebene gebunden. Die «Kompetenz-Kompetenz» – die Entscheidungsmacht über die Aufgabenverteilung zwischen Bund und Kantonen – liegt bei Volk und Ständen.[21] Über die Reichweite einer Bundeskompetenz entscheiden dagegen die eidgenössischen Räte im Rahmen der Gesetzgebung (vgl. N. 50). Diese Grundsätze gelten auch heute noch (vgl. N. 9 f., N. 28).

Mit der **Totalrevision der BV von 1874** wurde Art. 3 nicht geändert.[22] 9
Allerdings wurden mit dieser Totalrevision **zwei neue Bestimmungen** eingeführt, welche die Bedeutung des Art. 3 BV in der Praxis nachhaltig prägten: Die erste Neuerung öffnete dem Bund bzw. den Kantonen im Falle eines Kompetenzkonflikts den Rechtsweg an das Bundesgericht.[23] Weil bzgl. Bundesgesetzen und Staatsverträgen aber schon damals nur eine eingeschränkte Verfassungsgerichtsbarkeit bestand, konnte das Bundesgericht nur kompetenzwidrig erlassene *kantonale* Erlasse aufheben.[24] Die zweite Neuerung war eine Bestimmung, wonach «Bestimmungen der eidgenössischen Gesetzgebung, der Konkordate, der kantonalen Verfassungen und Gesetze, welche mit der neuen Bundesverfassung im Widerspruch stehen, [mit] Annahme derselben, beziehungsweise der Erlassung der darin in Aussicht

21. Zum Begriff vgl. BSK BV-Biaggini, Art. 3 N. 18; kritisch zum Begriff Komm. aBV-Saladin, Art. 3 N. 79. – Innerhalb ihres eigenen Staatsgebiets definiert indes auch jeder *Kanton* seine eigenen Kompetenzen.
22. Kompetenzkonflikte waren nach 1848 allerdings keine Seltenheit. Diese hatten primär den Hintergrund, dass der Bund seine neu gefassten Kompetenzen streng rechtlich und ohne Rücksicht auf das staatspolitisch «Gebotene» interpretierte. Dies illustriert BBl 1853 II 103, wo es um die anwendbare Regel zur Ermittlung des Gerichtsstandes für Ehescheidungsklagen ging. Die Gesetze der Kantone St. Gallen und Graubünden sahen dazu Unterschiedliches vor. Die beiden Kantone legten die Streitsache der Bundesversammlung vor mit der Einladung, schweizweit einheitliche Regeln aufzustellen. Die Bundesversammlung leistete dieser Einladung keine Folge und begründete seine Enthaltung damit, dem Bund fehle die verfassungsmässige Zuständigkeit.
23. Art. 113 Abs. 1 Ziff. 2 BV (1874); Art 73 i.V.m. 74 Ziff. 17 lit. a BV (1848).
24. Art. 113 Abs. 3 BV (1874); dazu auch Biaggini, Bundesstaat, S. 29 ff., 51 ff., 76 ff., 121 ff.; ferner N. 42 ff.

genommenen Bundesgesetze, ausser Kraft [treten]» (Art. 2 der Ue-Bst. BV [1874]). Das BGer konstruierte diese an sich rein übergangsrechtliche Norm in ein grösseres «staatsrechtliches Prinzip» um, das verletzt sei, wenn durch «kantonale Entscheidungen ausdrücklich oder thatsächlich (durch Nichtanwendung von Normen des eidgenössischen Rechtes auf Fälle, die offenbar von demselben beherrscht werden) die derogatorische Kraft der Bundesgesetze gegenüber dem kantonalen Rechte verneint und der Grundsatz, dass Bundesrecht dem Kantonalrechte vorgeht [...] faktisch verneint wird».[25] Dieser frühe Entscheid, der sich zu Recht nicht auf Art. 3 BV stützte, ist heute mit Art. 49 Abs. 1 BV positives Verfassungsrecht.

10 Auch die **Totalrevision der Bundesverfassung im Jahr 1999** brachte mit Blick auf Art. 3 BV keine grundsätzlichen Änderungen. Art. 3 BV weist damit seit der Gründung der schweizerischen Eidgenossenschaft im Jahr 1848 bis heute sowohl formell als auch materiell eine eindrückliche historische Kontinuität auf. Alle Änderungen, die an Art. 3 BV per 1999 vorgenommen wurden, sind dabei rein redaktioneller Natur. Die Formulierung von Art. 3 BV im Vorentwurf von 1995 entsprach wörtlich jener, die seit 1848 in Gebrauch war. Der bundesrätliche Entwurf von 1996 dagegen wollte Art. 3 BV in drei Absätze unterteilen:[26] Die Referenz auf die Souveränität der Kantone in Abs. 1, die Aufgabenerfüllung durch den Bund und die Kantone in Abs. 2 und die Mitwirkung der Kantone bei der Willensbildung des Bundes und an der Umsetzung des Bundesrechts in Abs. 3. Im parlamentarischen Verfahren einigten sich die Räte in der Differenzbereinigung darauf, aus Gründen des Traditionsanschlusses zur Formulierung aus den Jahren 1874 bzw. 1848 zurückzukehren.[27]

11 Im Jahr 2004 wurde eine umfassende **Föderalismusreform** vorgenommen (Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen; NFA), womit die Art. 5*a* BV und Art. 43*a* (vgl. N. 13 f.) in die BV aufgenommen wurden. Diese Normen wurden zuvor (mind. teilweise) aus Art. 3 BV abgeleitet. Zu ihrem Inhalt sei auf die jeweiligen Einzelkommentierungen verwiesen.[28]

---

25. BGE 12 I 543, 548 E. 2; für eine kritische Analyse vgl. Komm. aBV-Saladin, Art. 2 Ue-Bst. N. 5 ff., 58.
26. Vgl. BBl 1997 I 1, S. 129 ff. – Nach VE 96 hätte Art. 3 BV die Sachüberschrift «Bundesstaatlichkeit» getragen.
27. AB 1998 S 152 (Votum Aeby); AB 1998 S 408 (Zustimmung zum Beschluss des Ständerates).

III. KONTEXT INNERHALB DER BUNDESVERFASSUNG

Art. 3 BV befasst sich mit der Stellung der Kantone und ihrem Verhältnis zur Bundesebene.[29] Damit behandelt Art. 3 BV nur einen **Ausschnitt** aller Fragen, die ein föderalistisches System aufwirft.[30] Diese Verfassungsbestimmung ist Teil eines weiteren Regelungskontextes, der den Föderalismus als rechtliches und politisches Prinzip ausformt. Wie der schweizerische Föderalismus darüber hinaus ausgestaltet ist, legt die BV über mehrere Einzelbestimmungen hinweg fest. 12

Art. 3 BV schweigt sich zum Beispiel darüber aus, nach welchen konkreten Kriterien die Kompetenzen zwischen Bund und Kantonen verteilt werden sollen **(vgl. Art. 5*a* und 43*a* BV)** sowie auf welche Weise Bund und Kantone ihre jeweiligen Kompetenzen ausüben sollten, soweit der Kompetenzkatalog des Bundes dazu keine Hinweise gibt **(heute Art. 5*a*, 43*a*, 44, 46 und 47 BV)**.[31] 13

Art. 3 BV steht sodann in einer Wechselbeziehung zum Prinzip, wonach die Kantone an der Willensbildung des Bundes mitwirken **(Art. 45 BV)**. Vor 1999 leitete sich dieses Prinzip aus mehreren einzeln garantierten Mitwirkungsrechten ab. Teil des Verfassungstextes bildet die Mitwirkung der Kantone an der Willensbildung des Bundes seit 1999.[32] Die wichtigsten Institutionen dieses Prinzips sind das Ständemehr (Art. 142 BV), die Standesinitiative (Art. 160 Abs. 1 BV), das Kantonsreferendum (Art. 141 Abs. 1 BV), das Recht, sich an Vernehmlassungen zu beteiligen (Art. 147 BV) sowie die Mitwirkungsrechte der Kantone an der Willensbildung (Art. 45 BV) und an der Vorbereitung aussenpolitischer Entscheide des Bundes (Art. 55 BV).[33] 14

Art. 42 und Art. 43 BV haben im Vergleich zu Art. 3 BV kaum eigenständige Bedeutung, sondern wiederholen grundsätzlich nur, dass erstens die 15

28. BBl 2001 2291, *passim*; OK BV-Walther, Art. 5*a* und OK BV-Neier, Art. 43*a*, *passim*.
29. BSK BV-Biaggini, Art. 3 N. 1; Hangartner, Art. 3, S. 156.
30. Nach Saladin ist Art. 3 BV die «Grundnorm» des schweizerischen Bundesstaates (Saladin, Autonomie, S. 439 ff.; Komm. aBV-Saladin, Art. 3 N. 1). Dem ist insofern beizupflichten, als Art. 3 BV eine zentrale Frage des Föderalismus adressiert. Der letzte Geltungsgrund des Föderalismus ist aber nicht Art. 3 BV, sondern die Summe aller Verfassungsnormen, die den schweizerischen Bundesstaat strukturieren.
31. BSK BV-Biaggini, Art. 3 N. 26.
32. SGK BV-Egli, Art. 45 N. 1.
33. Vgl. dazu Reich, BGK, § 13, *passim*; VRdCH 2020 III-Egli, N. 4 ff.

Bundeskompetenzen im Bundesstaat nach dem Prinzip der Einzelermächtigung zugeteilt werden und dass zweitens die Kantone im Rahmen ihrer Zuständigkeiten selbst entscheiden, welche Aufgaben sie wie ausführen (sofern sie durch ihr Untätigbleiben nicht Bundesrecht verletzten).[34]

16 Darüber hinaus wirken die Kantone nicht nur am Erlass, sondern auch am Vollzug des Bundesrechts mit **(Art. 46 BV)**. In diesem Rahmen sind die Kantone zuständig, das Bundesrecht durch eigene Rechtsetzung (Gesetz- und Verordnungsgebung) sowie durch Rechtsanwendung (Einzelakte der Verwaltung und gerichtliche Urteile) zu konkretisieren oder zu ergänzen, soweit sie dafür zuständig sind und nicht gegen Sinn und Geist des Bundesrecht verstossen, bzw. dessen Ziele vereiteln.[35]

17 Die kantonale Eigenständigkeit **(Art. 47 BV)** bildet ein «Bekenntnis zur kantonalen Aufgaben-, Finanz- und Organisationsautonomie».[36] Der Begriff «Eigenständigkeit» ist nach hier vertretener Auffassung deckungsgleich mit dem Begriff der Souveränität gemäss Art. 3 BV (siehe N. 23 ff.).[37] Beide Begriffe drücken aus, dass auch die Kantone «Staaten» im Sinne der Bundesstaatstheorie sind (aus «eigenem Recht» bestehen), selbst wenn «über» ihnen noch eine Bundesgewalt existiert. Wie dargestellt sind die Kantone in dem Umfang souverän geblieben, als ihnen eigene Hoheitsrechte zukommen (vgl. N. 6 f., N. 23 ff.).[38] Völkerrechtlich gelten die Kantone jedoch als Glieder des Bundesstaates. Staat im völkerrechtlichen Sinn ist nur der Bund selbst.[39]

18 Schliesslich ist mit der kantonalen Souveränität auch die kantonale Finanzautonomie eng verknüpft **(Art. 43*a* Abs. 2 und 3 BV)**. Die Kantone erlassen eigenes Steuer- und Abgaberecht (Art. 127 ff. BV) und entscheiden über den Einsatz dieser Einnahmen im Prinzip frei. Die Verfassung kennt nur wenige Einschränkungen dieses Grundsatzes. An vorderster Stelle stehen der interkantonale Finanz- und Lastenausgleich (Art. 135 BV) sowie die Steuerharmonisierungskompetenz des Bundes (Art. 129 BV).

---

34. BSK BV-Biaggini Art. 3. N. 27; vgl. aber CR Cst.-Martenet, Art. 3 N. 18.
35. Zur kantonalen Gestaltungsfreiheit bei der Umsetzung von Bundesrecht vgl. SGK BV-Egli, Art. 46 N. 28 ff.
36. BBl 1997 I 1, S. 213; vgl. auch Martenet, *passim*; Saladin, Autonomie, 483 ff.
37. Vgl. aber OFK BV-Biaggini, Art. 47 N. 2; CR Cst.-Martenet, Art. 47 Rz. 15 ff., für die «Eigenständigkeit» weniger als Unabhängigkeit, aber mehr als Autonomie bedeutet (krit. Hangartner, Eigenständigkeit, S.152).
38. In diesem Sinne ist namentlich auch BGE 128 I 280, 285 E. 4.3 zu lesen.
39. Siehe dazu BBl 1997 I 1, 130; AB 1998 N 136 (Votum Koller).

IV. REGELUNGSINHALT

A. Die Souveränität der Kantone (1. Teilsatz)

1. Ideengeschichtlicher Überblick

Der Begriff der Souveränität wurde in der Staatstheorie unterschiedlich ausgelegt. Im Mittelalter, wo Gott als Urquell aller Macht galt, wurde Souveränität als ein direkt **von Gott empfangenes Herrschaftsrecht** verstanden. Deren erster Empfänger war der Frankenkönig Karl der Grosse, der vom Papst zum obersten Schutzherr der Christenheit «berufen» wurde. Erst im 14. Jahrhundert wurde die sakrale Erhöhung mit einer Wahl durch die Kurfürsten ersetzt.[40] Die Kaiser verstanden sich nach wie vor als «politische und richterliche Stellvertreter Gottes».[41] Sie gingen davon aus, ihr Herrschaftsrecht direkt von Gott empfangen zu haben und daher nur Gott verantwortlich zu sein. 19

Eine Entwicklung von der personalen Ebene des Fürsten hin zur institutionellen Ebene des Staates setzte mit Jean Bodin (1530–1596) ein, der alle Macht vom Interesse an der Erhaltung des Staates ableitete. Repräsentant und Verwalter dieser «puissance absolue & perpetuelle» des Staates war der Fürst. «Souveränität» bedeutete für Bodin **oberste Staatsgewalt nach innen und aussen**, d.h. absolute, dauernde und selbstverantwortliche Herrschaft in allen Hauptgebieten des staatlichen Lebens.[42] Eine andere Bedeutung hatte der Souveränitätsbegriff bei Jean-Jacques Rousseau (1712–1778), dessen Staatsphilosophie auf der Theorie vom Gesellschaftsvertrag aufbaut. Anders als bei Thomas Hobbes (1588–1679) stand bei Rousseau nicht eine Person, ein «Leviathan», an der Staatsspitze, sondern der organisierte Volkswille.[43] Weil nur dieser Wille berufen war, über die Gesetze eines Staates und dessen Existenz als solche zu bestimmen, bedeutete Staatssouveränität für Rousseau somit letztlich **Volkssouveränität**.[44] 20

Mit dem Aufkommen der Theorie des Bundesstaates im 19. und 20. Jahrhundert 21

40. Senn, S. 54 ff., 69 ff., 79 ff.
41. Senn, S. 56. Damit sollte die Herrschaftsgewalt auf die politisch stärkste Figur Europas übertragen werden.
42. Vgl. Bodin, S. 122 ff.

bildeten sich sowohl in der Schweiz als auch im Ausland mehrere **Föderalismustheorien** heraus.[45] Die «Souveränitätsfrage» hatte in diesen Theorien einen festen Platz. «Souveränität» wurde dabei in der Regel im Sinne von Jean Bodin (N. 20) gedeutet, d.h. als oberste Staatsgewalt nach innen und aussen, die Summe aller Machtbefugnisse, die zur Erhaltung des Staates nötig waren. Das Konzept der Souveränität galt als mit der Idee eines Staates *untrennbar* verknüpft; ein Staat liess sich ohne «Souverän» nicht denken.[46] Die Meinungen darüber, wer im Bundesstaat nun Träger der Souveränität sei, gingen jedoch weit auseinander.[47]

22 In Georg Waitz' **Theorie der geteilten Souveränität** liegt ein Bundesstaat nur dort vor, wo 1.) «ein bestimmter Theil des staatlichen Lebens gemeinsam, ein anderer ebenso bestimmter den einzelnen Gliedern überlassen ist», und 2.) «jeder Theil für sich auch wirklich Staat ist».[48] Aus der rechtlichen Staateneigenschaft leitet sich eine Selbstständigkeit ab, die Waitz mit dem Begriff der Souveränität gleichsetzt. Im Bundesstaat stehe diese Souveränität «nicht dem einen und nicht dem andern [zu], sondern beiden, dem Gesammtstaat (der Centralgewalt) und dem Einzelstaat (der Einzelstaatsgewalt)», und dies «jedem innerhalb seiner Sphäre». Waitz gründet diesen Gedanken auf eine Aussage von Alexis de Tocqueville über die Bundesgewalt der USA: «L'union [...] n'a [...] qu'un souveraineté restreinte [...]; mais on a voulu que dans ce cercle elle ne format qu'un seul et même peuple. Dans ce cercle, elle est souverain».[49] Zahlreiche zeitgenössische Autoren vertraten die Ansicht, dass die BV von 1848 zumindest implizit auch auf dieser Theorie aufbaue (vgl. N. 7). Fritz Fleiner und Zaccaria Giacometti dagegen

44. Rousseau, S. 65: «Je dis donc que la souveraineté, n'étant que l'exercice de la volonté générale, ne peut jamais s'aliéner, et que le souverain, qui n'est qu'un être collectif, ne peut être représenté que par lui-même [...]» und Rousseau, S. 253: «[...] la puissance législative appartient au peuple, et ne peut appartenir qu'à lui».
43. Rousseau, S. 58 ff., 65 ff.; vgl. auch Imboden, Rousseau, S. 78 ff., 82 ff.; Imboden, Systeme, S. 16 ff.
45. Für einen allgemeinen Überblick zur Idee des souveränen Staates vgl. auch Schuppert, S. 157 ff.
46. Vgl. Imboden, Föderalismus, S. 177 ff.
47. Siehe dazu auch die Heuristik von Lehner, der die verschiedenen Strömungen von Föderalismus- und Souveränitätskonzeptionen in drei Gruppen, das „sowohl-als auch"-Paradigma (S. 41 ff.), das „entweder-oder"-Paradigma (S. 51 ff.) sowie das „weder-noch"-Paradigma (S. 196 ff.), einteilt.
48. Waitz, S. 500.
49. Zum Ganzen vgl. Waitz, S. 501.

lehnten die Theorie von Waitz als **logisch unmöglich** ab: Wären Gliedstaaten souveräne Staaten, müssten sie von der Bundesgewalt unabhängig sein, was dann aber wiederum ihre Zugehörigkeit zum Bund ausschlösse.[50] Die Zugehörigkeit zum Bundesstaat schliesse gliedstaatliche Souveränität von vornherein aus. Fritz Fleiner und andere Autoren unterschieden deshalb zwischen dem Bund als souveränem Staat und den Gliedstaaten als nicht souveränen Staaten: «Souverän» sei nur der Bund, aber die Kantone herrschten im Rahmen ihrer Kompetenzen kraft eigenen Rechts.[51] Einen Schritt weiter ging Zaccaria Giacometti, wonach der Bundesstaat ein «dezentralisierte[r] Einheitsstaat» sei.[52] Souveränität und Staatlichkeit lägen beim Bund; die Kantone seien «lediglich Selbstverwaltungskörper, wenn auch solche besonderer Art».[53] Eine vermittelnde Ansicht begründete Hans Nawiasky mit der Theorie des dreigliedrigen Bundesstaates, wonach Bund und Gliedstaaten einander gleichgeordnete Teilsysteme eines Gesamtstaates sind. Über diese Teilsysteme wölbe sich die «Gesamtverfassung», die Summe der Normen über das Verhältnis von Bund und Kantonen.[54] In diesem Modell ist alle Souveränität relativ: jene des Bundes wegen seiner Unterordnung unter das Völkerrecht und die «Gesamtverfassung», jene der Kantone wegen ihrer Unterordnung unter das Bundesrecht.[55]

2. Die Souveränitätskonzeption des Art. 3 BV

Keine der obigen Theorien erfasst die Souveränitätskonzeption der BV (und damit von Art. 3) in Reinform. Der Grund dafür ist, dass die BV von 1848 nicht 23

50. Fleiner, S. 54.
51. Imboden, Föderalismus, S. 177, m.H. auf Georg Meyer, Paul Laband, Georg Jellinek und Fritz Fleiner. Gl. M. Burckhardt, Kommentar, S. 20 f., der dies aus der Kompetenz-Kompetenz des Bundes ableitet.
52. Fleiner/Giacometti, S. 44 ff., 45; vgl. schon von Planta, S. 108 ff.
53. Fleiner/Giacometti, S. 45.
54. Komm. aBV-Saladin, Art. 3 N. 38, m.H. auf Werke von Hans Kelsen und Hans Nawiasky; vgl. auch Imboden, Föderalismus, S. 178 f.; Kelsen, S. 82, und der schönen Zusammenfassung: „Bund und Kantone bilden zwei in gleicher Weise dem Gesamtstaat, d.h. der Eidgenossenschaft, *subordinierten* und in eben dieser gemeinsamen Subordination einander *koordinierten* Körperschaften» (Imboden, Föderalismus, S. 178). Diese Ansicht wird in gewandelter Form z.T. heute vertreten, wenn der schweizerischen Bundesverfassung eine «Dreifachnatur» als Verfassung für die Eidgenossenschaft, den Bund und die Kantone zugeschrieben wird (für weitere Ausführungen dazu siehe Biaggni, Bundesstaat, S. 132 ff.; ebenso Aubert, I, N. 590). – Zur «Dreigliedrigkeitslehre» vgl. auch Lehner, S. 178 f., 211 ff.
55. Nawiasky, Staatslehre 3, S. 150 ff., 153 f.

einer bestimmten Lehre folgte, sondern verschiedene philosophische Einflüsse und politische Ideen zu einem **neuartigen Gesamtwerk** zusammenführte;[56] unverkennbar ist einzig der Einfluss von Rousseaus Konzept der Volkssouveränität.[57] Das «Projekt Bundesstaat» musste schnell realisiert werden. Entsprechend hektisch waren in die Beratungen der Tagsatzung und die Verfassungsrevisionskommission musste den endgültigen Verfassungsentwurf in relativ kurzer Zeit erarbeiten. Eine detaillierte Souveränitätsdogmatik konnte nicht entworfen werden. Angesichts der realisierten rechtlichen Struktur (siehe sogleich N. 24 ff.) war dies jedoch auch nicht nötig.

24 Mit ihrer Einung zu einem Bundesstaat schufen die Kantone die «Kompetenz des Bundes» (Art. 73 BV [1848]). Damit erlangte die Bundesgewalt die Rechtspersönlichkeit als Staat und erhielt eigene Zwecke (Art. 2 BV [1848]), eigene Aufgaben (Art. 13 ff. BV [1848]) sowie eigene Organe zur Erfüllung dieser Aufgaben (Art. 61 ff. BV [1848]). Ferner wurden speziell die Bundesebene betreffende direktdemokratische Prozesse eingeführt (Art. 62 ff., 111 ff. BV [1848]) und mit der Zeit schrittweise ausgebaut. Gleichzeitig sollten die Kantone unter der neuen BV rechtlich eigenständige und durch eigene Prozesse regierte (selbstbestimmte) politische Einheiten bleiben. Dies ergibt sich im Anschluss an Biaggini aus einer Gesamtschau mehrerer Einzelbestimmungen.[58] So hatte die Bundesstaatsgründung zur Folge, dass in der Schweiz fortan parallel **zwei Arten eigenständiger, demokratisch gesteuerter Staatsgewalten** – die Bundesgewalt («Zentralstaat») und die einzelnen Kantonsgewalten («Einzelstaaten») – mit je eigener Organisation, eigenen Aufgaben und eigenen Finanzen existierten.

25 Wenn nun Art. 1 BV (1848) implizit die Fortexistenz der «souveränen Kantone» bekräftigte,[59] war jene (beschränkte) **Eigenständigkeit** gemeint,[60] welche die Kantone bereits unter dem Bundesvertrag von 1815 genossen hatten. Die BV von 1848 garantierte, dass dieses vorbestehende, beschränkte Selbstbestimmungsrecht der Kantone in Bezug auf ihre inneren

56. Holenstein, S. 306 f.
57. Siehe Holenstein, S. 359 ff.
58. Siehe dazu Biaggini, Bundesstaat, S. 26.
59. Biaggini, Bundesstaat, S. 26.
60. Nach hier vertretener Auffassung handelt es sich vor dem Hintergrund des Ausgeführten bei den Begriffen der Souveränität, Selbstständigkeit und Eigenständigkeit um Synonyme (vgl. auch Rz. 17; ähnlich SGK BV-Egli, Art. 47 Rz. 2).

Angelegenheiten nach der Bundesstaatsgründung weitergelten wird. Generalisiert lässt sich der verfassungsrechtliche Begriff der Souveränität somit als die **Fähigkeit eines Staates zu demokratischer «Selbstregierung»** definieren.[61] In dieser Entscheidung spiegelt sich die im 19. Jahrhundert verbreitete Auffassung, dass Souveränität beliebiger Definition nur ein Staat besitzen kann, weil der Verfassungsgeber ihm ein auf Gebiet, Volk und bestimmte Zwecke begrenztes Herrschaftsmonopol übertragen hat. Welche Personen diese Souveränität jedoch repräsentieren soll, bleibt offen. Denkbar ist eine Einzelperson (Monarchie) oder das Volk (Demokratie) – in direkter oder indirekter Form.[62] In der Schweiz fiel dieser Entscheid zugunsten der Demokratie aus (siehe Art. 5 BV [1848]). Träger der so definierten Souveränität sind zunächst (laut Art. 1 und 3 BV) die Kantone. Nach der Bundesstaatsgründung waren die Kantone jedoch nicht mehr die einzige Staatsgewalt, welche die Voraussetzungen dieses Souveränitätsbegriffs erfüllten, da es demokratische Prozesse neu auch auf Bundesebene gab. Aus diesem Grund unterschieden die Verfasser des BV-Entwurfs von 1848 in ihrem erläuternden Bericht auch zwischen der Bundes- und der Kantonalsouveränität.[63]

Den Umfang («Wirkbereich») der kantonalen Souveränität regelte die Gründergeneration in Art. 3 BV (zu den Vorläufernormen vgl. N. 5). Wo die Bundesverfassung (bzw. gestützt darauf erlassenes Ausführungsrecht) den Kantonen keine Vorgaben, regeln die Kantone ihre Angelegenheiten selbst, bzw. bleiben sie «souverän».[64] Art. 3 BV verweist dabei auf die **bundesstaatliche Kompetenzverteilung** (vgl. N. 30 ff.). Sind in einem Bereich die Kantone zuständig, verfügen sie innerhalb dieser Kompetenzen 26

61. Wie hier auch die Auslegung von Hangartner, Eigenständigkeit, S. 148 ff.
62. Statt vieler siehe Dubs, I, 28 ff.
63. Vgl. Bericht BV 1848, S. 12; siehe auch Blumer/Morel, S. 171 (Aufgabenteilung als «Ausscheidung der Bundes- und Kantonalsouveränetät»); Dubs, II, S. 58 und insb. 187: «Im zusammengesetzten Staate fallen diese [sc. innerhalb des Staatszwecks liegenden] Materien, unter zweierlei Souveränitäten und scheiden sich [...] in das Gebiet der Bundes- und dasjenige der Kantonalkompetenz».
64. «Das rechtliche (Vor-)Verständnis, das in Art. 3 BV zum Abdruck kommt, ist, dass die Kantone als Staaten (und damit im Sinn der modernen Verfassungsentwicklung als gewaltenteilige Staaten) konzipiert sind, die in den ihnen bundesrechtlich zustehenden Bereichen die vollen Befugnisse eines Staates ausüben» (Hangartner, Eigenständigkeit, S. 149). Siehe aus jüngerer Zeit auch BGE 128 I 280, 285, E. 4.3: «Im Schweizerischen Bundesstaat kommt Staatlichkeit auch den Kantonen zu».

und innerhalb anderweitiger Vorgaben der Bundesverfassung über regulatorische Freiheit. Weist die BV eine Kompetenz dagegen explizit dem Bund zu sind die Kantone (ursprünglich derogatorische Kompetenzen vorbehalten [N. 47]) nur noch in jenem Umfang «frei», als der Bund die Kompetenz nicht ausgeschöpft hat. Treffend bezeichnet Max Imboden die bundesstaatliche Aufgabenteilung daher als das «formal-konstruktive Mittel, dessen sich diese Staatsform [sc. der Bundesstaat] bedient, um den ihr eigenen Grundgedanken zu erfüllen»,[65] dass sich in einem Bundesstaat eben zwangsläufig mehrere Gemeinwesen die Erfüllung der Staatsaufgaben teilen.[66] Die Rechtsetzungskompetenzen des Bundes richten sich dabei nach **Einzelermächtigungen**, während jene der Kantone **genereller Natur** sind (vgl. N. 30 ff.). Für Kompetenzkonflikte folgt daraus, dass grundsätzlich der Bund die Beweislast trägt, nachzuweisen, ob er über die in Anspruch genommene Zuständigkeit tatsächlich verfügt.[67] Damit hat die Garantie der kantonalen Souveränität auch rechtspraktische Implikationen (vgl. auch N. 48 ff.).

3. Heutige Bedeutung der «Souveränitätsklausel»

27 Aufgrund der ideengeschichtlichen Kontinuität des Art. 3 BV (vgl. N. 6 ff.) gilt die erläuterte Souveränitätskonzeption heute **unverändert**. Art. 3 Satz 1 BV garantiert den Kantonen somit heute noch, mehr zu sein als nur reine Bundesglieder und – wie der Bund – über eigene, verfassungsrechtlich gewährleistete Entscheidungsspielräume bzw. Zuständigkeitssphären zu verfügen. Innerhalb dieses Wirkbereichs gelten beide Gemeinwesen mit Blick auf «ihre» jeweiligen demokratischen Prozesse als souverän. Art. 3 BV konstituiert somit sowohl den Bund als auch die Kantone als «begrenzt-souveräne» Gemeinwesen.[68]

28 Der Begriff der Souveränität führte in der Geschichte zwar mehrmals zu dogmatischen Auseinandersetzungen, die in stark unterschiedliche Ansichten

65. Imboden, Föderalismus, S. 180. – Aus der Praxis des BGer bereits BGE 103 Ia 329, 333 (m.w.H.): «Il [*sc*. Art. 83 lit. a OG] a pour object la délimitation des souverainetés fédérale d'un part, cantonale d'autre part».
66. Zum Ganzen Imboden, Föderalismus, S. 180.
67. Vgl. bereits Ruck, S. 11: «Im Streitfall hat somit der Bund seine beanspruchte Zuständigkeit aus der Bundesverfassung zu beweisen».
68. Niedermann, S. 699; siehe auch Biaggini, Bundesstaat, S. 27; Blumer/Morel, S. 176; Dubs, II, S. 40.

über den Inhalt und die Funktion des Souveränitätsbegriffs mündeten (vgl. N. 22).[69] Die originale Funktion der Garantie der kantonalen Souveränität nach Art. 3 BV blieb davon allerdings unberührt. Dennoch ist der **Begriff der Souveränität noch heute umstritten**: Die dichte internationale Verflechtung,[70] ein seit 1848 stark gewachsener Zentralstaat und theoretische Schranken des Souveränitätsbegriffs[71] wecken Zweifel daran, ob die Bezeichnung demokratischer Selbstregierung in Bund und Kantonen als «Souveränität» den Kern der Sache noch trifft.[72] Dazu hier nur so viel: Wie gezeigt, ist der Begriff der Souveränität rechtlich als **die Fähigkeit zu demokratischer Selbstregierung** auszulegen.[73] Der Begriff hat keinen absoluten Gehalt, da die Wirkbereiche der Souveränität des Bundes und der Kantone an die demokratische Verfassungsgebung und an das die Verfassung konkretisierende Gesetzesrecht gebunden sind (vgl. N. 8). Weil aber jede stimmberechtigte Person zugleich Teil eines Kantons- *und* des Schweizervolks ist,[74] liegen die Voraussetzungen für i.S.v. Art. 3 BV «souveräne» Entscheidungen innerhalb der jeweiligen Zuständigkeitssphären auf beiden Staatsebenen vor. Soweit und solange die Kantone also über eigene Kompetenzen und Spielräume zu demokratischer Selbstregierung verfügen, waren sie, sind sie und bleiben sie i.S.v. Art. 3 BV «souverän». Übergeordnete Einflussfaktoren wie internationales Recht, bundesrechtliche Vorgaben oder der *Brüssel-Effekt*[75] sind mit dieser Regel im Einklang und führen nicht zu einem anderen Ergebnis.

Allerdings herrscht auch in der Schweiz **kein «Demokratieabsolutismus»**. Der Gestaltungsmacht des Stimmvolks sind rechtliche Grenzen gesetzt, und 29

69. Einlässlich und rechtsvergleichend dazu Lehner, S. 43 ff., 51 ff., 196 ff.; vgl. zudem VRdCH 2020 I-Kley, Verhältnis, N. 3 ff.; Waldmann, Symbolik, S. 1336.
70. Haller/Kölz/Gächter, N. 63 ff.; Biaggini, Bundesstaat, S. 60; VRdCH 2020 I-Breitenmoser, *passim*
71. Dazu etwa Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, N. 933, 941 ff.; vgl. auch Aubert, I, N. 592 und 590.
72. Aubert, I, N. 590; Kolarov, S. 53 f.; Schmid G., Souveränität, *passim*; SGK BV-Schweizer, Art. 3 N. 5 ff.; Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, N. 942, für die Art. 3 BV eine «staatsrechtlich widersprüchliche Formulierung» enthält; kritisch zur Richtigkeit des Souveränitätsbegriffs auch BSK BV-Biaggini, Art. 3 N. 77 ff.
73. Haller/Kölz/Gächter, N. 58; Hangartner/Kley/Braun Binder/Glaser, N. 318 ff.; Jagmetti, *passim*.
74. Vgl. erstmals Art. 1 BV (1848): «Die durch den gegenwärtigen Bund vereinigten Völkerschaften der zwei und zwanzig souveränen Kantone [...] bilden in ihrer Gesammtheit die schweizerische Eidgenossenschaft».

zwar sowohl auf kantonaler als auch auf eidgenössischer Ebene (vgl. N. 57 ff.). Wichtige rechtsstaatliche Schranken der Bundesgesetzgebung sind *nach heutiger Rechtslage* z.B. die Grundrechte (Art. 7–34 BV) und die Voraussetzungen ihrer Einschränkung (Art. 36 BV), das Prinzip der Gewaltenteilung, der Vorrang des Bundesrechts (Art. 49 BV), sowie die allgemeinen Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns, d.h. das Legalitätsprinzip (Art. 5 Abs. 1 BV), der Grundsatz des öffentlichen Interesses (Art. 5 Abs. 2 BV), der Grundsatz der Verhältnismässigkeit (Art. 5 Abs. 3 BV) und der Grundsatz, wonach Bund und Kantone das Völkerrecht zu beachten haben (Art. 5 Abs. 4 BV). Im Übrigen sei für das Verhältnis von Rechtsstaats- und Demokratieprinzip auf die grundlegende Darstellung von Reich verwiesen.[76]

B. Die Kompetenzverteilung im Bundesstaat (2. Teilsatz)

1. Allgemeines

30 Die Notwendigkeit einer Kompetenzverteilungsklausel folgt aus der «Garantie» der kantonalen Souveränität (vgl. N. 26 f.). Eine Teilung der Souveränität schliesst eine Teilung der Staatsaufgaben ein (vgl. N. 24 f.). Entsprechend legt Art. 3 BV fest, nach welchem Prinzip (Alternativität, Kumulation, Komplementarität) die Zuständigkeitssphären von Bund und Kantonen **koordiniert** werden sollen.

31 Der in Art. 3 BV getroffene Entscheid spricht sich für eine generelle originäre Zuständigkeit zugunsten der Kantone aus **(sog. subsidiäre Generalkompetenz)**.[77] Bei Aufgaben, die schweizweit einen einheitlichen Vollzug und eine einheitliche Regelung erfordern, sollte der Bund aber zuständig sein, die Art ihrer Erfüllung (inklusive der Vollzugsmodalitäten) zu regeln. Dies setzt allerdings eine explizite Ermächtigung durch die Bundesverfassung selbst (und damit durch Volk und Stände) voraus **(Grundsatz der Einzelermächtigung; Enumerationsprinzip)**. Kombiniert enthalten der Grundsatz der Einzelermächtigung und die subsidiäre Generalkompetenz die «Formel», mit der für konkrete

75. Siehe dazu Bradford, *passim*.
76. VRdCH 2020 I-Reich, *passim*.
77. Knapp formuliert dieses Prinzip wie folgt um: «En d'autre termes, selon l'art 3 Cst, le canton est en principe responsable de la gestion du bien public» und verfügen über die «puissance public originaire» (Knapp, S. 302).

Kompetenzbestimmungen (Art. 54–135 BV) durch Auslegung ermittelt werden kann, für welche konkreten Sachfragen der Bund, und für welche die Kantone zuständig sind (vgl. N. 8, N. 48 ff.).

In dieser **Kompetenzausscheidung** besteht die primäre normative Aussage von Art. 3 BV. Die Bestimmung fällt indes kein Urteil über das Rangverhältnis der Vorschriften des Bundes und der Kantone. Art. 3 BV kann nicht entnommen werden, ob das, was der Bund kraft seiner Zuständigkeit vorschreibt, den Vorschriften der Kantone vorgeht oder umgekehrt.[78] Gemäss dem Konzept von Art. 3 BV (vgl. N. 7 f., N. 22, N. 24 ff.) stehen die Vorschriften des Bundes und der Kantone normativ im gleichen Rang, weil sich beides Recht auf die gleiche Legitimationsbasis, den übereinstimmenden Volkswillen, abstützt (dazu im Kontext von Kompetenzkonflikten auch N. 57 ff.). Dass Bundesrecht entgegenstehendem kantonalem Recht vorgeht, ist historisch besehen denn auch kein Postulat des Art. 3 BV, sondern eine Rechtsprechung, die sich (ursprünglich) auf Art. 2 Ue-Bst. BV (1874) stützte (vgl. N. 9). 32

Aus dem in Art. 3 BV angelegten System folgt in der Theorie eine lückenlose Kompetenzaufteilung.[79] Die staatlichen Zuständigkeiten sind zunächst alternativ zwischen Bund und Kantonen verteilt: Entweder sind die Kantone oder der Bund zuständig, einen Aufgabenbereich rechtlich zu ordnen. Ist nur der Bund zuständig, hat dieser eine ausschliessliche Kompetenz. Ist dies nicht der Fall, führt die originäre Zuständigkeit der Kantone automatisch zu komplementären und kumulativen (parallelen) Zuständigkeiten von Bund und Kantonen im gleichen Sachbereich (für eine Typologie möglicher Kompetenzen vgl. N. 43 ff.).[80] Weil sich die zu ordnenden Materien aber **gegenseitig vielseitig durchdringen, ergänzen oder beschränken** können, ist die zuständigkeitsrechtliche Trennlinie aufgrund dieses Regel-Ausnahme-Prinzips oft nicht einfach zu ermitteln.[81] Darüber hinaus birgt dieses System in praktischer Hinsicht die Gefahr negativer Kompetenzkonflikte, wenn aufgrund von Dringlichkeit schnell gehandelt 33

78. Ähnlich schon Burckhardt, Kommentar, S. 14.
79. BGE 130 I 156, 162 E. 2.5; BBl 1997 I 1, S. 227.
80. Blumer/Morel, S. 176: «Auf eine vollständige Trennung der Gewalten [...] ist unsere Bundesverfassung nicht angelegt: die Kantone behalten zwar noch einen ausgedehnten Wirkungskreis, innerhalb dessen sie sich frei bewegen können, aber wo sie auf verfassungsmässige Vorschriften des Bundes und deren Vollstreckung durch die Bundesbehörden stossen, haben sie der Suprematie des Gesamtstaates sich zu fügen».

werden muss. Diese Problematik zeigte sich namentlich in den Anfängen der COVID-19-Pandemie.[82] Weitere Beispiele sind die Energiemangellage im Nachgang zum Krieg in der Ukraine,[83] Cyberangriffe auf Unternehmen und Verwaltungseinheiten[84] oder Naturereignisse wie die (wiederkehrende) Wasserknappheit[85] in Kantonen und Gemeinden während Phasen grosser Hitze und längerer Trockenheit.

34 Irreführend ist u.E. in diesem Zusammenhang die Aussage, Art. 3 BV enthalte eine «Kompetenzvermutung zugunsten der Kantone».[86] Ob die Regelung einer konkreten Frage in die Zuständigkeit der Kantone oder des Bundes fällt, ist eine **Rechtsfrage**, die im Einzelfall und durch Auslegung zu lösen ist (vgl. N. 48 ff.).[87] Eine Vermutung, dass die Regelungszuständigkeit «im Zweifel» bei den Kantonen liege, lässt sich Art. 3 BV nicht entnehmen. Im Zweifelsfall muss der Bund vielmehr seine behauptete Regelungszuständigkeit beweisen können (vgl. N. 26). Misslingt dieser Beweis, verbleibt die Regelungszuständigkeit kraft subsidiärer Generalkompetenz bei den Kantonen.

2. Verfassungsvorbehalt zulasten des Bundes

35 Das System der Einzelermächtigung verlangt, dass dem Bund neue Aufgaben durch eine Teilrevision der Verfassung (Art. 192 ff. BV) übertragen werden.[88]

---

81. Siehe dazu CR Cst.-Martenet, Art. 3 N. 77 ff.; Burckhardt, Kommentar, S. 15 ff. – Schindler B., Mehrebenensystem, S. 176, beschreibt diesen Zustand anschaulich mit dem Bild eines «Marmorkuchens».
82. Vgl. Waldmann, Herausforderungen, S. 29 ff.; zur interkantonalen Zusammenarbeit vgl. Buser, *passim*. Siehe auch Bundesrat, Föderalismus, S. 28, der zum Ergebnis kommt, dass nicht die Kompetenzverteilung per se, sondern die Zusammenarbeit zwischen Bund und Kantonen verbesserungswürdig sei.
83. Für eine Übersicht über die ergriffenen Massnahmen und deren Würdigung vgl. Hettich, *passim*.
84. Von Bedeutung ist hier das nationale Zentrum für Cybersicherheit (NCSC), das seit 2023 ein Bundesamt ist. Es gibt Betroffenen von Cyberattacken Empfehlungen zum weiteren Vorgehen ab und trägt auch zur Prävention bei, indem es Warnungen zu aktuellen Gefahren und technische Schutzanleitungen publiziert.
85. Bundesrat, Wasserversorgungssicherheit, S. 14.
86. Vgl. VPB 1981 Nr. 49 S. 279, 280; BSK BV-Hänni, Art. 63*a* N. 1; SGK BV-Ehrenzeller B./Portmann, Art. 54 N. 10; Tiefenthal, Polizeirecht, N. 51; Schindler B., Bestattungs- und Friedhofsrecht, S. 580.

Für neue Bundeskompetenzen besteht somit ein **«Verfassungsvorbehalt» zulasten des Bundes**. Diese Einzelermächtigungen sind dem historischen Konzept folgend *leges speciales* zur subsidiären Generalzuständigkeit der Kantone.[89]

Im Jahr 1848 fand eine initiale Kompetenzaufteilung zwischen Bund und Kantonen statt. Alle nachträglichen Änderungen dieser Kompetenzordnung waren genau genommen blosse Kompetenz*verschiebungen*.[90] Diese haben jedoch nicht zur Folge, dass die Kantone nach der Übertragung auf den Bund nichts mehr mit der Aufgabe zu tun haben. Denn was sich «verschiebt», ist einzig die **Verantwortung für die Erfüllung der Aufgabe**.[91] Die Zuständigkeit zur Rechtsetzung in der Sache und zur Regelung des Aufgabenvollzugs geht dabei von den kantonalen Parlamenten auf den National- und Ständerat – der «doppelten Grundlage» der Bundessouveränität – über, wobei der Ständerat die Mitwirkung der Kantone an der Rechtsetzung des Bundes sichern sollte.[92] 36

Die dem Bund zugewiesenen Kompetenzen sind grösstenteils in den Art. 54–135 BV niedergelegt (vgl. Art. 38–40 BV als Ausnahmen). Die Sozialziele (Art. 37

87. BSK BV-Biaggini, Art. 3 N. 16, 30, m.H. auf Burckhardt, Kommentar, S. 14, m.w.H. Siehe ferner Blumer/Morel, S. 178; Dubs, II, S. 187; Hangartner, Art. 3 BV, S. 161; Ders., Kompetenzverteilung, S. 68 f. m.w.H.; Tschannen, N. 734.
89. Fleiner, S. 42; Hangartner, Kompetenzverteilung, S. 54 ff., 171; Knapp, S. 302 f.; Schürmann, S. 46 ff.
90. Vgl. die einlässliche Analyse bei Hangartner, Kompetenzverteilung, S. 127 ff.
91. Vgl. dazu schon Dubs, II, S. 58.
92. Siehe schon Dubs, Demokratie, S. 32. Dazu sei folgende Präzisierung angebracht: Nach dem ursprünglichen Strukturgedanken sind beide sowohl der National- als auch der Ständerat *Bundesorgane*, die aber auf unterschiedlicher Basis konstituiert werden sollten: Der Nationalrat auf der Basis der Kantonsvölker (heute Art. 149 Abs. 1 BV), der Ständerat auf der Basis der Kantone selbst (heute Art. 150 Abs. 2 BV). Der Ständerat vertritt dabei keine «Interessen» der Kantone, weder auf individueller noch auf kollektiver Ebene (VRdCH I-Kley, Verhältnis, N. 15 ff., 22 f.). Rechtlich ergibt dies bereits daraus, dass schon die BV von 1848 ein Instruktionsverbot für die Mitglieder beider Räte enthielt (Art. 91 BV [1848]; Burckhardt, Art 91 [S. 715 f.], heute Art. 161 BV). Dieses Instruktion hätte keinen Sinn gehabt, wenn der Mitglieder des Ständerates die Interessen ihrer jeweiligen «Heimkantone» oder der kollektiven Interessen der Kantone als staatsrechtliche Organisationseinheit im Bundesstaat hätten vertreten sollen. «Einmal gewählt, steht das Ständeratsmitglied rechtlich [...] dem Kanton ebenso unabhängig gegenüber wie das Mitglied des Nationalrates seiner Wählerschaft» (Fleiner/Giacometti, S. 45). Die Rolle des Ständerates war bis heute mehrfach auch Gegenstand politikwissenschaftlicher Forschung. Einen kurzen Überblick zur Evidenz betreffend die «tatsächliche» Rolle des Ständerates findet sich bei Freiburghaus, S. 249 ff.

41 BV) begründen nach herrschender Lehre keine Bundeskompetenzen.[93] Soweit eine Aufgabe in den Zuständigkeitsbereich der Kantone fällt, kann die kantonale Legislative grundsätzlich **unmittelbar gestützt auf die subsidiäre Generalkompetenz** ein Gesetz erlassen. Eine Kompetenzgrundlage im kantonalen Verfassungsrecht ist nicht nötig, es sei denn, die Kantonsverfassung *selbst* verlange dies. Die subsidiäre Generalkompetenz ermächtigt die Kantone direkt und in dem Umfang, als sich der Kanton nicht mit geltendem Bundesrecht in Widerspruch setzt. «Neue» Aufgaben fallen ohne Weiteres in die Zuständigkeit der Kantone.[94] Kompetenzzuweisungen der BV an die Kantone sind rein deklaratorischer Natur (z.B. Art. 62 Abs. 1 und 112*c* Abs. 1 BV).[95]

38 Ein Teil der Lehre unterscheidet zwischen **«Kompetenzen» und «Aufgaben»**.[96] Für Biaggini enthält eine Kompetenz eine Ermächtigung, eine Massnahme zu ergreifen oder eine Regelung zu erlassen, und eine Aufgabe eine entsprechende Pflicht.[97] Diese Ansicht vertritt z.B. auch Rütsche, dessen Definition der «öffentlichen Aufgabe» notwendig einen Auftrag des Gesetzgebers «im weiten funktionellen Sinn» (d.h. inkl. Aufträgen auf Verfassungs- oder Verordnungsstufe) voraussetzt.[98] Diese Auffassungen werden hier geteilt: Eine Kompetenz *wird* zu einer Aufgabe, wenn sie verpflichtend formuliert ist. Im Übrigen sei auf die differenzierte Darstellung bei Biaggini verwiesen.[99]

39 Die Begründung neuer Bundeskompetenzen hat sich primär am **Subsidiaritätsprinzip** auszurichten (Art. 5*a*, 43*a*, 46 Abs. 3 und 47 Abs. 2 BV). Das Subsidiaritätsprinzip entfaltet nach h.L. keine rechtliche «Sperrwirkung», ist aber ein Appell, bestehende Kompetenzen schonungsvoll zu nutzen und neue Bundeskompetenzen nur aus überzeugenden Gründen zu schaffen.[100]

---

93. SGK BV-Egli/Schweizer, Art. 41 N. 10, m.w.H.
94. BGer-Urteil 2C.1076/2012 vom 27. März 2014, E. 7.1.
95. Vgl. auch Reich, BGK, § 12 N. 13.
96. Zum Ganzen siehe auch OK BV-Neier, Art. 42 N. 12 ff.
97. BSK BV-Biaggini, Art. 42 N. 21; vgl. auch Reich, BGK, § 12 N. 3.
98. Vgl. Rütsche, Aufgaben, S. 157 ff.
99. BSK BV-Biaggini, Art. 42 N. 17 ff.
100. Kley, BGK, § 10 N. 20; Reich, BGK, § 12 N. 6; Tiefenthal, Vielfalt, S. 20 ff., der im gleichen Werk auch zu aktuellen praktischen Herausforderungen des Föderalismus – nicht nur betreffend Art. 3 BV – Stellung nimmt.

Typischerweise ermächtigt eine Kompetenznorm den Bund als Ganzes, als staatsrechtliche Körperschaft, und lässt die Organzuständigkeit offen. Ermächtigt eine Kompetenz kein spezifisches Organ, liegt eine **sog. Verbandskompetenz** vor, d.h. eine Kompetenz, die vom Bund als Ganzes (eben als «Verband») wahrzunehmen ist.[101] Primär zuständig ist der verfassungsmässige Gesetzgeber (Art. 148 Abs. 1 i.V.m. 164 BV). Das ausführende, den konkreten Gesetzesvollzug bestimmende Verordnungsrecht dagegen ist vom Bundesrat bzw. den Departementen und Bundesämtern zu erlassen (Art. 174, 178 Abs. 1 und 182 Abs. 1 BV). Welches Organ konkret für welche Regelungsmaterien zuständig ist, entscheidet sich in der Sache indes primär anhand des materiellen Gesetzesbegriffs (Art. 164 Abs. 1 BV). 40

In **«dringenden» oder «ausserordentlichen» Fällen** wird sodann jeweils die Frage aktuell, wann sich die Bundesversammlung und der Bundesrat über die in Art. 3 BV angelegte Kompetenzverteilung hinwegsetzen dürfen. Das parlamentarische Dringlichkeitsrecht erlaubt dies explizit, indem Art. 165 Abs. 3 BV vorsieht, dass dringliche Bundesgesetze, die keine Verfassungsgrundlage haben, innert Jahresfrist seit ihrem Erlass von Volk und Ständen angenommen werden müssen, um darüber hinaus Bestand zu haben. Dieses Prinzip gilt ohne Weiteres auch für Erlasse, welche der hergebrachten Aufgabenverteilung zwischen Bund und Kantonen bzw. horizontalen und vertikalen Gewaltenteilungsvorschriften nicht nur teilweise entsprechen. 41

Für «Notverordnungen» der Bundesversammlung (Art. 173 Abs. 1 lit. c BV) und des Bundesrates (Art. 184 Abs. 3 und 185 Abs. 3 BV) besteht eine andere Rechtslage. Ob – und falls ja, in welchem Ausmass – die Bundesorgane Massnahmen erlassen dürfen, die sich über die verfassungsrechtliche Kompetenzordnung nach Art. 3 BV hinwegsetzen, ist Teil des Lehrstreits, ob das Notrechtssystem der BV dem Bundesrat und der Bundesversammlung den Erlass sog. **«verfassungsderogierender Notverordnungen»** erlaubt. Nach herrschender Lehre (und u.E. zurecht) ist dies nicht der Fall.[102] Soweit «Notverordnungen» materiell Gesetzes- oder Verfassungsrang zukommt, sind sie mit Blick auf Art. 3 BV wie gewöhnliche Bundesgesetze zu behandeln und müssen den Grundsatz der Einzelermächtigung wahren (vgl. N. 30 ff.); 42

101. BSK BV-Biaggini, Art. 3 N. 41, 71. – Zum Subsidiaritätsprinzip siehe etwa OK BV-Walther, Art. 5*a* N. 34 ff. und *passim*.

102. Für eine aktuelle Darstellung des Meinungsstandes vgl. SGK BV-Saxer/Brunner, Art. 185 N. 59 ff.

anderweitige Einschränkungen der subsidiären Generalkompetenz der Kantone sind verfassungswidrig. Angesichts des «Querschnittscharakters» notrechtlicher Anordnungen (z.B. die Regulierung der Wirtschaft sowie des Masken-, Impf-, Test- und Zertifikatswesens während der COVID-19-Pandemie) ist deren Legalität im Lichte von Art. 3 BV somit stark von der Ausgestaltung der Massnahmen und deren rechtlichen Abstützung abhängig. Weil diese Bestimmung die kompetenzrechtliche Seite des «Notverordnungsrechts» beschlägt, setzt die Wahrung von Art. 3 BV eine einlässliche präventive Kontrolle geplanter Rechtsakte voraus, insbesondere für «verfassungsunmittelbar» erlassene Massnahmen, aber auch für solche, die sich auf ein Bundesgesetz (z.B. das EpG) stützen. Das wichtigste Mittel bildet dabei die verfassungskonforme Auslegung der Bundeskompetenzen (vgl. N. 67).

3. Typologie der Rechtsetzungskompetenzen

43 Bei den **Arten von Kompetenzen** ist zwischen Rechtsetzungskompetenzen (oder Gesetzgebungskompetenzen) und Vollzugskompetenzen (oder Verwaltungskompetenzen) zu unterscheiden.[103]

44 Die Rechtsetzungskompetenzen des Bundes können nach ihrem **sachlichen Umfang** oder nach ihrer **Wirkung auf die kantonale Souveränität** systematisiert werden.[104] Ob den Kantonen im Anschluss an Massnahmen des Bundes (im gleichen Sachbereich) ein eigener Spielraum verbleibt, ist durch Auslegung zu ermitteln. Für die Ermittlung des den Kantonen verbleibenden Gestaltungsspielraums ist die Art der Bundeskompetenz und der Grad ihrer Ausnutzung massgebend.[105]

45 Ausnahmsweise können sich durch Verfassungsauslegung auch **stillschweigende Kompetenzen** des Bundes ergeben. Die herrschende Lehre unterscheidet Zuständigkeiten «kraft Sachzusammenhangs» *(implied powers)* und Zuständigkeiten, die «wesensgemäss» bzw. «kraft föderativen Staatsaufbaus» dem Bund zustehen *(inherent powers)*.[106] Eine Kompetenz kraft Sachzusammenhangs folgt «aus der Notwendigkeit, eine Aufgabe

103. Malinverni/Hottelier/Hertig Randall/Flückiger, N. 1073 ff.
104. Biaggini verwendet die Ausdrücke «Inhalt und Tragweite», vgl. BSK BV-Biaggini, Art. 3 N. 30.
105. Vgl. Griffel, S. 8 f.; ähnlich Reich, BGK, § 12 N. 11 ff. und Komm. aBV-Saladin, Art. 3 N. 185 ff.
106. BSK BV-Biaggini, Art. 3 N. 34 f.; SGK BV-Schweizer, Art. 3 N. 14 f.; CR Cst.-Martenet, Art. 3 N. 19 ff.; Hangartner, S. 73 ff.; Reich, BGK, § 12 N. 23 ff.; Tschannen, N. 749 ff.

überhaupt erst ausüben zu können».[107] Darunter fallen auch Kompetenzen, die aus dem Sachzusammenhang mehrerer Einzelkompetenzen gewonnen werden. Ein Beispiel dafür ist das EntG, dessen Ingress nicht weniger als 16 Sachkompetenzen als Verfassungsgrundlagen aufführt.[108] Eine Kompetenz kraft föderativen Staatsaufbaus dagegen leitet sich aus dem Bundesstaatsprinzip ab für Sachbereiche, die nur der Bund regeln kann. Dieser Kompetenztyp existiert häufiger, als man denken würde: So fehlen noch heute explizite Verfassungsgrundlagen für das ParlG (Art. 165 Abs. 1 lit. g BV), das RVOG, das BPG (beide Art. 173 Abs. 2 BV) und für weitere Erlasse.[109]

a. Sachlicher Umfang der Bundeskompetenzen

Jede Kompetenz statuiert einen rechtlichen Regelungsspielraum. Dessen Dimensionen können dem zu regelnden Lebensbereich entsprechen oder auf gewisse Teilaspekte davon begrenzt sein.[110] Unter diesem Aspekt können umfassende Kompetenzen, fragmentarische Kompetenzen sowie Grundsatz- bzw. Rahmengesetzgebungskompetenzen unterschieden werden:[111] 46

- **Umfassende Bundeskompetenzen** ermächtigen den Bund, alle Rechtsfragen bis in die Einzelheiten zu regeln. Bei der zu regelnden Materie kann es sich um einen *Sachbereich* (z.B. Art. 74 Abs. 1 BV [Umweltschutz]) oder um einen *Rechtsbereich* (z.B. Art. 122 f. BV [formelles und materielles Zivil- und Strafrecht]) handeln. Dieser Kompetenztypus ist der Regelfall.
- **Fragmentarische Bundeskompetenzen** beziehen sich auf gewisse Ausschnitte eines Lebens- oder Sachbereichs. Die BV macht dabei also konkrete Einschränkungen beim Regelungs*bereich*, nicht aber bei der Regelungs*intensität* in diesen Regelungsbereichen. Mit anderen Worten dürfen nur gewisse Rechtsfragen geregelt werden, diese allerdings bis ins Detail. Wichtige Beispiele enthält Art. 118 Abs. 2 BV in lit. a (Umgang mit

107. OK BV-Neier, Art. 42 N. 22.
108. Vgl. die Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über die Enteignung, BBl 2018 4713, 4727.
109. Dazu und zum Folgenden BSK BV-Biaggini, Art. 3 N. 41 ff.; ferner SGK BV-Schweizer, Art. 3 N. 14.
110. Vgl. das differenzierte System von Tschannen, N. 754 ff. betreffend die Umschreibung von Bundesaufgaben.
111. Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, N. 1084 ff.; Tschannen, N. 768 ff.; Reich, BKG § 12, *passim*.

bestimmten Gegenständen und Organismen), lit. b (Bekämpfung bestimmter Krankheiten) und lit. c (Schutz vor ionisierenden Strahlen).[112]

- **Grundsatz-/Rahmengesetzgebungskompetenzen** ermächtigen den Bund, für einen Sachbereich rahmengebende Regeln aufzustellen. Sie verpflichten ihn zugleich, Detailfragen der Regelung durch die Kantone zu überlassen. Diese Kompetenzen schränken den zulässigen Detailgrad einer Bundesregelung auf Rechtsfragen von zentraler und landesweiter Bedeutung ein.[113] In der Praxis kommt diese Form der Gesetzgebung vor allem in «bundesrechtlichen Mindestanforderungen» an kantonale Vollzugssysteme vor. Beispiele sind die Art. 64*a* Abs. 1 BV (Weiterbildung), Art. 66 Abs. 1 Satz 2 BV (Ausbildungsbeiträge) sowie Art. 67*a* Abs. 3 BV (musikalische Bildung), Art. 75 Abs. 2 BV (Raumplanung), Art. 76 Abs. 2 BV (Wasser), Art. 77 Abs. 2 BV (Schutz des Waldes), Art. 79 (Jagd und Fischerei), Art. 88 Abs. 1 BV (Fuss-, Wander- und Velowege), Art. 89 Abs. 2 BV (Energiepolitik), und Art. 129 Abs. 1 BV (Steuerharmonisierung).[114]

b. Wirkung auf die kantonalen Kompetenzen

47 Bundeskompetenzen können sich unterschiedlich auf die originäre kantonale Zuständigkeit in diesem Sachbereich auswirken. Im Vergleich zur *Art* der Kompetenz handelt es sich bei der Beurteilung der Wirkung auf die kantonale Souveränität gleichsam um eine **zusätzliche Dimension,** um Bundeskompetenzen heuristisch zu erfassen. Unter diesem Aspekt können konkurrierende, ausschliessliche und parallele Kompetenzen unterschieden werden:[115]

- **Konkurrierende Kompetenzen** bewirken, dass kantonales Recht erstens seine Wirkung nur verliert, wenn das Bundesgesetz in Kraft tritt, und zweitens nur soweit der Bundesgesetzgeber seine Kompetenz ausgeschöpft hat (sog. nachträglich-derogatorische Wirkung). Solange und soweit der Bundesgesetzgeber seine Kompetenz also nicht ausgeschöpft hat, bleiben zufolge der subsidiären Generalkompetenz die Kantone für

112. Statt vieler siehe SGK BV-Poledna/Rütsche, Art. 118 N. 22.
113. Vgl. die sehr differenzierte Abhandlung von Griffel, S. 10 ff., insb. 32 ff.
114. Siehe dazu Griffel, S. 12 ff., 20 ff.
115. Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, N. 1091 ff.; Malinverni/Hottelier/Hertig Randall/Flückiger, N. 1076 ff.; Tschannen, N. 762 ff.; Komm. aBV-Saladin, Art. 3 N. 201 ff.

die Regelung jenes Sachbereichs zuständig. Die umfassende und konkurrierende Kompetenz bildet den Normalfall.[116]

- **Ausschliessliche Kompetenzen** bewirken, dass das kantonale Recht bereits mit der Begründung der Bundeskompetenz ausser Kraft tritt (sog. ursprünglich-derogatorische Wirkung). Dies ist ein seltener Fall. Gängige Beispiele sind Art. 54 BV (auswärtige Angelegenheiten), Art. 99 BV (Münz-, Geld- und Währungswesen), Art. 133 BV (Zollwesen).[117] Ein kantonales Gegenstück dazu existiert nach h.L. nicht,[118] auch nicht im Sonderfall der kantonalen Regalrechte.
- **Parallele Kompetenzen** zeichnen sich dadurch aus, dass sie auf die kantonale Kompetenz im gleichen Sachbereich keine Wirkung haben, Bundes- und kantonales Recht mithin nebeneinander bestehen können.[119] Diesen Kompetenztyp gibt es vor allem dort, wo der Staat Fördersysteme betreibt,[120] so z.B. im Bereich der Kultur (Art. 69 Abs. 1 BV), darüber hinaus aber auch im Bereich der direkten Steuern (Art. 128 i.V.m. Art. 134 BV *e contrario*).

c. Auslegung von Rechtsetzungskompetenzen

Der Kompetenzkatalog der BV ist ein wenig systematisches Netz aus Einzelaufgaben, die sehr unterschiedlich umgesetzt und in der Praxis je nach zeitgenössischen Regelungsbedürfnissen **evolutiv ausgelegt** werden. Dahinter steht die Einsicht, dass sich die Regelungsbedürfnisse einer Gesellschaft angesichts gewandelter Wertvorstellungen oder neuer Herausforderungen mit der Zeit ändern bzw. weiterentwickeln können, und der Verfassungsgeber dem Bund eine Regelungskompetenz insofern «zukunftsoffen» erteilt hat.[121] Der Gesetzgeber soll nicht durch historische Werturteile in seiner Tätigkeit gehindert werden, es sei denn, einer Kompetenznorm seien inhaltlich klare rechtliche Schranken gesetzt. 48

116. BSK BV-Biaggini, Art. 3 N. 51; SGK BV-Schweizer, Art. 3 N. 21; Tschannen, N. 762.
117. BSK BV-Biaggini, Art. 3 N. 54; Tschannen, N. 776; Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, N. 1097 ff.; kritisch Kley, Bundeskompetenzen, *passim*.
118. BSK BV-Biaggini, Art. 3 N. 55.
119. CR Cst.-Martenet, Art. 3 N. 60 schreibt von einer dauerhaften Koexistenz beider Rechtsordnungen.
120. BSK BV-Biaggini, Art. 3 N. 52.
121. Vgl. Pfisterer, S. 708 ff., 716 ff.; für die Grundsatzgesetzgebungskompetenz auch Griffel, S. 30 ff.

49 Nun sind **Bundeskompetenzen** aber oft sehr **offen und knapp formuliert**. Abgesehen von der Typologie (N. 43 ff.) fallen ihre inhaltlichen Schranken selten in die Augen und müssen durch sorgfältige Auslegung festgestellt werden. Der Wortlaut bildet dabei den Ausgangs- und Schlusspunkt der Auslegung. Weil dieser aber «nicht immer aussagekräftig [...] und nicht immer verlässlich»[122] ist, richtet sich der Sinn der gewählten Worte insbesondere auch nach der bisherigen Anwendungspraxis. Auch dabei bestehen jedoch Limitationen, weil die Staatspraxis nicht immer auf einer einwandfreien Interpretation der Kompetenznorm beruht. Entscheidend ist daher das Zusammenspiel aller Auslegungselemente.

50 Bundesgesetze, die einmal in Kraft getreten sind, können von keiner anderen Behörde mehr geändert oder aufgehoben werden als von der Bundesversammlung selbst. Grund dafür ist, dass Bundesgesetze nicht im Verfahren der abstrakten Normenkontrolle auf ihre Verfassungskonformität überprüft werden können (Art. 189 Abs. 4 Satz 1 BV; Art. 82 lit. b BGG *e contrario*). Bundesrecht, das in Verletzung des Grundsatzes der Einzelermächtigung erlassen wurde, ist für die Kantone verbindlich (Art. 49 Abs. 1 BV). Für das Bundesgericht gilt mit Blick auf Bundesgesetze dasselbe (Art. 190 Abs. 1 i.V.m. 148 Abs. 1 BV). Mit anderen Worten **bestimmt** der **Bundesgesetzgeber** also endgültig über die **Tragweite** seiner eigenen Kompetenzen.[123] Eine sorgfältige Auslegung bzw. korrekte Ermittlung der Tragweite einer Zuständigkeitsnorm des Bundes erscheint damit bei der Planung eines neuen Gesetzes oder einer Gesetzesänderung als das wichtigste Mittel zum «Schutz» der kantonalen Souveränität (vgl. N. 42; N. 67).

51 Diese Weichenstellungen in Bezug auf die horizontale und vertikale Gewaltenteilung ändern nichts daran, dass eine evolutive Auslegung von Bundeskompetenzen mit der dogmatischen Funktionsweise von Art. 3 BV an sich vereinbar ist. Der **Grundsatz der Einzelermächtigung** verlangt allerdings, dass sich «**neue» Regelungsbedürfnisse auf geltende Kompetenznormen zurückführen** lassen müssen. Andernfalls setzt ihre Regulierung eine neue (eigene) Kompetenznorm voraus – oder die Regelungszuständigkeit bleibt kraft subsidiärer Generalkompetenz bei den Kantonen. Jedes Argument gegen eine (allzu) flexibel-evolutive Auslegung

122. Vgl. OFK BV-Biaggini, Vor Art. 32–135 N. 16.
123. Vgl. schon Blumer/Morel, S. 179; Burckhardt, Abgrenzung, S. 221; Imboden, Bundesrecht, S. 57 ff.

geltender Kompetenznormen muss mit Blick auf Art. 3 BV somit aus dem Wortlaut, der Geschichte und dem Zweck der einschlägigen Kompetenzen selbst gewonnen werden.

Art. 3 BV entfaltet somit nur dann eine rechtliche **Sperrwirkung**, wenn die Subsumtion neuer Regelungsphänomene oder -bedürfnisse unter geltende Kompetenznormen den Grundsatz der Einzelermächtigung verletzt. Nur in dieser Hinsicht verbietet Art. 3 BV Einschränkungen kantonaler Regelungsbefugnisse (bzw. ihrer «Souveränität»). Diese **Schrankenfunktion** ist allerdings nur ein **Nebenprodukt** des sich aus dem Grundsatz der Einzelermächtigung ergebenden Verbots einer die kantonale Souveränität verletzenden Handhabung von Bundeskompetenzen. Jedenfalls ist es keine ursprüngliche Zielsetzung des Art. 3 BV, einer (wie auch immer definierten) Zentralisierung von Rechtsetzungskompetenzen beim Bund[124] Einhalt zu gebieten.[125] Aus der Warte des Art. 3 BV ist an sich jede Zentralisierung beim Bund bzw. jede «Souveränitätsbeschränkung» der Kantone zulässig, wenn sie sich auf eine hinreichende Verfassungsgrundlage stützen kann (vgl. N. 8; zur Problematik des Rechtsschutzes vgl. N. 57 ff.). 52

Im Anschluss daran lässt sich fragen, ob der Grundsatz der Einzelermächtigung – z.B. im Rahmen einer konkreten Normenkontrolle – auch **gegen** eine **evolutive Konkretisierung von Bundesgesetzen** angerufen werden kann. Ob die Sperrwirkung des Art. 3 BV auch auf den Erlass konkretisierender Verordnungen oder Allgemeinverfügungen (insbesondere Pläne, Register, Inventare und Listen), vertraglichen Vereinbarungen (z.B. Programmvereinbarungen [Art. 46 Abs. 2 BV]) oder aber auf den Erlass von *soft law* ausstrahlt, dürfte in der Praxis vor allem betreffend Art. 49 Abs. 1 BV eine Rolle spielen; die Rechtsprechung zu dieser Norm ist allerdings spärlich. Theoretisch ist eine solche Ausstrahlungswirkung zu bejahen, wenn neue Regelungsphänomene der Einfachheit halber «untergesetzlich» nachvollzogen werden, die unterliegende Zuständigkeitsnorm diese Phänomene aber nicht rechtsgenüglich erfassen 53

124. Zur «Zentralisierungstendenz» generell: SGK BV-Müller, Art. 42–135 N. 27 ff.; in der Rechtsetzung: CH-Stiftung, 2021, S. 2; Dies., 2022, S. 7 f.; betreffend Programmvereinbarungen: Hänni, Finanzausgleich, S. 87.

125. Siehe schon Burckhardt, Kommentar, S. 14, nach dessen Verständnis der ursprünglichen Konzeption der BV von 1848 dem Bund nur diejenigen Befugnisse übertragen werden sollten, «deren Vereinheitlichung ein unabweisbares Bedürfnis der Zeit war [...]».

(vgl. N. 51). Im Streitfall trägt der Bund die Beweislast dafür, dass er aus «kompetenzrechtlicher» Perspektive verfassungskonform handelt (vgl. N. 26). Angesichts der (Zukunfts-)Offenheit von Kompetenznormen (vgl. N. 48 f.) aber dürften derlei «untergesetzliche Konkretisierungen» in der Regel eher mangels einer hinreichenden gesetzlichen Grundlage (Art. 164 Abs. 2 BV) verfassungswidrig sein.

4. Vollzugskompetenzen

54 Eine Gesetzgebungskompetenz schliesst die Regelung des Vollzugs (Konkretisierung, Anwendung, Ausführung und Aufsicht) mit ein.[126] Welches Organ zu welchem Grad zuständig ist, fragt sich nicht nur aus der Warte der horizontalen, sondern auch der **vertikalen Gewaltenteilung**. Hier gilt ein weiteres Regel-Ausnahme-Prinzip: Rechtliche Regeln des Bundes sollen grundsätzlich von den Kantonen vollzogen werden (Art. 46 BV), es sei denn, die Verfassung oder das Bundesgesetz ordnen etwas anderes an. Auch dieser «Vollzugsföderalismus» hat seine Wurzeln im 19. Jahrhundert.[127]

55 Aus der Souveränitätsgarantie (Art. 3 Satz 1 BV) folgt eine **kantonale Organisationsautonomie**, die auch beim Vollzug bundesrechtlicher Vorgaben gilt (vgl. auch 46 Abs. 3 und Art. 47 Abs. 2 BV). Danach können die Kantone den Modus des Vollzugs bundesrechtlicher Vorgaben (unter Berücksichtigung lokaler Sachzwänge und Präferenzen) selbst wählen, soweit ihnen das Bundesrecht dazu Raum lässt. Eine primäre Schranke kantonaler Organisationsautonomie (sowohl in Bezug auf den Vollzug des Bundesrechts als auch in Bezug auf die kantonale Ausübung von Rechtsetzungskompetenzen) bildet Art. 49 Abs. 1 BV, wonach kantonales Recht nicht gegen den Sinn und Geist bundesrechtlicher Vorgaben verstossen darf,[128] sowie Art. 49 Abs. 2 BV, wonach der Bund den Vollzug des Bundesrechts durch die Kantone überwacht (sog. Bundesaufsicht).

56 Illustrative **Praxisbeispiele** betreffend die kantonale Organisationsautonomie (bzw. damit zusammenhängende Rechtsetzungs- und Vollzugskompetenzen) sind namentlich die Urteile des Bundesgerichts zum Verhältnis zwischen den Covid-19-Verordnungen des Bundes sowie den

126. Statt vieler vgl. BSK BV-Biaggini, Art. 3 N. 61; CR Cst.-Martenet, Art. 3 N. 69.
127. Zur Vertiefung vgl. Biaggini, Theorie und Praxis, *passim*; Knapp, S. 346 ff.
128. Siehe SGK BV-Ruch/Errass, Art. 49 N. 11, m.w.H.; BGE 145 IV 10, 11 f. E. 2.1; 142 II 369, 382 E. 5.2.

Massnahmen der Kantone, welche sich auf den direkt anwendbaren Art. 40 EpG und/oder kantonales Verfassungs- oder Gesetzesrecht (z.B. kantonale Gesundheitsgesetze) stützten.[129]

C. Kompetenzkonflikte zwischen Bund und Kantonen

1. Grundlagen

Das Verhältnis von Bundesrecht und kantonalem Recht[130] kann vielfältig zu Kompetenzkonflikten führen.[131] Ein Kompetenzkonflikt **im weiteren Sinn** liegt vor, wenn Uneinigkeit besteht, welches Gemeinwesen inwiefern zur Rechtsetzung oder -anwendung (vgl. N. 43 ff., N. 54 ff.) zuständig ist. Liegt die Ursache jedoch nicht in einer blossen Regelungs- oder Handlungsabsicht, sondern in einem Normkonflikt,[132] besteht ein Kompetenzkonflikt **im engeren, verfahrensrechtlich relevanten Sinn** (N. 65 f.). 57

Art. 3 BV lässt sich für die Beilegung von Kompetenzkonflikten nichts entnehmen.[133] Aus dieser Bestimmung lässt sich ableiten, nach welchen Regeln die Kompetenzen des Bundes gegen jene der Kantone abzugrenzen sind. Weder spricht sich Art. 3 BV aber darüber aus, ob Vorschriften des Bundes gegenüber Vorschriften der Kantone Vorrang haben sollen, noch darüber, welche Rechtsnormen das Bundesgericht aufheben darf oder nicht. Rein auf der Grundlage von Art. 3 BV verfügen der Bund und die Kantone somit grundsätzlich über eine **symmetrische «Kompetenzgarantie»**. 58

Im gesamten Verfassungsgefüge lässt sich diese isolierte Betrachtung allerdings nicht aufrechterhalten. Wo der Bund zur Regelung eines Sachbereichs zuständig ist, verlangt die Struktur des Bundesstaates, dass sich die Kantone an dessen Anordnungen halten. Diese zentrale Weichenstellung führt dazu, dass die Stellung der Kantone in ein **materielles** 59

129. Vgl. z.B. BGE 147 I 478, 489 ff. E. 3.6–3.8, wonach Art. 40 EpG den Kantonen die Kompetenz für „eigene Massnahmen" verleiht und BGE 148 I 19, 25 E. 4.6, wonach die Kantone gestützt auf Art. 40 EpG auch schärfere Massnahmen als der Bund erlassen dürfen (vgl. auch Urteil des BGer 2C_183/2021 vom 23.11.2021, E. 3.7); vgl. zudem BGE 148 I 33, 39 ff., E. 5.5.
130. Differenzierend Saladin, Autonomie, S. 448 ff.; ferner Komm. aBV-Saladin, Art. 3 N. 150 ff.
131. Komm. aBV-Saladin, Art. 3 N. 211 ff.
132. Vgl. Imboden, Bedeutung, S. 132; ferner OFK BV-Biaggini, Art. 49 N. 7 f.; Reich, BKG, § 12 N. 46 ff.
133. Vgl. auch Burckhardt, Kommentar, S. 14.

Ungleichgewicht zugunsten des Bundes gerät.[134] Dafür zeichnen in erster Linie folgende verfassungsrechtliche Festlegungen verantwortlich:

- Kompetenzkonformes Bundesrecht geht entgegenstehendem kantonalem Recht vor (Art. 49 BV).
- Kompetenzkonformes Bundesrecht geht kantonalem Recht vor, wenn ein Bundeserlass eine kantonale Regelung ersetzt. Das kantonale Recht verliert dann seine eigenständige Bedeutung.[135]
- Kompetenzwidrig erlassene oder anderweitig verfassungswidrige Bundesgesetze müssen vom Bundesgericht gegenüber kantonalem Recht durchgesetzt werden, solange die Bundesversammlung das entsprechende Bundesgesetz (bzw. Teile davon) nicht ausser Kraft setzt (vgl. insb. Art. 190 BV).[136]

60 Bei diesen Grundsätzen handelt es sich um Kollisionsregeln, welche die Beilegung von Kompetenzkonflikten zwischen dem Bund und den Kantonen anleiten. Das Bundesgericht darf die Verfassungswidrigkeit von Bundesgesetzen nur prüfen und feststellen (Art. 190 BV), diese aber nicht aufheben (Art. 189 Abs. 4 Satz 1 BV). Für Verordnungen des Bundes gilt dasselbe, soweit das Gesetz keine Ausnahmen vorsieht (Art. 189 Abs. 4 Satz 2 BV). Das Vorstehende zeigt, dass der **Rechtsschutz der Kantone** gegenüber dem Bund im schweizerischen Recht (im Vergleich z.B. mit den Kompetenzen der Verfassungsgerichte Deutschlands[137] oder der USA[138]) eher **schwach ausgeprägt** ist.

61 Kompetenzkonflikte zwischen dem Bund und den Kantonen können im schweizerischen Recht **auf zwei Wegen** beigelegt werden: Einerseits durch

134. Vgl. VRdCH 2020 I-Kley, Verhältnis, N. 24.
135. Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, N. 1179; für Giacometti, S. 153, wird die kant. Norm «beseitigt».
136. Siehe auch VRdCH I-Brühl-Moser, N. 48; CR Cst.-Martenet, Art. 190 N. 77. – Ein Beispiel ist die Teilbesteuerung von Grossaktionären (BGer-Urteil 2C_599/2012 vom 16. August 2013, E. 3.3; BGE 136 I 49, 57 ff. E. 4.3 ff.; 136 I 65, 78 E. 5.5), welche das BGer für verfassungswidrig erklärt hat, in der STAF-Vorlage aber trotzdem für alle Kantone obligatorisch erklärt wurde (StHG Komm. Reich/Weidmann, Art. 7 N. 59*a*).
137. Zu den Kompetenzen des deutschen Bundesverfassungsgerichts vgl. Art. 92 ff. GG.
138. Im *leading case* U.S. Supreme Court, *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803) stellte der amerikanische Verfassungsgerichtshof seine Kompetenz fest, Erlasse des Bundesparlaments kraft eigenen Rechts (ohne Mitwirkung des Parlaments) ganz oder teilweise ausser Kraft zu setzen. – Für einen Systemvergleich siehe Benoît, S. 151 ff.; Looser, Rechtskontrolle, *passim*.

Vermittlung bzw. «Einvernehmen» (N. 62 ff.) und andererseits auf dem Rechtsweg, indem das Bundesgericht eine Verletzung von Art. 3 BV durch den Bund feststellt und dessen Behebung der Bundesversammlung überlässt (N. 64 ff.).

2. Kooperative Beilegung von Kompetenzkonflikten

62 Gemäss Art. 44 Abs. 3 BV sind «Streitigkeiten zwischen Kantonen oder zwischen Kantonen und dem Bund [...] nach Möglichkeit durch Verhandlung und Vermittlung» beizulegen. Der Begriff der «Streitigkeit» umfasst dabei sowohl rechtliche Konflikte als auch politische Meinungsverschiedenheiten.[139]

63 Dieser einvernehmliche Streitbeilegungsmechanismus ist Ausdruck des «kooperativen» Föderalismus in der Schweiz (Art. 44 Abs. 1 BV). Bund und Kantone sollen auch in Konfliktsituationen – sofern diese infolge der Mitwirkung der Kantone an der Willensbildung des Bundes (Art. 45 BV) überhaupt erst auftreten – gemeinsam und unter Berücksichtigung der gegenseitigen Interessen eine Lösung finden.[140]

64 Der Rechtsweg an das Bundesgericht (vgl. N. 65 f.) soll erst ergriffen werden können, wenn die einvernehmliche Konfliktbeilegung gescheitert ist.[141]

3. Rechtsschutz der Kantone mit Blick auf Art. 3 BV

65 Die Kantone verfügen über prozessuale Rechte, um ihre verfassungsmässigen Rechte gegenüber dem Bund zu wahren. Art. 89 Abs. 2 lit. c BGG verleiht «Gemeinwesen» in Rahmen des Art. 82 BGG ein selbstständiges Beschwerderecht, um «Verletzungen von Garantien [zu] rügen, die ihnen die Kantons- oder Bundesverfassung gewährt» (vgl. Art. 189 Abs. 1 lit. e BV). Eine **Reduzierung kantonaler Souveränität** durch kompetenzwidrig erlassenes Bundesrecht ist davon ohne Weiteres erfasst.[142] Zudem können kantonale Organe, z.B. die Regierung, bei innerkantonalen Streitigkeiten nach Art. 89 Abs. 1 BGG legitimiert sein, zur Wahrung wichtiger öffentlicher Interessen ein Rechtsmittel zu ergreifen.[143]

---

139. Komm. BV-Biaggini, Art. 44 N. 11; vgl. auch Luks, N. 106, m.w.H.
140. Zum Begriff des kooperativen Föderalismus vgl. Dominicé, S. 749 ff.; Häfelin, S. 572 ff. Siehe zudem Jaag, *passim*; VRdCH I-Waldmann, *passim*.
141. BSK BV-Waldmann/Kraemer, Art. 44 N. 29.
142. Vgl. BSK BGG-Waldmann, Art. 89 N. 57 (zweites Lemma), m.w.H.

66 Darüber hinaus können Kompetenzkonflikte zwischen Bund und Kantonen bzw. zwischen zwei oder mehreren Kantonen unter sich mittels **Klage** direkt vor Bundesgericht gebracht werden (Art. 189 Abs. 2 BV; Art. 120 Abs. 1 lit. a BGG).[144] Anders als im Rahmen der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten (Art. 82 ff. BGG) ist hier eine «abstrakte» Anfechtung von Bundesrecht – losgelöst von einem konkreten Einzelakt – möglich. Die erläuterten Einschränkungen der Kompetenzen des Bundesgerichts gelten allerdings auch im Rahmen der staatsrechtlichen Klage (vgl. N. 50, N. 60).

67 Das wirksamste Mittel, welches die Kantone zum «Schutz» ihrer Souveränität bemühen können, ist die **verfassungskonforme Auslegung**. Sie greift sowohl, wenn das Bundesgericht die Verfassungskonformität kantonalen Rechts prüft (abstrakte Normenkontrolle), als auch, wenn es im Verfahren der konkreten Normenkontrolle *vorfrageweise* die Verfassungskonformität von Bundesrecht in den Blick nimmt.

68 Für den Fall einer **abstrakten Normenkontrolle** kantonalen Rechts hat die verfassungskonforme Auslegung eine **Schutzfunktion**, weil das Bundesgericht nach ständiger Praxis kantonale Erlasse nur dann aufhebt, wenn sich diese nicht verfassungskonform auslegen lassen.[145] Im Fall der **konkreten Normenkontrolle** von Bundesrecht dagegen hat die verfassungskonforme Auslegung in Bezug auf den Bundeserlass, auf den sich der angefochtene Einzelakt stützt, eine **Appellfunktion**. Indem das Bundesgericht eine verfassungswidrige Kompetenzüberschreitung durch den Bundesgesetzgeber (oder den Bundesrat) feststellt und der einschlägigen Norm im Einzelfall die Anwendung versagt, weist es die Bundesorgane auf einen Fehler hin und legt diesen nahe, das Recht zu ändern.[146] Im Übrigen sei für das Zusammenspiel der Art. 49, 189 Abs. 4 und Art. 190 BV auf die jeweiligen Einzelkommentierungen verwiesen.

Zu den Autoren

143. Siehe BGE 141 II 161, 164 E. 2.1, vgl. auch E. 2.3, m.w.H.
144. Zur Klage als Verfahren, in dem sich Bund und Kantone «auf Augenhöhe» begegnen, vgl. Luks, N. 108.
145. BSK BGG-Aemisegger/Scherrer Reber, Art. 82 N. 68; BGE 146 I 62, 65 f. E. 4; 143 I 109, 118 ff. E. 6.
146. Rütsche, Normenkontrollen, S. 298, m.w.H.; BSK BGG-Aemisegger/Scherrer Reber, Art. 82 N. 70*a*. – Vgl. Fn. 143 zum Beispiel der Besteuerung von Grossaktionären.

MLaw Noah Rohner ist wissenschaftlicher Mitarbeiter und Doktorand am Lehrstuhl für Recht, Medizin und Technologie der Universität Zürich.

Prof. Dr. iur. et Dr. med. Kerstin Noëlle Vokinger, LL.M., ist Professorin und Inhaberin des Lehrstuhls für Recht, Medizin und Technologie an der Universität Zürich und der ETH Zürich.

WEITERE EMPFOHLENE LEKTÜRE

Auer Andreas, Das Staatsrecht der schweizerischen Kantone, Bern 2016.

Benoît Anne, Le partage vertical des compétences ent tant que le garant de l'autonomie des Etats fédérés en droit suisse et en droit américain, Diss. Genf 2009.

Biaggini Giovanni, Der Schweizerische Bundesstaat und seine Verfassungen. Versuch einer verfassungsrechtlichen und verfassungstheoretischen Standortbestimmung aus Anlass des 175. Doppelgeburtstags, in: ZSR 142 (2023) II, S. 5–150.

Blumer Johann Jakob/Morel Joseph, Handbuch des schweizerischen Bundesstaatsrechts, Erster Band, 2. Aufl., Schaffhausen 1877.

Dubs Jakob, Das öffentliche Recht der Schweizerischen Eidgenossenschaft: Dargestellt für das Volk, Erster Theil. Allgemeine Einleitung und Kantonalstaatsrecht, 2. Aufl., Zürich 1878.

Dubs Jakob, Das öffentliche Recht der Schweizerischen Eidgenossenschaft: Dargestellt für das Volk, Zweiter Theil. Das Bundesstaatsrecht, Zürich 1878.

Hangartner Yvo, Die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen, Bern/Frankfurt am Main 1974.

Hangartner Yvo, Begriff und Bedeutung der Eigenständigkeit der Kantone (Art. 47 BV), in: ZSR 131 (2012) I, S. 145–157 (zit. Eigenständigkeit).

Imboden Max, Die staatsrechtliche Bedeutung des Grundsatzes «Bundesrecht bricht kantonales Recht», in: Staat und Recht: Ausgewählte Schriften und Vorträge, Zürich/Basel/Genf 1971, S. 127–144.

Imboden Max, Die staatsrechtliche Problematik des schweizerischen Föderalismus, in: Staat und Recht: Ausgewählte Schriften und Vorträge, Zürich/Basel/Genf 1971, S. 175–197.

Knapp Blaise, Le fédéralisme, in: ZSR 125 (1984) II, S. 275–430.

Kley Andreas, Verhältnis von Föderalismus und Demokratie, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin, Verfassungsrecht der Schweiz, Band 1: Grundlagen, Demokratie, Föderalismus, Zürich/Basel/Genf 2020, S. 58–83 (zit. VRdCH 2020 I-Kley, Verhältnis).

Lehner Roman, Souveränität im Bundesstaat und in der Europäischen Union, Habil. Göttingen 2020, Tübingen 2021.

Martenet Vincent, L'autonomie constitutionnelle des cantons, Diss. Genf 1999, Basel 1999.

Saladin Peter, Bund und Kantone: Autonomie und Zusammenwirken im schweizerischen Bundesstaat, in ZSR 125 (1984) II, S. 431–590.

LITERATURVERZEICHNIS

Aemisegger Heinz/Scherrer Reber Karin, Kommentierung zu Art. 82, in: Niggli Marcel Alexander/ Uebersax Peter/ Wiprächtiger Hans/Kneubühler Lorenz (Hrsg.), Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz, 3. Aufl., Basel 2018.

Aubert Jean-François, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Band 1, Basel 1991.

Auer Andreas, Das Staatsrecht der schweizerischen Kantone, Bern 2016.

Baumann Robert, Bricht Bundesrecht kantonales Recht?, in: ZBl 117 (2016) 12, S. 643–658.

Benoît Anne, Le partage vertical des compétences en tant que garant de l'autonomie des Etats fédérés en droit suisse et en droit américain, Diss. Genf 2009.

Biaggini Giovanni, Theorie und Praxis des Verwaltungsrechts im Bundesstaat: Rechtsfragen der «vollzugsföderalistischen» Gesetzesverwirklichung am Beispiel des schweizerischen Bundesstaates und vergleichender Berücksichtigung der Rechtsverwirklichungsstrukturen in der Europäischen Gemeinschaft, Habil. Basel 1996 (zit. Theorie und Praxis).

Biaggini Giovanni, Kommentierung zu Art. 3, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Bundesverfassung, Basel 2015 (zit. BSK BV-Biaggini).

Biaggini Giovanni, Vorbemerkungen zu den Art. 42–135, in: Biaggini Giovanni, Orell Füssli Kommentar zur Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017 (zit. OFK BV-Biaggini, Vor Art. 42–135).

Biaggini Giovanni, Kommentierung zu Art. 44, in: Biaggini Giovanni, Orell Füssli Kommentar zur Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017 (zit. zit. OFK BV-Biaggini, Art. 44).

Biaggini Giovanni, Kommentierung zu Art. 47, in: Biaggini Giovanni, Orell Füssli Kommentar zur Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017 (zit. OFK BV-Biaggini, Art. 47).

Biaggini Giovanni, Der Schweizerische Bundesstaat und seine Verfassungen. Versuch einer verfassungsrechtlichen und verfassungstheoretischen Standortbestimmung aus Anlass des 175. Doppelgeburtstags, in: ZSR 142 (2023) II, S. 5–150 (zit. Bundesstaat).

Blumer Johann Jakob/Morel Joseph, Handbuch des schweizerischen Bundesstaatsrechts, Erster Band, 2. Aufl., Schaffhausen 1877.

Bodin Jean, Les six Livres de la République (deuxième réimpression de l'édition de Paris 1598), Darmstadt 1977.

Bradford Anu, The Brussels Effect: How the European Union Rules the World, New York 2020.

Breitenmoser Stefan, Föderalismus und Internationalisierung, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin, Verfassungsrecht der Schweiz, Band 1: Grundlagen, Demokratie, Föderalismus, Zürich et al. 2020, S. 639–666.

Bundesrat, Föderalismus im Krisentest: Die Lehren aus der Covid-19-Krise ziehen. Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulates 20.4522 Cottier vom 16. Dezember 2020, veröffentlicht am 15. Dezember 2023, https://www.bk.admin.ch/bk/de/home/dokumentation/fuehrungsunterstuetzung/krisenmanagement.html,(besucht am 19.7. 2024).

Bundesrat, Wasserversorgungssicherheit und Wassermanagement – Grundlagenbericht. Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulates 18.3610 Rieder vom 15.6.2018, veröffentlicht am 15.12.2021, https://

www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-88853.html, (besucht am 19.7.2024).

Burckhardt Walther, Grundsätzliches über die Abgrenzung der Gesetzgebungskompetenzen zwischen Bund und Kantonen, in: Walther Burckhardt. Aufsätze und Vorträge 1910–1938, Bern 1970, S. 219–234 (zit. Abgrenzung).

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

Burckhardt Walther, Eidgenössisches Recht bricht kantonales Recht, in: Zaccaria Giacometti/Dietrich Schindler (Hrsg.), Festgabe für Fritz Fleiner zum 60. Geburtstag, Tübingen 1927, S. 59–74 (zit. FS Fleiner).

Buser Denise, Föderalistischer Flickenteppich? Die Zusammenarbeit der Kantone in der Corona-Pandemie – unter besonderer Berücksichtigung des Gesundheitsbereichs, in: ZBl 122 (2021) 10, S. 535–557.

Brühl-Moser Denise, Schweizerischer Föderalismus im internationalen Vergleich, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin, Verfassungsrecht der Schweiz, Band 1: Grundlagen, Demokratie, Föderalismus, Zürich/Basel/Genf 2020, S. 565–594 (zit. VRdCH I-Brühl-Moser).

Dominice Christian, Fédéralisme coopératif, in: ZSR NF 88 (1969) II, S. 743–894 (zit. Dominicé).

Dubs Jakob, Das öffentliche Recht der Schweizerischen Eidgenossenschaft: Dargestellt für das Volk, Erster Theil. Allgemeine Einleitung und Kantonalstaatsrecht, 2. Aufl., Zürich 1878 (zit. Dubs, I).

Dubs Jakob, Das öffentliche Recht der Schweizerischen Eidgenossenschaft: Dargestellt für das Volk, Zweiter Theil. Das Bundesstaatsrecht, Zürich 1878 (zit. Dubs, II).

Dubs Jakob, Die Schweizerische Demokratie in ihrer Fortentwicklung (Nachdruck des Originals von 1868), Paderborn 2012.

Egli Patricia, Kommentierung zu Art. 42, in: 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. SGK BV-Egli, Art. 42).

Egli Patricia, Kommentierung zu Art. 46, in: 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. SGK BV-Egli, Art. 46).

Egli Patricia/Schweizer Rainer J., Kommentierung zu Art. 41, 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. SGK BV-Egli/Schweizer).

Egli Patricia, Kantone als Verfassungsorgane, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin, Verfassungsrecht der Schweiz, Band III: Verfassungsorgane, Verfahren, Bereichsverfassungen, Zürich/Basel/Genf 2020, S. 1677–1698.

Ehrenzeller Kaspar, Koordination von Verfassungsrecht im Widerspruch. Legislative Gestaltungskompetenzen bei angenommenen Volksinitiativen, Diss. St. Gallen 2020 (zit. Ehrenzeller K.).

Ehrenzeller Bernhard/Portmann Roland., Kommentierung zu Art. 54, in: 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. SGK BV-Ehrenzeller B./Portmann).

Fleiner Fritz, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Tübingen 1923.

Fleiner Fritz/Giacometti Zaccaria, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Neubearbeitung der ersten Hälfte des gleichnamigen Werkes von Fritz Fleiner, Zürich 1949 (zit. Fleiner/Giacometti).

Freiburghaus Rahel, Lobbyierende Kantone. Subnationale Interessenvertreter im Schweizer Föderalismus. Diss. Bern 2023.

Hangartner Yvo, Die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen, Habil St. Gallen, Bern/Frankfurt am Main 1974 (zit. Kompetenzverteilung).

Hangartner Yvo, Art. 3 BV, in: Alexander Ruch/Gérard Hertig/Urs Ch. Nef (Hrsg.), Das Recht in Raum und Zeit. Festschrift für Martin Lendi, Zürich 1998, S. 155–170 (zit. Art. 3 BV).

Hangartner Yvo, Begriff und Bedeutung der Eigenständigkeit der Kantone (Art. 47 BV), in: ZSR 131 (2012) I, S. 145–157 (zit. Eigenständigkeit).

Hangartner Yvo/Kley Andreas/ Braun Binder Nadja/Glaser Andreas, Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2023.

Holenstein Rolf, Stunde Null. Die Neuerfindung der Schweiz 1848. Die Privatprotokolle und Geheimberichte, 2. Aufl., Basel 2023.

Huber Hans, Der Kompetenzkonflikt zwischen dem Bund und den Kantonen, Diss. Bern 1926.

Häfelin Ulrich/Haller Walter/Keller Helen/Thurnherr Daniela, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020.

Giacometti Zaccaria, Über die Tragweite des Prinzips «Bundesrecht bricht kantonales Recht», in: Alfred Kölz (Hrsg.), Ausgewählte Schriften, Zürich 1994, S. 149–156.

Griffel Alain, Die Grundsatzgesetzgebungskompetenz gemäss Art. 75 Abs. 1 BV: Tragweite und Grenzen. Rechtsgutachten zuhanden des Bundesamtes für Raumentwicklung ARE vom 17.2.2017, https://www.are.admin.ch/dam/are/de/dokumente/recht/dokumente/bericht/die-grundsatzgesetzgebungskompetenz-gemass-art-75-abs-1-bv-tragweite-und-grenzen.pdf.download.pdf/Gutachten_Grundsatzgesetzgebung_final.pdf, besucht am 19.7.2024.

Haller Walter/Kölz Alfred/Gächter Thomas, Allgemeines Staatsrecht, 6. Aufl. Zürich/Basel/Genf 2020.

Hettich Peter, Rechtliche Massnahmen zur Verhinderung und Bewältigung einer Strom- und Gasmangellage, in: ZBl 123 (2022) 12, S. 650–659.

Häfelin Ulrich, Der kooperative Föderalismus in der Schweiz, in: ZSR NF 88 (1969) II, S. 549–741.

Hänni Peter, Kommentierung zu Art. 61*a*, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Schweizerische Bundesverfassung, Basler Kommentar, Basel 2015 (zit. BSK BV-Hänni).

Imboden Max, Die staatsrechtliche Bedeutung des Grundsatzes «Bundesrecht bricht kantonales Recht», in: Staat und Recht: Ausgewählte Schriften und Vorträge, Zürich/Basel/Genf 1971, S. 127–144 (zit. Bedeutung).

Imboden Max, Die staatsrechtliche Problematik des schweizerischen Föderalismus, in: Staat und Recht: Ausgewählte Schriften und Vorträge, Zürich/Basel/Genf 1971, S. 175–197 (zit. Föderalismus).

Imboden Max, Bundesrecht bricht kantonales Recht, Diss. Zürich 1940 (zit. Bundesrecht).

Imboden Max, Der nichtige Staatsakt, Habil. Zürich 1944 (zit. Staatsakt).

Imboden Max, Johannes Bodinus und die Souveränitätslehre, in: Staat und Recht: Ausgewählte Schriften und Vorträge, Zürich/Basel/Genf 1971, S. 93–110 (zit. Souveränitätslehre).

Imboden Max, Rousseau und die Demokratie, in: Staat und Recht: Ausgewählte Schriften und Vorträge, Zürich/Basel/Genf 1971, S. 75–92 (zit. Rousseau).

Imboden Max, Die politischen Systeme, Basel 1964 (zit. Systeme).

Jaag Tobias, Kooperativer Föderalismus – Verstärkte Zusammenarbeit im Bundesstaat, in: AJP 22 (2013) 5, S. 774–781.

Jagmetti Riccardo, Der Einfluss der Lehren von der Volkssouveränität und vom Pouvoir Constituant auf das Schweizerische Verfassungsrecht, Diss. Zürich 1920.

Kelsen Hans, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, in: VVDStRL 5 (1928), S. 30–88.

Kley Andreas, § 10 Grundfragen der Bundesstaatlichkeit, in: Biaggini Giovanni/Gächter Thomas/Kiener Regina (Hrsg.), Staatsrecht, 3. Aufl. 2021, Zürich/St. Gallen, S. 129–141 (zit. BGK, § 10).

Kley Andreas, Geschichte des schweizerischen Verfassungsrechts von 1798 bis in die Gegenwart, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler

Benjamin, Verfassungsrecht der Schweiz, Band 1: Grundlagen, Demokratie, Föderalismus, Zürich/Basel/Genf 2020, S. 58–83 (zit. VRdCH 2020 I-Kley, Geschichte).

Kley Andreas, Verhältnis von Föderalismus und Demokratie, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin, Verfassungsrecht der Schweiz, Band 1: Grundlagen, Demokratie, Föderalismus, Zürich/Basel/Genf 2020, S. 58–83 (zit. VRdCH 2020 I-Kley, Verhältnis).

Kley Andreas, Verfassungsgeschichte der Neuzeit. Grossbritannien, die USA, Frankreich und die Schweiz, 4. Aufl., Bern 2020 (zit. Verfassungsgeschichte).

Kley Andreas, Bundeskompetenzen mit ursprünglich derogatorischer Wirkung aus historischer Perspektive, in: recht 17 (1999) 6, S. 189–201 (zit. Bundeskompetenzen).

Knapp Blaise, Le fédéralisme, in: ZSR 125 (1984) II, S. 275–430 (zit. Knapp).

Kolarov Ana, Der koordinierte Pluralismus in der schweizerischen Aussenpolitik: Die völkerrechtliche Vertragsschlussfähigkeit der schweizerischen Kantone in verfassungsgeschichtlicher Perspektive, Diss. Zürich 2015.

Kölz Alfred, Neuere schweizerische Verfassungsgeschichte. Band 2: Ihre Grundlinien im Bund und Kantonen seit 1848, Bern 2004.

Ulrich Lampert, Das schweizerische Bundessstaatsrecht. Systematische Darstellung mit dem Text der Verfassung im Anhang, Zürich 1918.

Lehner Roman, Souveränität im Bundesstaat und in der Europäischen Union, Habil. Göttingen 2020, Tübingen 2021.

Looser Martin E., Kommentierung zu Art. 190, in: 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. SGK BV-Looser).

Looser Martin E., Verfassungsgerichtliche Rechtskontrolle gegenüber schweizerischen Bundesgesetzen, Diss. St. Gallen 2011 (zit. Rechtskontrolle).

Luks Zheni, Klage an das Bundesgericht bei öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten zwischen Bund und Kantonen oder zwischen Kantonen (Art.

120 BGG). Verfassungsrechtlicher Rahmen und Sachurteilsvoraussetzungen, Diss. Freiburg i. Ü, Bern 2022.

Malinverni Giorgio/Hottelier Michel/Hertig Randall Maya/Flückiger Alexandre, Droit Constitutionnel suisse, Band 1: l'état, 4. Aufl., Bern 2021.

Martenet Vincent, Kommentierung zu Art. 3, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques, Constitution fédérale, Commentaire Romand, Basel 2021 (zit. CR Cst.-Martenet, Art. 3).

Martenet Vincent, Kommentierung zu Art. 190, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques, Constitution fédérale, Commentaire Romand, Basel 2021 (zit. CR Cst.-Martenet, Art. 190).

Martenet Vincent, L'autonomie constitutionnelle des cantons, Diss. Genf 1999, Basel 1999 (zit. Autonomie).

Müller Jörg Paul/Biaggini Giovanni, Die Verfassungsidee angesichts der Gefahr eines Demokratieabsolutismus, in: ZBl 116 (2015) 5, S. 235–250.

Müller Lucien, Vorbemerkungen zu den Art. 42–135, in: 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. SGK BV-Müller, Vor Art. 42–135).

Nawiasky Hans, Allgemeine Staatslehre. Teil 3: Staatsrechtslehre, Einsiedeln u.a. 1956.

Neier Christina, Kommentierung zu Art. 42, in: Schlegel Stefan/Ammann Odile (Hrsg.), Schweizerische Bundesverfassung. Onlinekommentar, https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/bv42 (zit. OK BV-Neier, Art. 42).

Neier Christina, Kommentierung zu Art. 43*a*, in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (Hrsg.), Schweizerische Bundesverfassung. Onlinekommentar, https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/bv43a, zit. OK BV-Neier, Art. 43*a*).

Niedermann Dieter J., Zur Föderalismusreform – ein Diskussionsbeitrag aus kantonaler Sicht, in: Ehrenzeller Bernhard/Mastronardi Philippe/Schaffhauser René/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (Hrsg.), Der Verfassungsstaat vor

neuen Herausforderungen. Festschrift für Yvo Hangartner, St. Gallen/Lachen 1998, S. 697–712.

Pfisterer Thomas, Die Bundesverfassung vor Vielfalt und Einheit im Wandel, in: AJP 18 (2009) 6, S. 706–726.

von Planta Peter Conradin, Die Schweiz und ihre Entwicklung zum Einheitsstaate, Zürich 1877.

Poledna Tomas/Rütsche Bernhard, Kommentierung zu Art. 118, in: 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. SGK BV-Poledna/Rütsche).

Reich Johannes, § 12 Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen, in: Biaggini Giovanni/ Gächter Thomas/Kiener Regina (Hrsg.), Staatsrecht, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen, 2021, S. 153–167 (zit. BGK, § 12).

Reich Johannes, § 13 Mitwirkung der Kantone an der Willensbildung im Bund, in: Biaggini Giovanni/Gächter Thomas/Kiener Regina (Hrsg.), Staatsrecht, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2021, S. 168–173 (zit. BGK, § 13).

Reich Johannes, Verhältnis von Demokratie und Rechtsstaatlichkeit, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin, Verfassungsrecht der Schweiz, Band 1: Grundlagen, Demokratie, Föderalismus, Zürich/Basel/Genf 2020, S. 333–335 (zit. VRdCH 2020 I-Reich).

Reich Markus/Weidmann Markus, Kommentierung zu Art. 7, in: Zweifel Martin/Beusch Michael (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Steuerrecht, Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden (StHG), 4. Aufl., Basel 2022 (zit. BSK StHG-Reich/Weidmann).

Rhinow René, Die Bundesverfassung 2000: Eine Einführung, Basel 2000.

Rousseau Jean-Jacques, Du contrat social. Présentation, notes, bibliographie et chronologie par Bruno Bernardi (= Nachdruck des Originals [« Du contrat social ou principes du droit politique »] aus dem Jahr 1762), Paris 2001.

Ruch Alexander/Errass Christoph, Kommentierung zu Art. 49, in: 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. SGK BV-Ruch/Errass).

Ruck Erwin, Verfassungsrecht und Verfassungsleben, Berlin 1925.

Rütsche Bernhard, Was sind öffentliche Aufgaben?, in: recht 31 (2013) 4, S. 153–162 (zit. Aufgaben).

Rütsche Bernhard, Rechtsfolgen von Normenkontrollen, in: ZBl 106 (2005) 6, S. 273–304 (zit. Normenkontrollen).

Saladin Peter, Bund und Kantone: Autonomie und Zusammenwirken im schweizerischen Bundesstaat, in ZSR 125 (1984) II, S. 431–590 (zit. Autonomie).

Saladin Peter, Kommentierung zu Art. 3, in: Aubert Jean-François/Eichenberger Kurt/Müller Jörg Paul/Rhinow René/Schindler Dietrich (Hrsg.), Kommentar zu Bundesverfassung vom 29.5.1874, Basel/Zürich/Bern 1987–1996 (zit. Komm. aBV-Saladin, Art. 3).

Saladin Peter, Art. 2 Ue-Bst., in: Aubert Jean-François/Eichenberger Kurt/Müller Jörg Paul/Rhinow René/Schindler Dietrich (Hrsg.), Kommentar zu Bundesverfassung vom 29.5.1874, Basel/Zürich/Bern 1987–1996 (zit. Komm. aBV-Saladin, Art. 2 Ue-Bst.).

Saxer Urs/Brunner Florian, Kommentierung zu Art. 185, in: 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. SGK BV-Saxer/Brunner).

Schindler Benjamin, Rechtsanwendungsgleichheit im Mehrebenensystem, in: VVDStRL 78 (2019), S. 119–202 (zit. Schindler B., Mehrebenensystem).

Schindler Benjamin, Alte und neue Fragen zum Bestattungs- und Friedhofsrecht, in: ZBl 124 (2023) 11, S. 571–593 (zit. Schindler B., Bestattungs- und Friedhofsrecht).

Schindler Dietrich, Verfassungsrecht und soziale Struktur, 5. Aufl., Zürich 1970 (zit. Schindler D.).

Schmid Gerhard, Souveränität, Staatlichkeit und Identität der Kantone, in: ZBl 85 (1984), S. 104–111 (zit. Schmid G.)

Schmid Stefan G., Entstehung und Entwicklung der Demokratie in der Schweiz, in: in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin, Verfassungsrecht der Schweiz, Band 1: Grundlagen, Demokratie, Föderalismus, Zürich/Basel/Genf 2020, S. 287–316 (zit. VRdCH 2020 I-Schmid S.)

Schollenberger Johann, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Berlin 1905.

Schuppert Gunnar Folke, Staatswissenschaft, Baden-Baden 2003.

Schürmann Leo, Revision der Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen im Allgemeinen, in: Veröffentlichungen der Schweizerischen Verwaltungskurse an der Handelshochschule St. Gallen, Band 9: Die Stellung der Kantone im Bund, Einsiedeln/Köln 1947, S. 41–58.

Schweizer Rainer J., Kommentierung zu Art. 3, in: 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 (SGK BV-Schweizer).

Senn Marcel, Rechtsgeschichte. Ein Kulturhistorischer Grundriss, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2007.

Stiftung für eidgenössische Zusammenarbeit (CH-Stiftung), Monitoringbericht Föderalismus 2017–2021, Parlamentarische Vorstösse in den eidgenössischen Räten vom 12.2.2021, https://chstiftung.ch/fileadmin/t8_jetpack/redaktion/Dokumente/Programme_Projekte/Foederalismusmonitoring/Monitoring_2017-2021/Anhang_Bericht_Parlamentarische_Vorstoesse-DE.pdf, besucht am 19.7.2024 (zit: Ch-Stiftung, 2021).

Stiftung für eidgenössische Zusammenarbeit (CH-Stiftung), Monitoringbericht Föderalismus 2017–2021, Politischer Synthesebericht vom 18.8.2022, https://chstiftung.ch/fileadmin/t8_jetpack/redaktion/Dokumente/Programme_Projekte/Foederalismusmonitoring/Monitoring_2017-2021/

Synthesepapier_Monitoring_2017-2021-DE-Print.pdf, besucht am 19.7.2024 (zit. Ch-Stiftung, 2022).

Tiefenthal Jürg, «Vielfalt in der Einheit» am Ende? – Aktuelle Herausforderungen des schweizerischen Föderalismus, Zürich 2021 (zit. Vielfalt).

Tiefenthal Jürg, Kantonales Polizeirecht der Schweiz, Zürich/Basel/Genf 2018 (zit. Polizeirecht).

Tschannen Pierre, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 5. Aufl., Bern 2021.

Usteri Johann Martin, Die Theorie des Bundesstaates. Ein Beitrag zur Allgemeinen Staatslehre, ausgearbeitet am Beispiel der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Diss. Zürich 1953.

Waitz Georg, Das Wesen des Bundesstaates, in: Allgemeine Monatsschrift für Wissenschaft und Literatur, 1853, S. 494–530.

Waldmann Bernhard, Staatsrechtliche Herausforderungen, in: Felix Uhlmann/Stefan Höfler (Hrsg.), Notrecht in der Corona-Krise, Zürich/St. Gallen 2021, S. 1–48 (zit. Herausforderungen).

Waldmann Bernhard, Kommentierung zu Art. 89, in: Niggli Marcel Alexander/Uebersax Peter/Wiprächtiger Hans/Kneubühler Lorenz (Hrsg.), Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz, 3. Aufl., Basel 2018 (zit. BSK BV-Waldmann).

Waldmann Bernhard, Bundesrecht bricht kantonales Recht, in: Markus Rüssi/Julia Hänni/Häggi Furrer Reto (Hrsg.), Staats- und Verwaltungsrecht auf vier Ebenen. Festschrift für Tobias Jaag, Zürich/Basel/Genf 2012, S. 533–547 (zit. Bundesrecht).

Waldmann Bernhard, Zusammenarbeit im Bundesstaat, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin, Verfassungsrecht der Schweiz, Band 1: Grundlagen, Demokratie, Föderalismus, Zürich/Basel/Genf 2020, S. 715–736 (zit. VRdCH I-Waldmann).

Waldmann Bernhard, Verfassungsrechtlicher Rahmen des schweizerischen Föderalismus – nur noch Symbolik?, in: AJP 22 (2013) 9, S. 1332–1336 (zit. Symbolik).

Waldmann Bernhard/Kraemer Raphael, Kommentierung zu Art. 44, in: 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 (SGK BV-Waldmann/Kraemer).

Walther Reto, Art. 5*a*, in: Schlegel Stefan/Ammann Odile (Hrsg.), Schweizerische Bundesverfassung. Onlinekommentar, https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/bv5a (zit. OK BV-Walther).

MATERIALIENVERZEICHNIS

Bericht über den Entwurf einer Bundesverfassung vom 8.4.1848, erstattet von der am 16.8.1847 von der Tagsatzung ernannten Revisionskommission, Bern 1848 (zit. Bericht BV 1848).

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 5a BV

Eine Kommentierung von Reto Walther

ZITIERVORSCHLAG

Reto Walther, Kommentierung zu Art. 5a BV, in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (Hrsg.), Onlinekommentar zur Bundesverfassung

Kurzzitat: OK-Walther, Art. 5a BV N. XXX.

Art. 5a Subsidiarität

Bei der Zuweisung und Erfüllung staatlicher Aufgaben ist der Grundsatz der Subsidiarität zu beachten.

GLIEDERUNG

I. Überblick 55
II. Entstehungsgeschichte 55
A. Begriffliche und ideengeschichtliche Wurzeln des Subsidiaritätsprinzips 55
B. Eingang des Subsidiaritätsprinzips in die Bundesverfassung 59
III. Kontext 63
IV. Kommentar i.e.S. 70
A. Anwendungsbereich 70
B. Zweck und Funktionsweise 73
C. Normativer Gehalt 75
D. Fehlende Justiziabilität 77
Empfohlene weiterführende Lektüre 78
Bibliografie 79

I. ÜBERBLICK

Der Grundsatz der Subsidiarität wird mitunter als **«schillerndes» – schwer durchschaubares – Prinzip** bezeichnet.[147] Der Grund dafür liegt darin, dass es «das» Subsidiaritätsprinzip nicht gibt. Es existiert eine Vielzahl von Konzeptionen des Subsidiaritätsprinzips. Die Idee der Subsidiarität wird vielfältig verwendet[148] und kann auf eine lange, äusserst reiche, mannigfaltige Geschichte zurückblicken. Aufgrund der eher bescheidenen rechtspraktischen Bedeutung von Art. 5a BV (Abschnitt IV.) besteht hier ausreichend Raum, um die ideengeschichtliche Bedeutung des Subsidiaritätsprinzips nicht nur, aber natürlich auch im Kontext der schweizerischen Bundesverfassung (insbesondere Abschnitt III.) gebührend zu würdigen. Diese Gewichtung entspricht dem Charakter des Subsidiaritätsprinzips, das mehr eine politische Leit*idee* als ein auf den Einzelfall anwendbarer Rechtssatz ist. 1

II. ENTSTEHUNGSGESCHICHTE

A. Begriffliche und ideengeschichtliche Wurzeln des Subsidiaritätsprinzips

Der Begriff der Subsidiarität geht einerseits auf das lateinische «subsidium» zurück, das für Hilfe und spezifischer für militärische Reservetruppen steht. Andererseits übersetzten katholische Theologen den griechischen Begriff «hypo taxis» in den lateinischen «sub sedeo». Inspiriert von untergeordneten Nebensätzen in der griechischen Grammatik beschrieben sie damit die Gesellschaft als pluralistisch, als eine auf vielen sich unterstützenden unter- und übergeordneten Gemeinschaften aufbauende Organisation. So entstand der Begriff «subsidiarium», Subsidiarität.[149] Diese **Wortherkunft** ist bedeutsam, weil sie die Grundstruktur der gesellschaftlichen Wirklichkeit hinter dem Subsidiaritätsgedanken hervorstreicht:[150] Naturgemäss ist jedes gesellschaftliche Tätigwerden über viele Ebenen hinweg stets demjenigen der 2

147. Bspw. Tschannen, N. 206.
148. Siehe etwa Baumgartner, S. 13.
149. Siehe Cahill, S. 208 m.w.H.; Stadler, S. 11 f.
150. Siehe auch Stadler, S. 25 (Subsidiarität als «Aussage über das Wesen der Gemeinschaft»).

daran beteiligten oder davon betroffenen Individuen bzw. deren Zusammenschlüssen in Gruppen wie Familien, Vereinen, Gemeinden etc. nachgeordnet.[151] Deswegen wurde der mehrstufige (föderale) Staatsaufbau auch schon als *vor*verfassungsrechtliches Ordnungsprinzip bezeichnet.[152]

3 Thomas Aquinas entwickelte die Idee, dass sich zunehmend komplexe menschliche Gesellschaften über **viele Organisationsstufen** mit ihren je eigenen Zwecken (Familien, Dörfer usw.) herausbilden.[153] Aquinas zufolge kommt dem Staat lediglich die Rolle zu, die Voraussetzungen (Ordnung, Gemeinwohl) sicherzustellen, die notwendig sind, damit menschliche Zusammenschlüsse unterhalb der staatlichen Ebene prosperieren können.[154] Dieser Gedanke findet sich im verfassungsrechtlichen Grundsatz der Subsidiarität wieder. Etwas abgewandelt kann die Idee m.E. auch auf staatliche Mehrebenensysteme übertragen werden:[155] So liessen sich etwa Art. 47 und 50 BV in diesem Sinn verstehen: Ersterer garantiert die Eigenständigkeit der Kantone im Bundesstaat (Abs. 1) und sichert ihnen dazu ausreichend Aufgaben, Finanzierungsquellen und Organisationsautonomie zu (Abs. 2); zweiterer schützt die Gemeinden zumindest bis zu einem gewissen Grad (dazu unten N 26).

4 Während Aquinas das heutige Verständnis von der Subsidiarität als Prinzip der politischen Ordnung antizipiert hatte, vertrat der als Vater des Föderalismus bekannte Johannes Althusius ein Verständnis des Verhältnisses von Zentrum und Gliedern, das von der Ordnung der Bundesverfassung abweicht. Althusius wollte den Gliedern ein Veto-Recht gegen Zentralisierungsschritte zugestehen,[156] wie es aus dem Staatenbund[157] und dem traditionellen Völkervertragsrecht[158] bekannt ist. Demgegenüber steht den einzelnen Kantonen im Bundesstaat grundsätzlich **kein Veto-Recht gegen Zentralisierungsschritte** zu. Nur, aber immerhin, Bestandes- und Gebietsänderungen bedürfen der Zustimmung der betroffenen Kantone und ihrer Bevölkerung (Art. 53 Abs. 2–3 BV). Anstelle der Immunität vor

151. Vgl. Cahill, S. 210–213.
152. Fleiner/Misic, N. 1.
153. Aroney, S. 25.
154. Aroney, S. 24 f.; eingehend Finnis, Kapitel 7.
155. So wohl auch Stadler, S. 57.
156. Siehe Føllesdal, Competing Conceptions, S. 216.
157. Siehe Føllesdal, Subsidiarity, S. 206.
158. Broude/Shany, S. 4.

ungewollter Zentralisierung sind Überlegungen der Wirksamkeit und Effizienz prägend für den bundesstaatlichen Föderalismus[159] (vgl. Art. 43a Abs. 1–2 und 5 BV).

5 In der jüngeren Vergangenheit bildete primär die katholische Soziallehre von Papst Pius XI (1931) den Subsidiaritätsbegriff fort.[160] Nach der katholischen Soziallehre setzt jedes Tätigwerden einer Gemeinschaft voraus, dass es dem jeweils nächstkleineren Zusammenschluss von Menschen bis hinunter zum Individuum dient: Obwohl sich die Gesellschaft in Gruppen organisiert, soll die einzelne Person möglichst *als Individuum* erhalten bleiben.[161] Indem eine **vielfältige (pluralistische) Gesellschaft geschützt und gefördert** wird, erfährt auch die individuelle Entfaltung des Einzelnen Schutz.[162] Das verfassungsrechtliche Subsidiaritätsprinzip gründet letztlich ebenso auf der Einsicht, dass «Aufgaben so weit, als es sinnvollerweise möglich ist, den kleineren Gemeinwesen zugewiesen werden [sollen]»,[163] sofern die «Erhaltung der kleineren Gemeinschaft gewünscht wird».[164] Gerade dieser Wunsch macht das Subsidiaritätsprinzip aus: Es drückt eine Präferenz dafür aus, Zuständigkeiten der kleineren Einheit zu belassen, damit diese als (teil)autonome Einheit erhalten bleibt.[165]

6 Tatsächlich ist die Popularität, die die Subsidiarität als Grundsatz der politischen Ordnung in Mehrebenensystemen in den letzten Jahrzehnten erfahren hat, hauptsächlich von mehr oder weniger stark ausgeprägten **Ängsten vor der schleichenden Expansion** des Einflusses der höheren bzw. zentralen Ebene («mission creep») getrieben.[166] Deutlich sichtbar wurde dies, als von den Medien und Rechtswissenschaften kolportiert wurde, der Vertrag über die Europäische Union von Maastricht[167] habe nur «gerettet» werden können, indem das Subsidiaritätsprinzip in ihn eingefügt worden sei.

159. Vgl. Føllesdal, Competing Conceptions, S. 217; ferner Boadway/Shah, Kapitel 1.
160. Eingehend Stadler, S. 12 ff.
161. Papst Pius XI, N. 79.
162. Eingehend Chaplin, S. 65–83.
163. Schlussbericht der Arbeitsgruppe für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung (Arbeitsgruppe «Wahlen»), Bern 1973, S. 263; siehe auch Botschaft zur Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgaben zwischen Bund und Kantonen (NFA) vom 14.11.2001, BBl 2002 2291, S. 2306.
164. Schlussbericht Wahlen, S. 263.
165. Feichtner, N. 1; Føllesdal, Subsidiarity, S. 190; Stadler, S. 54.
166. Vgl. Thalmann, Stellung, S. 72 f.
167. Vertrag über die Europäische Union vom 7.2.1992, Abl. EU vom 29.7.1992, Nr. C 191.

168 Auch in die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK)[169] wurde das Subsidiaritätsprinzip aufgenommen (Erwägungsgrund 6 der Präambel), um Mitgliedstaaten zufriedenzustellen, denen der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) zu einflussreich geworden war.[170] Als für die völkerrechtliche Vertragsauslegung massgebender Bestandteil ist die Ergänzung der EMRK-Präambel grundsätzlich juristisch bedeutsam.[171] Dessen ungeachtet sandte bereits die politische Entscheidung, das Subsidiaritätsprinzip in der EMRK zu verankern, ein wirksames Signal aus: Es reichte, wie die empirische Rechtsforschung zeigt, um den EGMR dazu zu bewegen, antizipativ – vor Inkrafttreten der Konventionsänderung – zurückhaltender zu urteilen.[172] Das bundesverfassungsrechtliche Subsidiaritätsprinzip ist im Grunde ähnlich wie die europarechtlichen Subsidiaritätsprinzipien motiviert.[173] Ein allfälliger EU-Beitritt der Schweiz war mit ein Grund, das Subsidiaritätsprinzip in der Verfassung zu verankern.[174]

7 Diese Perspektive rückt den freiheitlichen Gedanken der **Selbstbestimmung** in den Vordergrund. Individual- und Gemeininteressen können in vergleichsweise kleinen, homogenen Gemeinschaften mutmasslich besser verfolgt werden als durch eine übergeordnete Zentralinstanz.[175] Genauso wie es gerechtfertigt erscheinen kann, Gliedstaaten vor Zentralisierung zu schützen, kann es jedoch auch gerechtfertigt sein, zentrale Mechanismen zu etablieren, die das Individuum vor gliedstaatlichen Grundrechtsverletzungen schützen; etwa wenn in einzelnen Gliedstaaten diskriminierende Praktiken fortbestehen, die gesamtstaatlich bereits überwunden wurden.[176] So schützen beispielsweise der bundesverfassungsrechtliche Grundrechtekatalog und das Bundesgericht seit Langem vor Grundrechtsverletzungen durch die kantonalen Behörden.[177] Dabei handelt es sich freilich nur um einen legitimen Zentralisierungsgrund unter anderen.

168. Cass, S. 1107 m.H.a. die Zeitung European Independent.
169. Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4.11.1950, in Kraft getreten für die Schweiz am 28.11.1974, SR 0.101.
170. Milner, S. 30; eingehend Walther, Kapitel 4.
171. Art. 31 Abs. 2 Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge vom 23.5.1969, in Kraft getreten für die Schweiz am 6.6.1990, SR 0.111; Neier et al., S. 687 f.
172. Bates, S. 272 ff.; Madsen, S. 199 ff.
173. Botschaft NFA, S. 2306 f.
174. SGK-Schweizer/Müller, Art. 5a BV N. 15; vgl. Botschaft NFA, S. 2536.
175. Føllesdal, Subsidiarity, S. 211.
176. Føllesdal, Subsidiarity, S. 204; Føllesdal, Competing Conceptions, S. 217.

Diese Ausführungen zeigen, dass es sich beim Grundsatz der Subsidiarität um ein **komplexes Prinzip** handelt, das sich verschieden manifestieren kann. Der wörtliche Verweis auf «den Grundsatz der Subsidiarität» in Art. 5a BV kann die Kompetenzverteilung im schweizerischen Bundesstaat daher nicht hinreichend bestimmen. 8

B. Eingang des Subsidiaritätsprinzips in die Bundesverfassung

Anders als es die langen ideengeschichtlichen Wurzeln des Subsidiaritätsprinzips vermuten lassen, erscheint Art. 5a BV als relativ unbedeutend, wenn man die Bestimmung **verfassungsgeschichtlich** und -praktisch betrachtet. Das Subsidiaritätsprinzip war in den Bundesverfassungen von 1848 und 1874 abwesend und auch die Verfassungsrevision von 1999 nahm den Begriff «Subsidiarität» nicht in den Verfassungstext auf. Erst die Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgaben zwischen Bund und Kantonen (NFA) von 2004 führte Art. 5a und mit ihm den expliziten Verweis auf den Subsidiaritätsgedanken in die Bundesverfassung ein. 9

Bevor im Detail auf diese recht junge Entwicklung eingegangen wird, ist darauf hinzuweisen, dass der schweizerische **Bundesstaat implizit stets der Logik der Subsidiarität folgte** (siehe Art. 3 BV 1848/BV 1874: «Die Kantone sind souverän, soweit ihre Souveränität nicht durch die Bundesverfassung beschränkt ist, und üben als solche Rechte aus, welche nicht der Bundesgewalt übertragen sind.»):[178] Die «Generalkompetenz» lag nie beim Bund, der früher wie heute nur gestützt auf eine explizite Verfassungsgrundlage handeln durfte (vgl. Art. 3 und Art. 43a Abs. 1 BV).[179] Der Bund kann heute wie früher nur tätig werden, wenn dies der Verfassungsgeber, also eine Mehrheit nicht nur des Schweizer Volks, sondern auch der Kantone (Art. 142 Abs. 2 i.V.m. 140 Abs. 1 Bst. a BV), als zweckmässig, sinnvoll, wünschenswert oder dergleichen[180] erachtet (vgl. das 2. Kapitel des 3. Titels der geltenden BV und die Aufzählung von Bundeskompetenzen in der 10

177. Siehe etwa Biaggini, Verfassungsgerichtsbarkeit, N. 4; vgl. z.B. BGE 116 Ia 359, den «Frauenstimmrechtsentscheid» betreffend den Kanton Appenzell Innerrhoden.
178. Biaggini, Art. 5a BV N. 6; Thalmann, Stellung, S. 72; vgl. auch Aubert, S. 8 f.; Bellanger, CR, Art. 5a BV N. 3; Epiney, S. 14; Koller, S. 678.
179. Abderhalden, S. 48; Thalmann, Stellung, S. 65–75; vgl. bereits Burckhardt, aBV Kommentar, Art. 3, S. 14; Saladin, aBV Kommentar, Art. 3 BV N. 71.
180. Siehe auch Schlussbericht Wahlen, S. 253 f.

Bundesverfassung von 1874).[181] Historisch betrachtet dient der Bundesstaat eben nicht einem möglichst engen Zusammenschluss der Kantone, sondern der Wahrung ihrer Eigenständigkeit und Unabhängigkeit, so dass dem verfassungsrechtlichen Föderalismus ein «statisch-abwehrender» Charakter zugeschrieben wird.[182]

11 Diese verfassungsgeschichtlichen Wurzeln des Subsidiaritätsprinzips in der Idee der **Enumeration**, d.h. der ausdrücklichen und abschliessenden Nennung, aller Bundeskompetenzen (Prinzip der begrenzten oder konkreten Einzelermächtigung, siehe Art. 3, 42 BV)[183] wirft die Frage nach dem Verhältnis zwischen dem Enumerations- und dem Subsidiaritätsprinzip auf. Aus einer Sichtweise, die der grundlegenden Natur des Subsidiaritätsprinzips Rechnung trägt, erscheint dieses oft unzureichend geklärte Verhältnis (siehe etwa sogleich N. 12) als eine Mittel-Ziel-Beziehung: Die Enumeration der Bundeskompetenzen weist den Bund gegenüber den Kantonen in «enumerierte Schranken», was der Sicherstellung der Subsidiarität des Bundes dient.[184] Damit wird die Aufgabe, die Subsidiarität des Bundes gegenüber den Kantonen durch entsprechende Kompetenzzuweisungen (vgl. unten N. 30) zu konkretisieren, eindeutig dem Bundesverfassungsgeber und damit einem politischen Akteur (vgl. unten N. 37) zugewiesen. Ausserdem erlaubt es die Sicherstellung der Subsidiarität des Bundes mittels «enumerierter Schranken», eine gewisse Rechtssicherheit über die der subsidiären Ebene zugewiesenen Kompetenzen herzustellen.[185] Angesichts der grossen Unschärfe des Subsidiaritätsprinzips (vgl. unten N. 13 f., 34 ff.) ist dies rechtsstaatlich wertvoll.

12 Angesichts der langen Verfassungstradition der Subsidiarität des Bundes (oben N. 10) erstaunt es nicht, dass zu Beginn der Totalrevision der Bundesverfassung in den 1960er Jahren grundsätzlich **Einigkeit über die subsidiäre Stellung des Bundes** herrschte. Strittig war, inwiefern das Subsidiaritätsprinzip geeignet ist, rechtspraktische Bedeutsamkeit zu

181. Siehe Schlussbericht Wahlen, S. 268 f.
182. Sturny, S. 202.
183. Bspw. BSK-Biaggini, Art. 3 BV N. 27; CR-Martenet, Art. 3 BV N. 16; Tschannen, N. 725.
184. Vgl. BSK-Biaggini, Art. 3 BV N. 4 , wonach es sich beim Enumerationsprinzip um eine «Ausprägung» der Subsidiarität des Bundes handelt; SGK-Schweizer, Art. 3 BV N. 16, demzufolge sich das Enumerations- auf das Subsidiaritätsprinzip stützt.
185. Freilich nur soweit keine Schwierigkeiten bei der Auslegung und Anwendung der verfassungsmässigen Bundeskompetenzen bestehen. Siehe BSK-Biaggini, Art. 3 BV N. 15.

erlangen.[186] Der Verfassungsentwurf der Expertenkommission unter Bundesrat Furgler (1977) beinhaltete den Subsidiaritätsgedanken in Art. 53 Abs. 1, allerdings ohne den Begriff der Subsidiarität ausdrücklich zu nennen.[187] Die Modell-Studie «So könnte eine neue Bundesverfassung aussehen» des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements (1985) enthielt eine ähnliche Bestimmung in Art. 55 (siehe auch Art. 54 Abs. 2–3).[188] Der Vorentwurf (1995) wollte schliesslich den *Gedanken* der Subsidiarität des Bundes in Art. 32 Abs. 1 zumindest indirekt verankern («Die Kantone sind zuständig für alle Aufgaben, die nicht durch die Bundesverfassung dem Bund übertragen sind.»).[189] Allerdings verlangte namentlich die Konferenz der Kantonsregierungen (KdK), dass der Subsidiaritätsgrundsatz explizit niedergeschrieben werde: Die KdK forderte, den Bund zu verpflichten, nur «in das Recht der Kantone zum Vollzug ... einzugreifen, wenn dies unumgänglich ist».[190] Daraufhin nannte der Verfassungsentwurf von 1996 die Subsidiaritätsidee erstmals beim Namen (Art. 34 Abs. 3: «Der Bund beachtet den Grundsatz der Subsidiarität.»). Diese Bestimmung sollte dem Anliegen der Kantonsregierungen «in weitem Masse Rechnung» tragen.[191]

Interessanterweise wurde die explizite Nennung des Subsidiaritätsgrundsatzes 13
dann aber im Ständerat, mithin von den kantonalen Abgeordneten, gestrichen.[192] Für die **ständerätliche Ablehnung** des die Subsidiarität ausdrücklich nennenden Entwurfs von Art. 34 Abs. 3 werden in der Lehre üblicherweise die Voten des damaligen Ständerats Rhinow zitiert. Ständerat (und Staats- und Verwaltungsrechtsprofessor) Rhinow warnte davor, neue unklare und vieldeutige Begriffe in den Verfassungstext aufzunehmen und vertrat den Standpunkt, dass die Idee und die Philosophie der Subsidiarität zu

186. Schlussbericht Wahlen, S. 264.
187. Expertenkommission für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung («Kommission Furgler»), Bericht, Bern 1977, S. 119.
188. Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement, So könnte eine neue Bundesverfassung aussehen: Modell-Studie vom 6.11.1985.
189. Siehe Erläuterungen VE 1995, S. 68. Bei genauerer Betrachtung nennt der VE 1995 eher das Mittel (die Enumeration der Bundeskompetenzen) als das Ziel (die Subsidiariät des Bundes), vgl. oben N. 11.
190. Konferenz der Kantonsregierungen, S. 28; allg. formuliert Knapp, S. 85 f.; übersichtlich Reform der Bundesverfassung: Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahren, Bern 1996, S. 85–89.
191. Botschaft über eine neue Bundesverfassung, BBl 1997 I 1, S. 206; siehe auch Aubert, S. 15.
192. Nach Thalmann, Subsidiaritätsprinzip, S. 163, aus Furcht vor der vagen Bestimmung.

unklar und vage seien, um dem Subsidiaritätsprinzip eine Verfassungsbestimmung zu widmen.[193] Der Nationalrat lenkte erst in der Einigungskommission ein.[194] Es resultierte die Bestimmung, wonach der Bund «nur die Aufgaben [übernimmt], die einer einheitlichen Regelung bedürfen» (Art. 42 Abs. 2 BV 1999[195]).

14 Rhinow zufolge hat der Ständerat das Subsidiaritätsprinzip in der soeben zitieren **Formulierung** «ausgedeutscht».[196] Angesichts der komplexen und vielfältigen Ideengeschichte des Subsidiaritätsgedankens einerseits und des kurzen Art. 42 Abs. 2 BV 1999 andererseits erscheint dies freilich als eine Übertreibung; die Bestimmung wurde denn auch für ihre Missverständlichkeit kritisiert.[197] Nur wenige Jahre später wurde sie anlässlich der Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen auch schon wieder ergänzt, nämlich dahingehend, dass der Bund nicht nur Aufgaben übernimmt, die einer einheitlichen Regelung bedürfen, sondern auch (andere) Aufgaben, die die Kraft der Kantone übersteigen.[198] Der aktuelle Art. 43a Abs. 1 BV lautet: «Der Bund übernimmt nur die Aufgaben, welche die Kraft der Kantone übersteigen oder einer einheitlichen Regelung durch den Bund bedürfen.»

15 Die damit angesprochene **Verfassungsrevision NFA** beinhaltete nebst verschiedenen Bestimmungen zum Verhältnis von Bund und Kantonen[199] auch den heutigen «Subsidiaritätsartikel» (Art. 5a BV, gemäss Botschaft noch Art. 3a) und damit den Entscheid, das Subsidiaritätsprinzip als «staatspolitische Maxime»[200] in die Bundesverfassung aufzunehmen.[201] Anders als noch 1999 war sich der Ständerat 2004 weitgehend einig darüber, den Subsidiaritätsgrundsatz explizit im Verfassungstext zu verankern.[202] Strittig war lediglich, wo der heutige Art. 5a verfassungssystematisch eingeordnet gehört.[203] Die vorberatende Kommission votierte mehrheitlich

193. Amtl. Bull. SR 1998 60, S. 1107.
194. Amtl. Bull. NR 1998 S. 2598 ff.; eingehend Aubert, S. 15–22.
195. Siehe AS 1999 2556, S. 2564.
196. Amtl. Bull. SR 1998 1107.
197. So etwa Thalmann, Stellung, S. 74 f.
198. AS 2007 5765.
199. Insbesondere Art. 43a, 46 Abs. 2–3, 47 Abs. 2, 48 Abs. 4–5, 48a BV.
200. Botschaft NFA, S. 2339.
201. AS 2007 5765; Botschaft NFA, S. 2457 f.
202. Zur Kritik von zu diesem Zeitpunkt alt Ständerat Rhinow, siehe Rhinow, S. 75–77.

dafür, das Subsidiaritätsprinzip in die Allgemeinen Bestimmungen am Anfang des Verfassungstextes aufzunehmen, womit es grundsätzlich für alle drei Staatsebenen gilt. Die Minderheit monierte indes, der Subsidiaritätsgrundsatz sei richtigerweise in Art. 42 Abs. 2 aufzunehmen, denn er regle nur das Verhältnis zwischen Bund und Kantonen, nicht aber die von der kantonalrechtlich ausgestalteten Gemeindeautonomie geprägten Beziehungen zwischen einem Kanton und seinen Gemeinden (siehe dazu unten N. 26).[204]

Auch im Nationalrat war anlässlich der Beratungen des NFA **unbestritten**, dass ein Subsidiaritätsartikel in den Verfassungstext aufzunehmen sei.[205] Wie im Ständerat drehte sich die Debatte darum, wo die Bestimmung zu platzieren sei. Die vorberatende Kommission wollte den Subsidiaritätsgrundsatz in Art. 43a verorten, doch folgte die nationalrätliche Mehrheit derjenigen des Ständerats (und der ratseigenen Kommissionsminderheit), womit der seither unveränderte Art. 5a BV – vorbehaltlich des obligatorischen Verfassungsreferendums – beschlossene Sache war.[206] Entsprechend der systematischen Zugehörigkeit von Art. 5a zu den Allgemeinen Bestimmungen der BV ist der Subsidiaritätsgrundsatz nunmehr (anders als der frühere Art. 42 Abs. 2 BV) als allgemeine Staatsorganisationsregel zu betrachten, die alle drei Staatsebenen betrifft (siehe dazu unten N. 26 ff.).[207] 16

III. KONTEXT

Der Subsidiaritätsartikel der Bundesverfassung gehört zur verfassungsrechtlichen **Föderalismusordnung**.[208] Das lässt sich allein schon daran erkennen, dass Art. 5a BV anlässlich der Föderalismusreform in die Verfassung gefunden hat (siehe oben II.B.). Insbesondere aber erhellt Art. 43a Abs. 1 BV «Grundsätze für die Zuweisung und Erfüllung staatlicher Aufgaben» die Bedeutung von Art. 5a BV (zumindest ein wenig):[209] Nach Art. 43a Abs. 1 BV übernimmt der Bund «nur die Aufgaben, welche die Kraft der Kantone übersteigen oder einer einheitlichen Regelung durch den Bund bedürfen». Es 17

203. Siehe Amtl. Bull. SR 2002 851 ff.
204. Amtl. Bull. SR 2002 852.
205. Amtl. Bull. NR 2003 952 ff.
206. Amtl. Bull. NR 2003 957.
207. Botschaft NFA, S. 2458; CR-Bellanger, Art. 5a BV N. 6; Biaggini, Art. 5a BV N. 10; BSK-Meyer, Art. 50 BV N. 20; SGK-Schweizer/Müller, Art. 5a BV N. 12.
208. Siehe Botschaft NFA, S. 2457 f.; Stadler, S. 93 ff.
209. Biaggini, BSK, N. 1 zu Art. 43a BV.

ist diese Bestimmung – eine Art Scharnier zwischen Subsidiaritäts- und Enumerationsprinzip (vgl. oben N. 11)[210] –, die primär verdeutlicht, was Art. 5a BV eigentlich meint mit «der Grundsatz der Subsidiarität sei zu beachten», wenn im Bundesstaat Aufgaben zugewiesen und erfüllt werden.[211] Allerdings erhellt umgekehrt auch Art. 5a BV Art. 43a BV, nämlich insofern als aus der Präferenz des Subsidiaritätsprinzips zugunsten der dezentralen Regelungsebene gewisse Schranken für Art. 43a BV folgen: Weder darf der Bund einzig deswegen tätig werden, weil er allein der Ansicht ist, es bedürfe einer einheitlichen Regelung, noch darf aus dem Bedürfnis nach einer einheitlichen Regelung automatisch geschlossen werden, dass den Kantonen eine Bundesregelung vorgegeben werden muss.[212] Diese zwei Überlegungen ermöglichen es, Art. 5a BV weiter zu kontextualisieren.

18 Der erste Gedanke, wonach der Bund nicht schon tätig werden darf, weil er allein der Ansicht ist, es bedürfe einer Bundeskompetenz, führt zu **Art. 3 BV**, wonach die Kantone souverän sind, soweit ihre Souveränität nicht durch die Bundesverfassung beschränkt ist. Der zweite Teil dieser Bestimmung hält fest, dass sich Bundeshandeln stets auf eine verfassungsrechtliche Kompetenznorm stützen muss (vgl. oben II. B. m.H.a. die Literatur). Für den Bund gilt das Prinzip der Einzelermächtigung: Jede seiner Kompetenzen muss ihm einzeln in der Verfassung übertragen worden sein.[213] Damit ist auch gesagt, dass sich jede Bundeskompetenz nebst dem Volksmehr auf ein *Stände*mehr stützt und eben nicht nur auf den Willen der Bundesorgane.[214] Umgekehrt gilt, dass die Kantone grundsätzlich – also auch ohne entsprechende Verfassungsbestimmung – zuständig sind, *ausser* wenn eine Kompetenz dem Bund ausschliesslich übertragen wurde.[215] Dies wird mitunter als «subsidiäre» Generalkompetenz der Kantone bezeichnet.[216] Dieser Ausdruck ist allerdings insofern irreführend, als der Bund subsidiär ist. Es ist der Bund, der für die Kantone «einspringt» (vgl. die begriffsgeschichtlichen Wurzeln oben N. 2 ff.), wenn dies in einem Bereich

210. Art. 43a BV kann eine Scharnierfunktion zugeschrieben werden, weil er die Zuweisung konkreter Kompetenzen an den Bund nach Massgabe des Subsidiaritätsgedankens anleitet.
211. BSK-Biaggini, Art. 43a BV N. 2.
212. SGK-Schweizer/Müller, Art. 43a BV N. 10.
213. Statt vieler Biaggini, Art. 3 BV N. 5; CR-Martenet, Art. 3 BV N. 16.
214. Art. 140 Abs. 1 lit. a und 142 Abs. 2 BV.
215. Statt vieler Biaggini, Art. 3 BV N. 7; CR-Martenet, Art. 3 BV N. 21.
216. Siehe etwa Reform der Bundesverfassung: Erläuterungen zum Verfassungsentwurf, Bern 1995, S. 68; SGK-Schweizer, Art. 3 BV N. 10; Rhinow/Schefer/Uebersax, N. 706.

des staatlichen Handelns erforderlich oder zumindest sinnvoll erscheint, nicht umgekehrt. Korrekt wäre es deswegen, wie in der französischsprachigen Literatur zum Schweizer Verfassungsrecht von einer «*residualen*» *Generalkompetenz* der Kantone[217] zu sprechen.

19 Zu beachten ist ferner, dass selbst wenn die Regelungshoheit beim Bund liegt, das Prinzip des **Vollzugs- bzw. Umsetzungsföderalismus** gilt:[218] Normalerweise setzen die Kantone das Bundesrecht um, sodass ihnen ein gewisser Einfluss verbleibt, der es ermöglicht, kantonale Eigenheiten zu berücksichtigen (Art. 46 Abs. 1 BV).[219] Der Subsidiaritätsgedanke[220] hält den Bund auch hier dazu an, die kantonalen Besonderheiten und den grösstmöglichen kantonalen Handlungsspielraum zu achten (Art. 46 Abs. 3 BV).[221] Trotzdem hat der Bund sicherzustellen, dass die Kantone das vorrangige (Art. 49 Abs. 1 BV) Bundesrecht (einheitlich) respektieren (Art. 49 Abs. 2 BV).[222] Das Spannungsfeld zwischen Vielfalt und Einheit, das das Subsidiaritätsprinzip zu navigieren versucht, wird hier deutlich erkennbar.

20 Betreffend die zweite in N. 17 genannte Überlegung, wonach der Bund nicht allein schon deswegen tätig werden darf, weil eine Materie einer einheitlichen Regelung bedarf, ist Folgendes zu bemerken: Die Kantone können sich grundsätzlich, wenn auch nicht immer reibungslos,[223] selbstständig untereinander abstimmen, wenn Bedarf nach einer einheitlichen Regelung besteht.[224] Den Bund braucht es dazu grundsätzlich nicht. Art. 48 f. BV sehen explizit **interkantonale Vereinbarungen** vor. In der breiten Öffentlichkeit bekannt ist beispielsweise das Konkordat über Massnahmen gegen Gewalt anlässlich von Sportveranstaltungen («Hooligan-Konkordat»). Mit der interkantonalen Koordination durch solche Vereinbarungen zusammenhängend ist das Instrument der (suspensiv) bedingten und in diesem Sinn subsidiären Bundeskompetenzen, also Gesetzgebungskompetenzen, die dem Bund nur unter einer zeitlich-

217. So bspw. CR-Martenet, Art. 3 BV N. 21; vgl. auch Auer, N. 361.
218. Siehe auch Gonin, N. 729.
219. Biaggini, Art. 46 BV N. 3; BSK-Waldmann/Borter, Art. 46 BV N. 6.
220. Ähnlich BGE 128 II 56, E. 6. a); SGK-Schweizer/Müller, Art. 5a BV N. 7.
221. SGK-Egli, Art. 46 BV N. 27; BSK-Waldmann/Borter, Art. 46 BV N. 39.
222. SGK-Egli, Art. 46 BV N. 18; BSK-Waldmann/Borter, Art. 46 BV N. 9.
223. Siehe BSK-Biaggini, Art. 43a BV N.15.
224. Siehe Botschaft NFA, S. 2306; SGK-Schweizer/Müller, Art. 43a BV N. 10; Schweizer, Verteilung, N. 7.

sachlichen Bedingung zustehen: zeitlich erst dann, wenn die Kantone nicht (erfolgreich) gehandelt haben; sachlich nur insoweit, als die Kantone nicht tätig geworden (oder gescheitert) sind.[225] Illustrativ ist Art. 62 Abs. 4 BV betreffend die Harmonisierung des Schulwesens (siehe auch Art. 63 Abs. 5 BV betreffend die Koordination im Hochschulbereich).[226] Der Bund übernimmt diese Harmonisierungsaufgabe nur unter der aufschiebenden Bedingung, dass die Kantone keine oder nur eine teilweise Harmonisierung erreichen.[227]

21 Zu Art. 43a Abs. 1 BV ist angesichts seines Wortlauts schliesslich klarzustellen, dass eine Aufgabe nicht nur schon deshalb die «Kraft der Kantone» übersteigt, weil der Bund sie im ökonomischen Sinn effizienter erbringen könnte.[228] Gegen ein komparatives **Effizienzkriterium** spricht zunächst, dass dies dem Geist des Subsidiaritätsprinzips widersprechen würde: Effizienzkriterien drohen die Zentralisierung eher zu befördern, als einzudämmen. Wie das wenig wirksame Subsidiaritätsprinzip des EU-Rechts zeigt,[229] darf dies

225. Biaggini, Vorb. zu Art. 42–135 BV N. 18; SGK-Schweizer, Art. 3 BV N. 20.

226. Vgl. ferner Art. 67 Abs. 2 BV, wonach der Bund kantonale Massnahmen zur ausserschulischen Arbeit mit Kindern und Jugendlichen ergänzend unterstützen kann. Dabei handelt es sich um eine parallele subsidiäre Kompetenz, siehe BVGE 2015/33, E. 3.1.

227. Siehe SGK-Ehrenzeller, Art. 62 BV N. 56.

228. SGK-Schweizer/Müller, Art. 43a BV N. 23; vgl. ferner Biaggini, Art. 43a BV N. 12. In der Tendenz wohl anders Botschaft NFA, S. 2459.

229. Art. 5(3) der konsolidierten Fassung des Vertrags über die Europäische Union, Abl. EU vom 7.6.2016, Nr. C 202, lautet: «Nach dem Subsidiaritätsprinzip wird die Union in den Bereichen, die nicht in ihre ausschließliche Zuständigkeit fallen, nur tätig, sofern und soweit die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen von den Mitgliedstaaten weder auf zentraler noch auf regionaler oder lokaler Ebene ausreichend verwirklicht werden können [Kriterium relativen Unvermögens der dezentralen Ebene], sondern vielmehr wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen auf Unionsebene besser zu verwirklichen [Kriterium der komparativen Effektivität der zentralen Ebene] sind.» Siehe Craig, S. 74; Moens/Trone, S. 158 ff.; Schütze, S. 91 ff. sowie die jährlichen Berichte der Kommission, zuletzt Annual Report from the Commission on the Application of the Principles of Subsidiarity and Proportionality and on Relations with National Parliaments vom 1.8.2022, COM(2022) 366 final. Die zitierte Literatur weist darauf hin, dass erhebliche Schwierigkeiten bei der Auslegung und Anwendung des Subsidiaritätsprinzips bestehen, dass der Europäische Gerichtshof bei der Durchsetzung des Subsidiaritätsprinzips ein ausserordentliches Mass an richterlicher Zurückhaltung an den Tag legt und dass der politische Mechanismus zur Sicherstellung der Subsidiarität der EU, das «Early Warning System», den Mitgliedstaaten zwar eine Stimme gibt, den Letztentscheid aber der europäischen Ebene belässt. Mit der Feststellung, dass ein Subsidiaritätsprinzip, das durch die zentrale – eben die subsidiäre – Ebene administriert wird, regelmässig wenig wirksam sein dürfte, geht natürlich keine Aussage darüber einher, wie die prinzipiell angestrebte Subsidiarität der EU zu bewerten ist.

insbesondere dann nicht überraschen, wenn die zentrale Regelungsebene ermächtigt wird, die Effizienz einer zentralen und einer dezentralen Regelung zu vergleichen.[230] Ein komparatives Effizienzdenken läuft den Werten des Pluralismus und der Selbstbestimmung zuwider.[231] Ihnen dient das Subsidiaritätsprinzip (vgl. oben II.A.). Werden diese Werte geringgeschätzt, kann dies auch die vermeintlichen Effizienzgewinne von Zentralisierungsschritten zunichtemachen: «Aufoktroyierte» Zentralisierungsschritte dürften regelmässig an ihrer fehlenden gesellschaftlichen Akzeptanz scheitern.

Das Subsidiaritätsprinzip lässt sich nicht mechanisch anwenden. Genau wie 22
der Föderalismus «kooperative»[232] – auf gutem, partnerschaftlichem Willen beruhende – Formen des Zusammenwirkens der Staatsebenen einschliesst, spielt auch die **«gelebte» Subsidiarität** im Bundesstaat eine nicht zu vernachlässigende Rolle.[233] Beispiele dafür sind namentlich Bundeskompetenzen, die der Bund nicht,[234] nur teilweise[235] oder erst nach einer gewissen zeitlichen Verzögerung[236] ausübt. Des Weiteren bleibt eine (moderate) «Rekantonalisierung», d.h. eine Stärkung der Kantonskompetenzen, grundsätzlich stets möglich, was auch geschah, als Art. 5a BV in die Verfassung aufgenommen wurde.[237] Umgekehrt hat die Vergangenheit gezeigt, dass die Kantone mitunter gerne Entscheide dem Bund überlassen, die sie sonst treffen müssten. Das daraus resultierende Schwanken zwischen Zentralisierung und Dezentralisierung hilft, breit akzeptierte Lösungen zu finden; die Subsidiarität ist insofern auch ein Vermittlungsmechanismus. Als Schattenseite davon sind etwa unklare Zuständigkeiten, regulatorische Flickenteppiche und mangelnde Handlungsfähigkeit bei zeitlicher Dringlichkeit zu nennen.[238]

---

230. Zum EU-System, siehe Fabbrini/Granat, S. 118 f.; ferner Walther, Kapitel 1, Text zu Fn. 135 ff. m.w.H.; vgl. auch Gonin, N. 957.
231. Ähnlich Voyame, S. 127 f.
232. Zum Begriff vgl. Häfelin, S. 572–576; ferner Jaag, S. 774.
233. Vgl. Hüglin, S. 326.
234. Bspw. Art. 63a Abs. 1 Satz 2 BV; SGK-Ehrenzeller/Sahlfeld, Art. 63a BV N. 24.
235. Bspw. Art. 74 Abs. 1 BV; siehe SGK-Morell/Vallender, Art. 74 BV N. 10 m.w.H.
236. Bis zum Erlass des Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21.12.1937, SR 311.0, ergingen Jahrzehnte, seit der Bund die entsprechende Kompetenz 1898 erhielt. Siehe SGK-Vest, Art. 123 BV N. 1 m.w.H.
237. Siehe Biaggini, Art. 135 BV N. 6; Wiederkehr/Mächler, Art. 135 BV N. 6; vgl. auch Auer, N. 369.

23 Eine abschliessende Betrachtung des Kontexts von Art. 5a BV muss schliesslich noch fragen, ob der Subsidiaritätsgedanke als solcher – Art. 5a BV dürfte höchstens analog wirken – nicht auch die **auswärtigen Beziehungen** der Schweiz anleiten könnte und sollte.[239] Die Schweiz hat sich ihre Verfassung «im Bestreben, ... Freiheit und Demokratie, *Unabhängigkeit* und Frieden in Solidarität und *Offenheit gegenüber der Welt* zu stärken», gegeben.[240] Auch hier scheint das Spannungsverhältnis zwischen Souveränität bzw. Eigenstaatlichkeit und Integration in zentrale bzw. übergeordnete Strukturen durch, sodass (politisch) zu diskutieren ist, unter welchen Bedingungen sich die Schweiz wie stark international einbringen und ein*binden* soll.[241] Die Grundgedanken des Subsidiaritätsprinzips dürften sich auch auf diese Problemstellung anwenden lassen.[242] Tatsächlich war die Schweiz eine treibende Kraft, als es darum ging, das Subsidiaritätsprinzip in der EMRK zu verankern (siehe oben N 6).[243] Wenn man sich bewusst macht, dass das konventionsrechtliche Subsidiaritätsprinzip hauptsächlich das Verhältnis zwischen dem internationalen Gerichtshof und den Staaten als politisch selbstverwaltete Gemeinweisen ordnet,[244] kann das kaum erstaunen. Die schweizerische Verfassungstradition weist der politischen Demokratie gegenüber der verfassungsgerichtlichen Kontrolle traditionellerweise eine vergleichsweise starke Rolle zu.[245] Die Diskussion um die Subsidiarität der europäischen Ebene des Konventionssystems lässt mithin Folgendes vermuten: Insbesondere Staaten, die dem demokratischen Prozess traditionellerweise grosses Gewicht zumessen, werden bis auf Weiteres darauf bestehen, internationalen Organisationen, denen sie beitreten, lediglich eine ausgesprochen subsidiäre – den Mitgliedstaaten nachgeordnete – Rolle zuzugestehen. Denn die demokratische Legitimation völkerrechtlicher Systeme und die politische Kontrolle über sie werden mangels ausgebauter überstaatlicher Demokratie noch länger primär von den Staaten herrühren.[246]

238. Vgl. Keller/Walther, S. 275, 277.
239. Vgl. Droege, Sp. 2420.
240. Präambel der BV.
241. Am Beispiel des europäischen Menschenrechtssystems eingehend Walther; vgl. auch Gonin, N. 4342 ff., 4444 ff.
242. Vgl. oben N. 6; Botschaft NFA, S. 2537; Koller, S. 675.
243. Siehe dazu Lambrecht, S. 273 f. und Milner, S. 30.
244. Siehe Walther, Kapitel 5.
245. Siehe namentlich Art. 148 Abs. 1 und Art. 190 BV.
246. Dazu Walther, Kapitel 10.

Es fragt sich, was dies für das **Verhältnis der Schweiz zur Europäischen Union** bedeutet. Jedenfalls stellt sich die Diskussion um die angemessene Kompetenzverteilung hinsichtlich der Beziehung zu einer Rechtsordnung, die sich weniger als *inter-* denn als *supra-*national versteht und deren Recht Anwendungsvorrang vor dem Landesrecht[247] beansprucht, verschärft. Der Brexit des Vereinigten Königreichs und die EU-Skepsis der Schweiz deuten darauf hin, dass Staaten mit einer ausgeprägten Tradition der Parlamentssuprematie bzw. der (indirekten) Volksdemokratie eben besonderen Wert auf eine ausgeprägte und wirksame EU-Subsidiarität legen. Demgegenüber gilt es Folgendes zu berücksichtigen: Die heutige Entwicklungsstufe der EU macht sie zu einer Organisation *sui generis*, auf die sich eine Subsidiaritätslogik, wie sie für andere zwischenstaatliche Organisationen passend erscheint, mutmasslich nicht sinnvoll übertragen lässt. Auch aus dem Verfassungsrecht föderaler Staaten bekannte Mechanismen zur Wahrung der bundesstaatlichen Subsidiarität dürften für die EU mangels ihrer Bundesstaatlichkeit nicht geeignet sein. Es zeigt sich hier also erneut, dass das Subsidiaritätsprinzip in unterschiedlichen Kontexten verschiedene Formen annehmen kann und hochgradig gestaltungsbedürftig ist. Deswegen ist auch kaum denkbar, dass die Aufnahme des Subsidiaritätsprinzips in künftige vertragliche Regelungen der bilateralen schweizerisch-europäischen Beziehungen den gordischen Knoten von hiesigen und europäischen «roten Linien» zu durchbrechen vermag: Aufgrund seiner grossen Unbestimmtheit dürften sich beide Seiten davor hüten, kontroverse Punkte mittels Verweis auf das Subsidiaritätsprinzip beiseite zu legen.[248] Indes könnte sich die Schweiz intern dem Subsidiaritäts*gedanken* bedienen, um die innerstaatliche Diskussion über das Verhältnis zur EU argumentativ zu strukturieren. Das Subsidiaritätsprinzip könnte Hilfe leisten bei der Auslegung der zentralen Argumente für und wider eine weitere Einbindung in die überstaatlichen Strukturen des europäischen Projekts. 24

247. Sowie seine unmittelbare Anwendbarkeit in der landesrechtlichen Ordnung, siehe EuGH vom 15.7.1964, Rs. 6/64, Costa gegen ENEL, Slg. 1964, 1251, S. 1269 f.; EuGH vom 5.2.1963, Rs. 26/62, van Gend & Loos gegen Niederländische Finanzverwaltung, Slg. 1963, 1, S. 24 ff.

248. Der Subsidiaritätsbegriff erscheint weder im verworfenen Entwurf über das Institutionelle Abkommen noch in den Erläuterungen des Bundesrates dazu noch in den universitären Gutachten zu Alternativen im Verhandlungsprozess. Alle verfügbar unter https://www.eda.admin.ch/europa/de/home/europapolitik/ueberblick/institutionelles-abkommen.html, besucht am 22.8.2022.

IV. KOMMENTAR I.E.S.

A. Anwendungsbereich

25 Der Anwendungsbereich von Art. 5a BV ist nach seinem Wortlaut auf *staatliche Aufgaben* beschränkt. Erfasst wird die staatliche Aufgabenerfüllung in allen Phasen der Rechtsetzung und Rechtsumsetzung.[249] Auch die «Auswärtigen Angelegenheiten» (Art. 54 ff. BV) werden umfasst,[250] haben doch Bund und Kantone auch hier zusammenzuwirken (siehe Art. 55 BV) und ihre jeweiligen Zuständigkeiten und Interessen zu achten (siehe insbesondere Art. 56 Abs. 1–2 BV).[251]

26 Als Teil der Allgemeinen Bestimmungen der Bundesverfassung richtet sich Art. 5a BV an *alle drei Staatsebenen*. Zumindest prinzipiell betrifft er auch die Gemeinden bzw. das Verhältnis der Kantone zu ihnen.[252] Das Argument, die Beziehungen zwischen einem Kanton und seinen Gemeinden könnten nicht unter den bundesverfassungsrechtlichen Subsidiaritätsgrundsatz fallen, weil sie von der kantonalrechtlich ausgestalteten Gemeindeautonomie geprägt seien (siehe oben N. 15 in fine), ist nicht vollends schlüssig. Die Bundesverfassung (Art. 50 Abs. 1) garantiert die Gemeindeautonomie als justiziables verfassungsmässiges Recht,[253] deren Sinn und Zweck einen dreigliedrigen Staatsaufbau und damit die Existenz von Gemeinden voraussetzt, auch wenn sie die Frage, ob ein Kanton gänzlich auf die Gemeindeebene verzichten darf, nicht restlos klärt.[254] Zugegebenermassen geniessen die Gemeinden «nur» nach Massgabe des kantonalen Rechts

249. SGK-Schweizer/Müller, Art. 5a BV N. 25.

250. SGK-Schweizer/Müller, Art. 5a BV N. 23; Waldmann, S. 180 f.; a.A. CR-Bellanger, Art. 5a BV N. 28; ersterer und herrschender Auffassung aber auch CR-Maroonian/Kolb, Art. 54 BV N. 25; CR-Maroonian/Kolb, Art. 56 BV N. 26 m.w.H.

251. Siehe auch das Bundesgesetz über die Mitwirkung der Kantone an der Aussenpolitik des Bundes vom 22.12.1999, SR 138.1.

252. Botschaft NFA, S. 2458; eingehend Bellanger, CR, N. 20–26 zu Art. 5a BV; siehe auch Biaggini, BV Kommentar, N. 10 zu Art. 5a BV; Schweizer/Müller, St. Galler Kommentar, N. 13 f. zu Art. 5a BV; Tschannen, N. 737.

253. Statt vieler bspw. BGE 143 II 553, E. 6.3.1; vgl. auch Richli, Zweck, S. 273 f.

254. Verneinend SGK-Kägi-Diener, Art. 50 BV N. 9 f.; BSK-Meyer, Art. 50 BV N. 26; Meyer, Gemeindeautonomie, S. 285–287; bejahend Biaggini, Art. 50 BV N. 3; CR-Thévenaz, Art. 50 BV N. 14; ferner Bundesamt für Justiz, Strukturreform im Kanton Schaffhausen; Zulässigkeit der Übertragung der Aufgaben der Gemeinden an den Kanton: Gutachten vom 12.12.2014, VPB 1 (2015) vom 30.3.2015, S. 3; m.E. lässt BGE 128 I 3, E. 2. a), die Frage offen.

Autonomie, doch sind sie nichtsdestotrotz als Staatsebene mit eigenen Zuständigkeiten (nicht aber individuell in ihrer Existenz[255]) kraft Bundesrecht anerkannt bzw. nach der m.E. überzeugenderen Auffassung gar geschützt.[256] Dieser Schutz dient einem Anliegen, der Gemeindedemokratie, der im dreigliedrigen Bundesstaat bürgernächsten Demokratiepraxis,[257] das mit der allgemeinen Logik des Subsidiaritätsgedankens übereinstimmt.[258] Der Auffassung, dass (auch) Art. 50 Abs. 1 BV[259] das Subsidiaritätsprinzip ausführt, [260] ist demnach zu folgen. Damit wird nicht negiert, dass es dem kantonalen Recht obliegt, die Tragweite der Gemeindeautonomie zu bestimmen.[261] Die Übersicht über das kantonale Recht bei Bellanger bestätigt dies: Die Subsidiaritätsprinzipien der kantonalen Verfassungen stimmen weitgehend mit dem Verständnis, das Art. 5a BV in diesem Kontext zukommt, überein,[262] sodass daraus eine politische Rechtfertigungspflicht kantonaler Kompetenzerweiterungen folgt (vgl. unten N. 35).[263]

Nicht adressiert von Art. 5a BV werden der Einzelne und die Gesellschaft.[264] 27
Das Subsidiaritätsprinzip des Art. 5a BV ist nur auf das staatliche Tätigwerden anwendbar (siehe oben N. 25 f.).[265] In Abgrenzung vom die staatlichen (und überstaatlichen) Regelungsebenen betreffenden Subsidiaritätsprinzip ist manchmal von einem «gesellschaftspolitischen» Subsidiaritätsprinzip die Rede, das sich auf **die Beziehung des Einzelnen und der Zivilgesellschaft zum Staat** bezieht und vorsieht, dass der Staat nur eingreift, wenn die

255. BGE 131 I 91, E. 2.
256. Für letztere (weiterreichende) Auffassung CR-Bellanger, Art. 5a BV N. 22; eingehend Meyer, Gemeindeautonomie; dafürsprechend auch Art. 2 Europäische Charta der kommunalen Selbstverwaltung vom 15.10.1985, in Kraft getreten für die Schweiz am 1.6.2005, SR 0.102; nuanciert SGK-Schweizer/Müller, Art. 5a BV N. 13; vgl. zum weiteren Meinungsstand die Nachweise in Fn. 108.
257. BGE 109 Ia 173, E. 3 (Gemeinden als «Grundzellen» des demokratischen Staats); siehe auch Seiler, N. 39 m.w.H.
258. Ähnlich SGK-Schweizer/Müller, Art. 5a BV N. 13 f.
259. Was die unmittelbare Beziehung zwischen Bund und Gemeinden anbelangt auch Art. 50 Abs. 2 BV, siehe Bellanger, Communes, N. 23.
260. CR-Bellanger, Art. 5a BV N. 21; vgl. Richli, Gehalt, S. 578.
261. Siehe CR-Bellanger, Art. 5a BV N. 21; vgl. Rhinow/Schefer/Uebersax, N. 597; Tschannen, N. 735–737.
262. CR-Bellanger, Art. 5a BV N. 23 f. m.H.
263. CR-Bellanger, Art. 5a BV N. 26.
264. Botschaft NFA, S. 2457; Biaggini, Art. 5a BV N. 8; SGK-Schweizer/Müller, Art. 5a BV N. 7.
265. So auch BVGE 2015/33, E. 3.1.

zivilgesellschaftlichen Bemühungen nicht ausreichen.[266] Soweit diesbezüglich auf Art. 6 und 41 Abs. 1 BV, die die Verantwortung jeder Person für sich und ihren Beitrag an Staat und Gesellschaft betonen, verwiesen wird, ist die rechtliche Verankerung dieses gesellschafspolitischen Subsidiaritätsprinzips leicht erkennbar.[267] Indes droht die Benennung weiterer Bestimmungen wie etwa die der Chancengleichheit (Art. 2 Abs. 3 BV) als Aspekte eines verfassungsrechtlichen Subsidiaritätsprinzips[268] dieses zu überdehnen. Wenn man (und dies dürfte unstrittig sein) annimmt, dass der Staat letztlich immer dem Einzelnen dienen soll,[269] muss jedes Staatshandeln in einem weit verstandenen «Hilfsbedürfnis» Einzelner wurzeln.[270] So lässt sich praktisch jede Verfassungsbestimmung in den Kontext des Subsidiaritätsgedankens stellen, einschliesslich der Grundrechte[271] qua den Staat zugunsten individueller Eigeninitiative in Schranken weisende Grundsätze des liberalen Verfassungsstaates.[272] Das erinnert daran, dass dem Subsidiaritätsgedanken eine Auffassung über die Grundstruktur der gesellschaftlichen Wirklichkeit zugrunde liegt (siehe oben N. 3). Der normative Nutzen einer exzessiven Verwendung des Subsidiaritätsbegriffs für allerlei verfassungsrechtliche Vorkehrungen dürfte aber gering, wenn nicht sogar negativ sein.

28 Hingegen ist das Subsidiaritätsprinzip relevant für die Frage, ob und gegebenenfalls in welchem Rahmen der Staat in einem Bereich zukünftig tätig werden soll. Es bezeichnet zumindest dem Grundsatz nach die Staatsebene, die dafür zuständig ist, zu beurteilen und zu entscheiden, ob das Tätigwerden der öffentlichen Hand überhaupt erforderlich ist.[273] Dies darf aber nicht als Präferenz des in Art. 5a BV verankerten Subsidiaritätsprinzips für die Förderung privater Selbstregulierung, die Delegation von Staatsaufgaben an

266. SGK-Schweizer/Müller, Art. 5a BV N. 7; siehe auch CR-Bellanger, Art. 5a BV N. 11; vgl. noch zur alten BV, Richli, Zweck, S. 272 f.

267. Siehe auch BVGE 2015/33, E. 3.3; ferner Rhinow/Schefer/Uebersax, N. 220 ff.

268. Richli, Zweck, S. 281 f.; SGK-Schweizer/Müller, Art. 5a BV N. 7; vgl. auch SGK-Bigler-Eggenberger/Schweizer, Art. 41 BV N. 22 ff. Die Idee, besonders deutlich bei Richli, ist, dass der Staat in Bereichen aktiv werden muss, wo die Chancengleichheit ohne staatliches Zutun nicht verwirklicht wird.

269. Prägnant Besson, S. 361; siehe auch Botschaft BV, S. 141; SGK-Mastronardi, Art. 7 BV N. 20; Müller, N. 27–30; Isensee, S. 143; vgl. ferner BGE 132 I 49, E. 5.1; BSK-Belser, Art. 2 BV N. 20; CR-Papaux/Martenet, Art. 2 BV N. 25.

270. Vgl. Baumgartner, S. 15; Isensee, S. 136 f.

271. So etwa Stadler, S. 81.

272. Siehe auch Droege, Sp. 2420; Isensee, S. 161–165; Koller, S. 679.

273. CR-Bellanger, Art. 5a BV N. 33.

Private oder ähnliche **Rückzugsstrategien des Staates** verstanden werden: Art. 5a BV äussert sich nicht dazu (vgl. aber Art. 6 BV, dazu oben N. 27, und, was die Wirtschaft anbelangt, Art. 94 BV mit dem Grundsatzentscheid für eine freiheitliche, private, am Wettbewerb ausgerichtete Marktordnung).[274]

B. Zweck und Funktionsweise

Das Subsidiaritätsprinzip im Allgemeinen und in Art. 5a BV dient der *Selbstbestimmung* **und dem** *Pluralismus* (vgl. oben N. 3 ff.). Im Schweizer Verfassungsstaat bezweckt es mithin den Schutz der dezentralen Demokratie und damit der politischen Freiheit und der Bürgernähe, der kulturellen, sprachlichen und ethnischen Diversität sowie des (damit einhergehenden) Wettbewerbs verschiedener Wirtschaftsstandorte, Steuersysteme etc.[275] 29

Dazu stellt Art. 5a BV zunächst eine **Kompetenz***verteilungs***regel** auf, die der Aufgaben*zuweisung* an die Staatsebenen dient.[276] Freilich wurde Art. 5a wie auch Art. 43a BV zu offen abgefasst, um die Aufgabenverteilung im Bundesstaat «feinsteuern» zu können[277] (siehe unten N. 34 ff.). 30

Entgegen den begriffsgeschichtlichen Wurzeln der Subsidiarität (siehe oben N. 2) statuiert Art. 5a BV keine (Hilfs-)Pflicht des Bundes, Aufgaben von den Kantonen zu übernehmen (vgl. unten N. 36).[278] Nebst der Frage, «ob» eine Bundeskompetenz angezeigt ist, betrifft Art. 5a BV auch die Frage, «wie» eine Bundeskompetenz ausgestaltet und ausgeübt werden soll.[279] Die Bestimmung ist also auch eine das Ermessen anleitende **Kompetenz***ausübungs***regel**, die es bei der Aufgaben*erfüllung* zu beachten gilt.[280] Insbesondere hält das Subsidiaritätsprinzip den Bund bzw. seine Organe dazu an, seine Kompetenzen möglichst schonend auszuüben:[281] Ausschliessliche Bundeskompetenzen sind zu vermeiden, wenn der Bund eine Aufgabe auch 31

274. Siehe BGE 138 I 378, E. 8.4; CR-Bellanger, Art. 5a BV N. 35–37 m.w.H.
275. Siehe SGK-Schweizer/Müller, Art. 5a BV N. 10; ähnlich CR-Bellanger, Art. 5a BV N. 6; vgl. auch Stadler, S. 159.
276. Biaggini, Art. 5a BV N. 9.
277. Ehrenzeller/Ehrenzeller, S. 54 f.; SGK-Schweizer/Müller, Art. 5a BV N. 17; SGK-Schweizer/Müller, Art. 5a BV N. 9; siehe auch Biaggini, Art. 5a BV N. 11.
278. SGK-Schweizer/Müller, Art. 5a BV N. 18; Tschannen, N. 729.
279. Urteil BGer 1C_307/2020 vom 16.6.2021, E. 4.2 («Zuweisung und Erfüllung staatlicher Aufgaben»).
280. Biaggini, Art. 5a BV N. 9.
281. Siehe Ehrenzeller/Ehrenzeller, S. 56; Biaggini, Art. 5a BV N. 11.

konkurrierend mit oder parallel zu Kantonskompetenzen wahrnehmen kann[282] oder wenn eine Bundesgrundsatzkompetenz ausreicht.[283] Allerdings ist Art. 5a selbst in Verbindung mit Art. 43a BV zu wenig konkret, um als «harte» (verbotsartige) Kompetenzausübungs*schranke* zu funktionieren[284] (vgl. unten N. 34 ff.).

32 Schliesslich gilt es zu beachten, was Art. 5a BV *nicht* ist. Es handelt sich beim Subsidiaritätsprinzip nicht um eine selbstständige, die herkömmlichen Elemente der **Verfassungsinterpretation** übersteuernde Auslegungsregel, die generell eine restriktive Auslegung von Bundeskompetenzen verlangen würde.[285] Immerhin ist der Subsidiaritätsgedanke als Ausfluss des für den schweizerischen Staat strukturgebenden föderalen Staatsaufbaus ergänzend beizuziehen, wenn der Umfang von Bundeskompetenzen zu bestimmen ist.[286] Ist eine Kompetenznorm verschieden deutbar, kann es angezeigt sein, derjenigen Deutungsmöglichkeit den Vorzug zu geben, die Art. 5a BV am besten gerecht wird.[287] Allgemein ausgedrückt: Art. 5a BV ist als Teil des Gesamtkontexts der Bundesverfassung bei der Herstellung praktischer Konkordanz innerhalb der Verfassungsbestimmungen zu berücksichtigen.

33 Anzumerken bleibt, dass das Subsidiaritätsprinzip sowohl die subsidiäre wie auch die primäre Ebene adressiert: In der Schweiz liegt es (ebenso) in der **Verantwortung** der Kantone (und der Gemeinden) wie des Bundes (und der Kantone), einer Zentralisierung vorzubeugen.[288] Die Subsidiaritätsidee kann nur reüssieren, wenn sie *sowohl* nach einer negativen (hemmenden) *als auch* nach einer positiven (ermächtigenden) Logik funktioniert.[289]

282. SGK-Schweizer/Müller, Art. 5a BV N. 19; siehe auch CR-Bellanger, Art. 5a BV N. 29 f.
283. Siehe Schweizer/Müller, St. Galler Kommentar, N. 24 zu Art. 5a BV; siehe auch Bellanger, CR, N. 31 zu Art. 5a BV.
284. Schweizer/Müller, St. Galler Kommentar, N. 22 zu Art. 5a BV.
285. Biaggini, Art. 5a BV N. 13; SGK-Schweizer/Müller, Art. 5a BV N. 29; vgl. auch BSK-Biaggini, Art. 5a BV N. 33; CR-Bellanger, Art. 5a BV N. 19; Häfelin et al., N. 1075.
286. SGK-Schweizer/Müller, Art. 5a BV N. 29; zustimmend Biaggini, Art. 5a BV N. 13; ähnlich CR-Bellanger, Art. 5a BV N. 19; Häfelin et al., N. 1075. Eingehend zum (möglichen) Leistungspotential des Subsidiaritätsgedankens bei der Verfassungsauslegung Würtenberger, S. 203–212.
287. Ehrenzeller/Ehrenzeller, S. 44.
288. SGK-Schweizer/Müller, Art. 5a BV N. 11.
289. Vgl. Stadler, S. 97 ff.

C. Normativer Gehalt

Beim Subsidiaritätsprinzip von Art. 5a BV handelt es sich nicht lediglich um einen programmatischen Grundsatz. Art. 5a BV stellt einen *Rechtsgrundsatz* auf, wenn auch einen inhaltlich offenen, der hochgradig auslegungsbedürftig ist[290] und den die politischen Behörden zu konkretisieren haben (siehe unten N. 35 ff.). Dies ist bis heute kaum erfolgt; insbesondere ist der Art. 5a BV konkretisierende Art. 43a BV selber zu offen, um diese Leistung hinreichend erbringen zu können.[291] Die Fragen, wann eine Angelegenheit einer einheitlichen Regelung durch den Bund bedarf bzw. wann die Kraft der Kantone nicht ausreicht, um eine Staatsaufgabe zufriedenstellend zu erfüllen, sind Wertungsfragen, die letztlich nur politisch beantwortet werden können.[292] Eine allgemeine rechtliche Konkretisierung des Subsidiaritätsgrundsatzes von Art. 5a BV ist deshalb auch für die Zukunft kaum zu erwarten. 34

Gerade deswegen dürfte Einigkeit darüber bestehen, dass es sich beim Subsidiaritätsgrundsatz um ein *prozedurales* **bzw.** *institutionelles* **Prinzip** handelt:[293] Er macht keine materiellen Vorgaben, sondern stellt die von ihm adressierten Organe – primär den Bundesgesetzgeber und die kantonalen Verfassungs- und Gesetzgeber (vgl. oben N. 26) – unter einen erhöhten «Rechtfertigungs- und Begründungszwang».[294] Seine hauptsächliche Bedeutung liegt mithin darin, dass Behördenvorlagen im Anwendungsbereich von Art. 5a BV (vgl. oben N. 25 f.) einer besonderen politischen Rechtfertigung bedürfen.[295] Zudem sind Entscheide, eine Aufgabe bzw. ihre Erfüllung zu zentralisieren, periodisch auf ihre fortdauernde Rechtfertigung zu prüfen.[296] 35

Der **Bundesverfassungsgeber**, Volk und Stände, wird durch Art. 5a BV nicht in einem Sinne gebunden, der diese Bestimmung zu einer Schranke zulässiger Verfassungsänderungen machen würde.[297] Immerhin tut der Verfassungsgeber 36

290. Biaggini, Art. 5a BV N. 12; SGK-Schweizer/Müller, Art. 5a BV N. 16.
291. Biaggini, Art. 43a BV N. 2 ; SGK-Schweizer/Müller, Art. 43a BV N. 8 f.
292. Vgl. Baumgartner, S. 18.
293. Biaggini, Art. 5a BV N. 12 bzw. CR-Bellanger, Art. 5a BV N. 15; SGK-Schweizer/Müller, Art. 5a BV N. 10; vgl. auch Richli, Zweck, S. 275.
294. Siehe Botschaft NFA, S. 2340; Koller, S. 696; vgl. BiagginArt. 5a BV N. 12; ferner CR-Bellanger, Art. 5a BV N. 26.
295. Richli, Gehalt, S. 80; SGK-Schweizer/Müller, Art. 5a BV N. 21.
296. SGK-Schweizer/Müller, Art. 5a BV N. 28.
297. Bellanger, Art. 5a BV N. 19; Biaggini, Art. 5a BV N. 13; siehe auch Rhinow/Schefer/Uebersax, N. 602; wohl a.A. Richli, Gehalt, S. 81.

gut daran, den Subsidiaritätsgrundsatz als «staatspolitische Maxime»[298] zu berücksichtigen, wenn er eine kohärente Gesamtverfassungsordnung anstrebt, die die verschiedenen Strukturprinzipien der Verfassungsordnung gleichermassen achtet.[299] Das für Verfassungsänderungen erforderliche Ständemehr (Art. 140 Abs. 1 Bst. a und Art. 142 Abs. 2 BV) verhindert zudem, dass entgegen dem Willen einer Mehrheit der Kantone zusätzliche Bundeskompetenzen geschafft und damit Zentralisierungsschritte unternommen werden.[300]

37 Im Einzelfall ist die Anwendung von Art. 5a BV eine politische Frage (vgl. unten N. 38).[301] *Haupt*adressat ist der **Bundesgesetzgeber**, der verfassungsmässige Bundeskompetenzen in einer die kantonalen Kompetenzen schonenden Art ins Bundesgesetzesrecht zu übertragen hat.[302] Dabei ist er allerdings immer nur soweit frei, wie es ihm die Verfassung anheimstellt, Bundeskompetenzen wahrzunehmen und auszugestalten (beispielsweise bei Grundsatzgesetzgebungskompetenzen des Bundes[303] oder konkurrierenden Bundeskompetenzen).[304] Für den dem Bundesgesetzgeber nachgeordneten Bundesverordnungsgeber gilt grundsätzlich das Gleiche.[305] Für den Bundesverfassungsgeber kann Art. 5a BV nicht mehr als eine Art politisches Bekenntnis darstellen: Wie jede Verfassungsbestimmung wirkt Art. 5a BV aus der Perspektive des Verfassungsgebers lediglich als eine Selbstbindung (siehe oben N. 26). Auf der kantonalen Ebene werden viele Behörden bereits durch das kantonale Recht dazu angehalten, das Subsidiaritätsprinzip zu beachten. Viele Kantonsverfassungen verfügen über einen Subsidiaritätsartikel (siehe oben N. 26), oder sie anerkennen den Kerngedanken der Subsidiarität implizit.[306] Fehlt eine entsprechende Bestimmung ist dieses Schweigen als Verweis auf Art. 5a BV zu verstehen.[307]

298. So Botschaft NFA, S. 2458; siehe auch BGE 138 I 378, E. 8.4.
299. Vgl. Ehrenzeller/Ehrenzeller, S. 55; Koller, S. 678; zustimmend Biaggini, Art. 5a BV N. 13. Siehe auch CR-Bellanger, Art. 5a BV N. 19.
300. Siehe auch Biaggini, Art. 5a BV N. 13; Koller, S. 682; Tschannen, N. 728.
301. CR-Bellanger, Art. 5a BV N. 16.
302. Siehe Botschaft NFA, S. 2458; Biaggini, Art. 5a BV N. 13; vgl. SGK-Schweizer/Müller, Art. 5a BV N. 21 f.
303. Siehe auch Gonin, N. 730.
304. CR-Bellanger, Art. 5a BV N. 33; Biaggini, Art. 5a BV N. 13; SGK-Schweizer/Müller, Art. 5a BV N. 24.
305. Biaggini, Art. 5a BV N. 13; SGK-Schweizer/Müller, Art. 5a BV N. 26.

Mithin gilt für jeden Kanton, dass er die Beziehungen zu seinen Gemeinden am Subsidiaritätsprinzip auszurichten hat.

D. Fehlende Justiziabilität

Der Subsidiaritätsgrundsatz von Art. 5a BV gilt gemeinhin als *nicht justiziabel*. [308] Sein Gehalt ist zu vage, um sich für eine gerichtliche Beurteilung zu eignen.[309] Die Gerichte können seine Beachtung durch die Bundesbehörden nicht kontrollieren; Art. 5a BV verleiht keine einklagbaren Rechte.[310] Dies entspricht der allgemeinen verfassungspolitischen Entscheidung der Schweiz zugunsten einer Parlamentssuprematie.[311] Selbst wenn den vereinzelten Lehrmeinungen, die für die Justiziabilität von Art. 5a BV einstehen, gefolgt würde, würde Art. 190 BV eine verfassungsgerichtliche Kontrolle des Bundesgesetzgebers ausschliessen; sogar dem Bundesgericht ist es untersagt, Bundesgesetze nicht anzuwenden, wenn sie seiner Beurteilung zufolge verfassungswidrig sind («Anwendungsgebot»).[312] Wenigstens erlaubt es Art. 190 BV dem Bundesgericht, Bundesgesetze rechtsfolgenlos auf ihre Verfassungsmässigkeit zu prüfen (kein «Prüfungsverbot»).[313] Auch die Frage, ob das Bundesgericht eine Verletzung des Subsidiaritätsprinzip auf Autonomiebeschwerde einer Gemeinde hin feststellen könnte, ist zu verneinen. Art. 5a BV kann als programmatisches Fundament der Gemeindeautonomie von Art. 50 Abs. 1 BV verstanden werden, doch folgt aus der Verbindung dieser zwei Bestimmungen nicht die Justiziabilität des Subsidiaritätsgrundsatzes; die Konkretisierung der Gemeindeautonomie unter Anleitung durch die Subsidiarität qua staatspolitische Maxime bleibt in der politischen Verantwortung der Kantone.[314] Das Bundesgericht könnte mithin

38

306. Siehe bspw. § 60 der Verfassung des Kantons Basel-Stadt vom 23.3.2005, SR 131.222.1; Art. 138 Abs. 2 der Verfassung des Kantons Waadt vom 14.4.2003, SR 131.231; Art. 69 der Verfassung des Kantons Wallis vom 8.3.1907, SR 131.232. Alle Kantonsverfassungen sind abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/de/cc/internal-law/13, besucht am 22.8.2022.
307. CR-Bellanger, Art. 5a BV N. 25.
308. Dezidiert anderer Meinung («Die Justiziabilität lässt sich kaum noch leugnen.») ist Richli, Gehalt, S. 68; zustimmend Waldmann, S. 208 f.
309. Biaggini, Art. 5a BV N. 14; SGK-Schweizer/Müller, Art. 5a BV N. 16.
310. BVGE 2015/33, E. 3.1; CR-Bellanger, Art. 5a BV N. 19.
311. Siehe Botschaft NFA, S. 2458; BSK-Biaggini, Art. 5a BV N. 37–39.
312. Siehe auch Biaggini, Art. 5a BV N. 14; ferner Aubert, S. 14.
313. BGE 136 I 65, E. 3.2; 129 II 249, E. 5.4; eingehend Looser, N. 343 ff. m.w.H.
314. Siehe Botschaft NFA, S. 2458; SGK-Kägi-Diener, Art. 50 BV N. 8, 12 f.; BSK-Meyer, Art. 50 BV N. 30.

bestenfalls einen moralischen Appell, dem Subsidiaritätsgedanken von Art. 5a BV hinreichend Rechnung zu tragen, an die politischen Verantwortungsträger richten.[315] Nach dem Gesagten erstaunt es nicht, dass Art. 5a BV in der bundesgerichtlichen Praxis bislang kaum Beachtung gefunden hat.[316]

39 Für den Moment bleibt die konkretisierende Anwendung des Subsidiaritätsprinzips damit **Sache der Politik**. Immerhin können ihr die Wissenschaften zuarbeiten.[317]

Zum Autor

Reto Walther, Dr. iur., Jurist, Bundesamt für Justiz, hat im Staats-, Verwaltungs- und Völkerrecht publiziert und gelehrt. Zurzeit arbeitet er auf der Grundlage seiner Dissertation am Buchprojekt «Subsidiarity, Legitimacy, and the European Court of Human Rights» für Oxford University Press.

EMPFOHLENE WEITERFÜHRENDE LEKTÜRE

Blickle Peter/Hüglin Thomas O./Wyduckel Dieter (Hrsg.), Subsidiarität als rechtliches und politisches Ordnungsprinzip in Kirche, Staat und Gesellschaft: Genese, Geltungsgrundlagen und Perspektiven an der Schwelle des dritten Jahrtausends, Berlin 2002, S. 475 ff.

Evans Michelle/Zimmermann Augusto (Hrsg.), Global Perspectives on Subsidiarity, Dordrecht u.a. 2014.

Fleming James E./Levy Jacob T. (Hrsg.), Federalism and Subsidiarity (Nomos LV), New York 2014.

Häberle Peter, Das Prinzip der Subsidiarität aus der Sicht der vergleichenden Verfassungslehre, Archiv des öffentlichen Rechts 119 (1994), S. 169 ff.

Millon-Delsol Chantal, L'État subsidiaire – Ingérence et non-ingérence de l'Etat: Le principe de subsidiarité aux fondements de l'histoire européenne, Paris 1992.

315. Vgl. Biaggini, Art. 50 BV N. 3.
316. Einzig BGE 138 I 378, E. 8.4 (gesellschafspolitische Subsidiarität i.S.v. einem «wirtschaftspolitischen Leitbild»); Urteil BGer 1C_307/2020 vom 16.6.2021, E. 4.2.
317. So schon Stadler, S. 170 f.

Nörr Knut Wolfgang/Oppermann Thomas (Hrsg.), Subsidiarität: Idee und Wirklichkeit, Tübingen 1997, S. 49 ff.

Saladin Peter, Bund und Kantone: Autonomie und Zusammenwirken im schweizerischen Bundesstaat, ZSR 103 (1984-II), S. 433 ff.

BIBLIOGRAFIE

Abderhalden Ursula, Die Geschichte des schweizerischen Bundesstaates, in: Hänni Peter (Hrsg.), Schweizerischer Föderalismus und europäische Integration: Die Rolle der Kantone in einem sich wandelnden Kontext, Zürich 2000, S. 5 ff.

Aroney Nicholas, Subsidiarity in the Writings of Aristotle and Aquinas, in: Evans Michelle/Zimmermann Augusto (Hrsg.), Global Perspectives on Subsidiarity, Dordrecht u.a. 2014, S. 9 ff.

Aubert Jean-François, Le principe de subsidiarité dans la Constitution fédérale de 1999, in: Bolle Pierre-Henri (Hrsg.), Mélanges en l'honneur de Henri-Robert Schüpbach, Basel/Genf/München 2000, S. 3 ff.

Auer Andreas, Staatsrecht der Kantone, Bern 2016.

Bates Ed, Activism and Self-Restraint: the Margin of Appreciation's Strasbourg Career... Its «Coming of Age»?, Human Rights Law Journal 36 (2016), S. 261 ff.

Baumgartner Alois, «Jede Gesellschaftstätigkeit ist ihrem Wesen nach subsidiär»: Zur anthropologischen und theologischen Begründung der Subsidiarität, in: Nörr Knut Wolfgang/Oppermann Thomas (Hrsg.), Subsidiarität: Idee und Wirklichkeit, Tübingen 1997, S. 13 ff.

Bellanger François, Communes et villes, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Bd. 1, Zürich/Basel/Genf 2020, S. 753 ff. (zit. Communes).

Bellanger François, Kommentar zu Art. 5a, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Commentaire romand: Constitution fédérale, Basel 2021.

Belser Eva Maria, Kommentar zu Art. 2, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar zur Bundesverfassung, Basel 2015.

Besson Samantha, The Authority of International Law – Lifting the State Veil, Sydney Law Review 31 (2009), S. 343 ff.

Biaggini Giovanni, Kommentar zu Art. 43a, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar zur Bundesverfassung, Basel 2015.

Biaggini Giovanni, Kommentar zu Art. 5a, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar zur Bundesverfassung, Basel 2015.

Biaggini Giovanni, Verfassungsgerichtsbarkeit in der Schweiz, in: von Bogdandy Armin/Grabenwarter Christoph/Huber Peter M. (Hrsg.), Handbuch Ius Publicum Europaeum: Verfassungsgerichtsbarkeit in Europa: Institutionen, Heidelberg 2016, S. 573 ff. (zit. Verfassungsgerichtsbarkeit).

Biaggini Giovanni, BV Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2017 (zit. BV Kommentar).

Bigler-Eggenberger Margrith/Schweizer Rainer J., Kommentar zu Art. 41, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014.

Boadway Robin/Shah Anwar, Fiscal Federalism: Principles and Practice of Multiorder Governance, Cambridge 2009.

Broude Tomer/Shany Yuval, Introduction, in: Broude Tomer/Shany Yuval (Hrsg.), The Shifting Allocation of Authority in International Law: Considering Sovereignty, Supremacy and Subsidiarity, Oxford 2008, S. 1 ff.

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

Cahill Maria, Theorizing Subsidiarity: Towards an Ontology-Sensitive Approach, International Journal of Constitutional Law 15 (2017), S. 201 ff.

Cass Deborah Z., The Word that Saves Maastricht? The Principle of Subsidiarity and the Division of Powers within the European Community, Common Market Law Review 29 (1992), S. 1107 ff.

Chaplin Jonathan, Subsidiarity and Social Pluralism, in: Evans Michelle/Zimmermann Augusto (Hrsg.), Global Perspectives on Subsidiarity, Dordrecht u.a. 2014, S. 65 ff.

Craig Paul, Subsidiarity: A Political and Legal Analysis, Journal of Common Market Studies 50 (2012), S. 72 ff.

Droege Michael, Subsidiarität (J.), in: Heun Werner et al. (Hrsg.), Evangelisches Staatslexikon: Neuausgabe, Stuttgart 2006, Sp. 2415–2422.

Egli Patricia, Kommentar zu Art. 46, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014.

Ehrenzeller Bernhard, Kommentar zu Art. 62, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014.

Ehrenzeller Bernhard/Ehrenzeller Kaspar, «L'amour de la complexité» im Bundesstaat Schweiz – Kompetenzzuteilung und Kompetenzwahrnehmung in Bund und Kantonen, in: Gamper Anna et al. (Hrsg.), Föderale Kompetenzverteilung in Europa, Baden-Baden 2016, S. 31 ff.

Ehrenzeller Bernhard/Sahlfeld Konrad, Kommentar zu Art. 63a, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014.

Epiney Astrid, Subsidiarität als verfassungsrechtlicher Grundsatz, in: Veröffentlichungen des Schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung: Rapports suisses présentés au XIVème Congrès international de droit comparé, Zürich 1994, S. 9 ff.

Fabbrini Federico/Granat Katarzyna, "Yellow Card, but no Foul": The Role of the National Parliaments Under the Subsidiarity Protocol and the Commission Proposal for an EU Regulation on the Right to Strike, Common Market Law Review 50 (2013), S. 115 ff.

Feichtner Isabel, Subsidiarity: in Peters Anne/Wolfrum Rüdiger (Hrsg.), Max Planck Encyclopedia of Public International Law, zuletzt aktualisiert: Oktober 2007, Oxford, <www.mpepil.com>, besucht am 22. August 2022

Finnis John, Aquinas: Moral, Political, and Legal Theory, Oxford 1998.

Fleiner Thomas/Misic Alexander, Föderalismus als Ordnungsprinzip der Verfassung, in: Thürer Daniel/Aubert Jean-François/Müller Jörg Paul (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, S. 429 ff.

Føllesdal Andreas, Survey Article: Subsidiarity, Journal of Political Philosophy 6 (1998), S. 190 ff. (zit. Subsidiarity).

Føllesdal Andreas, Competing Conceptions of Subsidiarity, in: Fleming James E./Levy Jacob T. (Hrsg.), Federalism and Subsidiarity, Nomos LV, New York 2014, S. 214 ff. (zit. Competing Conceptions).

Gonin Luc, Droit constitutionnel suisse, Zürich 2021.

Häfelin Ulrich, Der kooperative Föderalismus in der Schweiz, ZSR 88 (1969-II), S. 549 ff.

Häfelin Ulrich et al., Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020.

Hüglin Thomas O., Föderalismus und Subsidiarität, in: Blickle Peter/Hüglin Thomas O./Wyduckel Dieter (Hrsg.), Subsidiarität als rechtliches und politisches Ordnungsprinzip in Kirche, Staat und Gesellschaft: Genese, Geltungsgrundlagen und Perspektiven an der Schwelle des dritten Jahrtausends, Berlin 2002, S. 325 ff.

Isensee Josef, Subsidiarität – Das Prinzip und seine Prämissen, in: Blickle Peter/Hüglin Thomas O./Wyduckel Dieter (Hrsg.), Subsidiarität als rechtliches und politisches Ordnungsprinzip in Kirche, Staat und Gesellschaft: Genese, Geltungsgrundlagen und Perspektiven an der Schwelle des dritten Jahrtausends, Berlin 2002, S. 129 ff.

Jaag Tobias, Kooperativer Föderalismus – Verstärkte Zusammenarbeit im Bundesstaat, AJP 2013, S. 774 ff.

Kägi-Diener Regula, Kommentar zu Art. 50, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014.

Keller Helen/Walther Reto, 20 Jahre «neue» Bundesverfassung: Plus ça change, plus c'est la même chose?, ZSR 140 (2021), S. 259 ff.

Knapp Blaise, Die Aktualität des Föderalismus und die Notwendigkeit seiner Modernisierung, in: Konferenz der Kantonsregierungen (Hrsg.), Verfassungsreform als Föderalismusreform: Der Verfassungsentwurf 1995 aus der Sicht der Kantone, Zürich 1997, S. 79 ff.

Koller Heinrich, Subsidiarität als Verfassungsprinzip, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen, St. Gallen/Lachen 1998, S. 675 ff.

Konferenz der Kantonsregierungen, Verfassungsreform als Föderalismusreform: Der Verfassungsentwurf 1995 aus der Sicht der Kantone, Zürich 1997.

Lambrecht Sarah, Reforms to Lessen the Influence of the European Court of Human Rights: A Successful Strategy?, European Public Law 2015 (21), S. 257 ff.

Looser Martin E., Verfassungsgerichtliche Rechtskontrolle gegenüber schweizerischen Bundesgesetzen, Zürich/St. Gallen 2011.

Madsen Mikael Rask, Rebalancing European Human Rights: Has the Brighton Declaration Engendered a New Deal on Human Rights in Europe?, Journal of International Dispute Settlement 9 (2018), S. 199 ff.

Maroonian Anaïs/Kolb Robert, Kommentar zu Art. 54, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Commentaire romand: Constitution fédérale, Basel 2021.

Maroonian Anaïs/Kolb Robert, Kommentar zu Art. 56, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Commentaire romand: Constitution fédérale, Basel 2021.

Martenet Vincent, Kommentar zu Art. 3, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Commentaire romand: Constitution fédérale, Basel 2021.

Mastronardi Philippe, Kommentar zu Art. 7, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014.

Meyer Kilian, Gemeindeautonomie im Wandel: Eine Studie zu Art. 50 Abs. 1 BV unter Berücksichtigung der Europäischen Charta der Gemeindeautonomie, Diss. St. Gallen 2010 (zit. Gemeindeautonomie).

Meyer Kilian, Kommentar zu Art. 50, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar zur Bundesverfassung, Basel 2015.

Milner David, Protocols No. 15 and 16 to the European Convention on Human Rights in the Context of the Perennial Process of Reform: A Long and Winding Road, ZEuS 17 (2014), S. 19 ff.

Moens Gabriël A./Trone John, Subsidiarity as Judicial and Legislative Review Principles in the European Union, in: Evans/Zimmermann (Hrsg.), Global Perspectives on Subsidiarity, Dordrecht 2014.

Morell Reto/Vallender Klaus A., Kommentar zu Art. 74, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014.

Müller Jörg Paul, Entstehung und Entwicklung der Grundrechte in der Schweiz, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Bd. 2, Zürich/Basel/Genf 2020, S. 1167 ff.

Neier Christina et al., Back to Beginnings: Revisiting the Preambles of European Treaties, Swiss Review of International and European Law 31 (2021), S. 687 ff.

Papaux Alain/Martenet Vincent, Kommentar zu Art. 2, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Commentaire romand: Constitution fédérale, Basel 2021.

Papst Pius XI, Quadragesimo Anno: Enzyklika über die Wiederherstellung der gesellschaftlichen Ordnung, 15. Mai 1931.

Rhinow René A., Bundesstaatsreform und Demokratie. Der schweizerische Föderalismus aus rechtlicher Sicht, in: Frey René L. (Hrsg.), Föderalismus – zukunftstauglich?!, Zürich 2005, S. 63 ff.

Rhinow René A./Schefer Markus/Uebersax Peter, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3. Aufl., Basel 2016.

Richli Paul, Zweck und Aufgaben der Eidgenossenschaft im Lichte des Subsidiaritätsprinzips, ZSR 117 (1998-II), S. 139 ff. (zit. Zweck).

Richli Paul, Zum rechtlichen Gehalt und zur Prozeduralisierung des Subsidiaritätsprinzips, ZSR (2007), S. 47 ff. (zit. Gehalt).

Saladin Peter, Kommentar zu Art. 3, in: Aubert Jean-Françcois et al. (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Basel/Zürich/Bern 1987.

Schütze Robert, EU Competences: Existence and Exercise, in: Chalmers Damian/Arnull Anthony (Hrsg.), The Oxford Handbook of European Union Law, Oxford 2015.

Schweizer Rainer J., Kommentar zu Art. 3, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014.

Schweizer Rainer J., Verteilung der Staatsaufgaben zwischen Bund und Kantonen, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Bd. 1, Zürich/Basel/Genf 2020, S. 691 ff. (zit. Verteilung).

Schweizer Rainer J./Müller Lucien, Kommentar zu Art. 43a, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014.

Schweizer Rainer J./Müller Lucien, Kommentar zu Art. 5a, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014.

Seiler Hansjörg, Gemeinden im schweizerischen Staatsrecht, in: Thürer Daniel/Aubert Jean-François/Müller Jörg Paul (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, S. 491 ff.

Stadler Hans, Subsidiaritätsprinzip und Föderalismus, Diss. Fribourg 1951.

Sturny Thiemo, Mitwirkungsföderalismus als zeitgemässe Fortentwicklung der bundesstaatlichen Ordnung, in: Hänni Peter (Hrsg.), Schweizerischer Föderalismus und europäische Integration: Die Rolle der Kantone in einem sich wandelnden Kontext, Zürich 2000, S. 202 ff.

Thalmann Urs, Die verfassungsrechtliche Stellung der Kantone, in: Hänni Peter (Hrsg.), Schweizerischer Föderalismus und europäische Integration: Die Rolle der Kantone in einem sich wandelnden Kontext, Zürich 2000, S. 56 ff. (zit. Stellung).

Thalmann Urs, Subsidiaritätsprinzip und Kompetenzverteilung, in: Fleiner Thomas et al. (Hrsg.), BV – CF 2000 Die neue schweizerische Bundesverfassung: Föderalismus, Grundrechte, Wirtschaftsrecht und Staatsstruktur, Basel/Genf/München 2000, S. 149 ff. (zit. Subsidiaritätsprinzip).

Thévenaz Alain, Kommentar zu Art. 50, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Commentaire romand: Constitution fédérale, Basel 2021.

Tschannen Pierre, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 5. Aufl., Bern 2021.

Vest Hans, Kommentar zu Art. 123, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014.

Voyame Joseph, Le principe de la subsidiarité dans la répartition des tâches entre Confédération et cantons, in: Müller Georg et al. (Hrsg.), Staatsorganisation und Staatsfunktionen im Wandel: Festschrift für Kurt Eichenberger zum 60. Geburtstag, Basel 1982, S. 121 ff.

Waldmann Bernhard, Schranken der Bundeskompetenz in auswärtigen Angelegenheiten aus föderalistischer Sicht, in: Waldmann Bernhard/Hänni Peter/Belser Eva Maria (Hrsg.), Föderalismus 2.0 – Denkanstösse und Ausblicke, Bern 2011, S. 151 ff.

Waldmann Bernhard/Borter Emanuel, Kommentar zu Art. 46, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar zur Bundesverfassung, Basel 2015.

Walther Reto, Subsidiarity: The ECHR Between Law and Politics, Diss., Zürich 2022.

Wiederkehr René/Mächler August, Kommentar zu Art. 135, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014.

Würtenberger Thomas, Subsidiarität als verfassungsrechtliches Auslegungsprinzip, in: Blickle Peter/Hüglin Thomas O./Wyduckel Dieter (Hrsg.), Subsidiarität als rechtliches und politisches Ordnungsprinzip in Kirche, Staat und Gesellschaft: Genese, Geltungsgrundlagen und Perspektiven an der Schwelle des dritten Jahrtausends, Berlin 2002, S. 199 ff.

ACHTUNG: Diese Version des Kommentars ist eine automatische maschinelle Übersetzung des Originals. Die Originalversion ist französisch. Die Übersetzung wurde mit www.deepl.com durchgeführt. Nur die Originalversion ist autoritativ. Die übersetzte Form des Kommentars kann nicht zitiert werden.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 6 BV

Eine Kommentierung von Johan Rochel

ZITIERVORSCHLAG

Johan Rochel, Kommentierung zu Art. 6 BV, in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (Hrsg.), Onlinekommentar zur Bundesverfassung

Kurzzitat: OK-Rochel, art. 6 FC N. XXX.

Art. 6 Individuelle und gesellschaftliche Verantwortung

Jede Person nimmt Verantwortung für sich selber wahr und trägt nach ihren Kräften zur Bewältigung der Aufgaben in Staat und Gesellschaft bei.

GLIEDERUNG

I. Einleitung 89
II. Entstehung 90
III. Kommentar im eigentlichen Sinne 94
A. Funktionen und rechtliche Bedeutung 94
1. Drei Funktionen 94
2. Rechtliche Tragweite 96
3. Rechtsprechung 97
B. Erste Komponente: Individuelle Verantwortung 99
1. Die Definition von Freiheit 99
2. Die zur Ausübung von Freiheit erforderlichen Fähigkeiten 101
3. Verhältnis zum Subsidiaritätsprinzip 103
4. Der spezielle Fall der Versicherungen 104
C. Zweite Komponente: Soziale Verantwortung 106
1. Die Bereiche des Beitrags, die sich aus der sozialen Verantwortung ergeben. 106
2. Die Unterscheidung zwischen Staat und Gesellschaft 109
3. Nach seinen Stärken 110
IV. Schlussfolgerung 112
Empfohlene weiterführende Lektüre 113
Literaturverzeichnis 114

I. EINLEITUNG

Art. 6 der Bundesverfassung (BV) findet sich in den Allgemeinen Bestimmungen der Verfassung (Titel 1). Er steht unmittelbar vor Titel 2, der den Grundrechten, der Staatsbürgerschaft und den Sozialzielen gewidmet ist. 1

Art. 6 BV wird von der Mehrheit der Lehre als programmatischer Artikel angesehen. Er gibt Aufschluss über eine wichtige Dimension des Menschenbildes, das dem Verfassungstext zugrunde liegt. Was die Rechtsprechung betrifft, so verweisen das BGer und das BVGer sporadisch auf Art. 6 BV. Dieser Verweis wird häufig verwendet, um auf die Bedeutung der Eigenverantwortung hinzuweisen, insbesondere im Bereich der Sozialversicherungen. 2

Dieser Kommentar behandelt der Reihe nach die Entstehung, die Funktionen und die rechtliche Tragweite des Artikels und dann seine beiden Komponenten in der Reihenfolge ihres Auftretens: die individuelle Verantwortung und dann die soziale Verantwortung. Generell umfasst Art. 6 BV Konzepte, deren Auslegung schwierig ist. Am Beispiel des Konzepts der Verantwortung und seiner Beziehung zur individuellen Freiheit werfen die Herausforderungen bei der Auslegung dieses Artikels sofort philosophische Fragen auf. Um diese zu erfassen, wählt dieser Kommentar daher einen rechtsphilosophischen Ansatz, der unter anderem Ressourcen aus der politischen Philosophie mobilisiert. Diese Ressourcen sollen den interpretatorischen Reichtum des Begriffs der Verantwortung hervorheben und die normativen Fragen, die er eröffnet, unterstreichen. Wie Häberle (infra, Rz. 21) betont, muss das Potenzial von Art. 6 BV vom Gesetzgeber und der Lehre konkretisiert werden, beispielsweise indem wie hier auf einen rechtsphilosophischen Ansatz zurückgegriffen wird. 3

Als roter Faden versucht dieser Kommentar zu zeigen, wie das Konzept der Verantwortung und das damit verbundene Konzept der individuellen Freiheit die Auslegung des Inhalts von Art. 6 BV bestimmen. Dieser erscheint als zentrale Norm einer liberalen Verfassung, eine Norm, in deren Auslegung sich Überlegungen zum Individuum in der Gesellschaft, zu seinen Grundrechten und zu den Erwartungen der Gesellschaft kristallisieren. Anstatt sich für oder gegen den Liberalismus zu positionieren, führt die Auslegung von Art. 6 BV zu 4

der Frage zurück, welche Art von Liberalismus in der Verfassungsordnung vorausgesetzt wird.

II. ENTSTEHUNG

5 Art. 6 BV entsteht in seiner heutigen Form während der parlamentarischen Beratungen über die Totalrevision der Bundesverfassung. Die Parlamentarier diskutierten sowohl die Idee der Verantwortung des Einzelnen für sich selbst, für andere oder für die Gesellschaft als auch die Idee der Grundpflichten oder Bürgerpflichten. Wie weiter unten erläutert (siehe unten, Rz. 12), verwarfen die Parlamentarier schließlich die Idee von Grundpflichten, die in Form eines Katalogs organisiert sind. Es blieben die Konzepte der Eigenverantwortung und des Beitrags zur Erfüllung der Aufgaben von Staat und Gesellschaft (soziale Verantwortung), die heute in Art. 6 BV verankert sind.

6 Die Bundesverfassung von 1874 enthielt einen allgemeinen Artikel über die Erfüllung einer "staatsbürgerlichen Pflicht". Dieser Artikel hatte bereits zu kritischen Debatten Anlass gegeben. Zu Beginn des Verfassungsrevisionsprozesses enthielt der 1985 vom Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) erarbeitete Vorschlag für eine Musterverfassung eine Reihe von Grundpflichten. Dieser Katalog steht unmittelbar nach dem Katalog der Grundrechte. Der erste Vorschlag des Bundesrates (1996) enthält keine gleichwertigen Artikel. Der Bundesrat verzichtet aus zwei Hauptgründen auf diesen Katalog von Grundpflichten: wegen der Schwierigkeit zu entscheiden, welche Pflichten es verdienen, in den Verfassungsrang erhoben zu werden, und wegen der Probleme im Zusammenhang mit den Sanktionen bei Nichteinhaltung dieser Pflichten. So schreibt der Bundesrat in seiner Botschaft, dass das Fehlen eines Katalogs von Grundpflichten "jedoch nicht bedeutet, dass die Einwohner dieses Landes keine Pflichten gegenüber der Gemeinschaft haben" (...). Er führt aus, dass bestimmte Grundpflichten "ihre Bedeutung behalten" (z. B. die Pflicht zum Schulbesuch, zur Ableistung des Militärdienstes und zur Zahlung von Steuern), auch wenn sie nicht in einem Katalog zusammengefasst sind.

7 Die Lektüre der parlamentarischen Arbeiten verdeutlicht die Verschiebung von den Grundpflichten hin zur Idee der individuellen und sozialen Verantwortung. In den Debatten verwenden die Parlamentarier unsystematisch die Begriffe Grundpflichten, Bürgerpflichten oder individuelle und soziale Verantwortung. Aus der Analyse der parlamentarischen Arbeiten

ergeben sich drei Überlegungen, die für die Erklärung der endgültigen Formulierung von Art. 6 BV relevant sind.

Erstens erscheint der Appell an die Eigenverantwortung im Kontext einer kritischen Reflexion über die Umrisse des Sozialstaats. Der damalige Berichterstatter der NR-Kommission, der spätere Bundesrat Samuel Schmid (SVP), beobachtete ein Phänomen der Ausweitung von Sozialleistungen. Seiner Meinung nach hat der Staat weder die Berufung noch die Mittel, alle Probleme der Schweizer Bevölkerung zu lösen. Die Idee der Pflichten und/oder der individuellen Verantwortung wird als notwendiges Korrektiv dargestellt. 8

Zweitens formalisiert der Verfassungsentwurf des Bundesrates von 1996 den Katalog der Grundrechte und formuliert eine Reihe von Sozialzielen. Angesichts dieser Entwicklung fragten sich einige Parlamentarier, ob eine Logik der Gegenseitigkeit nicht die Erwähnung von Grundpflichten erfordere. Die Idee schien in der Luft zu liegen, wie die Initiative des Interaction Council, die vom ehemaligen deutschen Bundeskanzler Helmut Schmidt getragen wurde, zeigt. Im Jahr 1997 legte er zusammen mit 25 Regierungschefs dem Generalsekretär der Vereinten Nationen, Kofi Annan, die Universal Declaration of Human Responsibilities vor. Wie im Einleitungskommentar zu dieser Erklärung erläutert, ist der Gedanke der Gegenseitigkeit von Rechten und Pflichten zentral: "Recognition of the equal and inalienable rights of all the people requires a foundation of freedom, justice and peace - but this also demands that rights and responsibilities be given equal importance to establish an ethical base so that all men and women can live peacefully together and fulfil their potential" (Anerkennung der gleichen und unveräußerlichen Rechte aller Menschen erfordert ein Fundament von Freiheit, Gerechtigkeit und Frieden). 9

Drittens geht es in der Debatte über Verantwortung um die Erwartungen, die an Einzelpersonen in einer sozialen Gruppe gestellt werden. Der Inhalt von Art. 6 BV, insbesondere die Dimension der sozialen Verantwortung, wird in den Parlamentsdebatten als Antwort auf die Feststellung einer atomisierten und individualistischen Gesellschaft dargestellt. Die Verantwortung bezieht sich dann auf die Fürsorge für andere Mitglieder der Gesellschaft. Ständerat Hans Danioth (CVP), der einen der Vorschläge unterbreitet hat, die später zu der Idee der sozialen Verantwortung in Art. 6 BV wurden, spricht von einer Bürgerpflicht. Er definiert sie als ethische Norm, die an die Pflicht erinnert, 10

sich für die Gemeinschaft zu engagieren. Sein Vorschlag wurde zunächst als politische Rechte eingestuft, bevor er in den folgenden Debatten verschoben wurde.

11 In diesen Debatten macht sich Bundesrat Arnold Koller (CVP) zum Sprecher der Argumente des Bundesrats. Er erinnert insbesondere daran, dass das der Verfassung zugrunde liegende Menschenbild bereits die Idee von Verantwortung und Pflichten beinhaltet: Wenn der Mensch die Fähigkeit zur Autonomie in seinen Entscheidungen besitzt, dann trägt er auch die damit einhergehende Verantwortung. Laut Koller liegt dieser Gedanke den großen Verfassungsentwürfen des 19. Jahrhunderts zugrunde. Er bleibt offen für eine direktere Erwähnung der Pflichten des Einzelnen, wie sein Verweis auf John F. Kennedys berühmten Aufruf bei seiner Antrittsrede 1961 zeigt ("And so, my fellow Americans: ask not what your country can do for you - ask what you can do for your country."). Auf semantischer Ebene spricht Koller in seiner Rede von Bürgerpflichten und Pflichten im Rahmen der Diskussion über einen Artikel zur individuellen Verantwortung.

12 Am Ende der parlamentarischen Debatte setzt sich das Konzept der individuellen und sozialen Verantwortung gegenüber dem Konzept der Grund- oder Bürgerpflichten durch. Die Bundesversammlung verzichtet auf einen Katalog von Pflichten wegen der Schwierigkeiten bei der Integration in die Struktur der neuen Verfassung, aber auch wegen einer gewissen Wiederholung im Vergleich zu Pflichten, die an anderer Stelle im Verfassungstext erwähnt werden, wie etwa die Wehrpflicht oder die Schulpflicht. Auch der ausdrückliche Hinweis auf eine allgemeine Pflicht, die Rechtsordnung zu respektieren, fand nach Abschluss der parlamentarischen Arbeiten keine politische Mehrheit.

13 Abgesehen von der historischen Dimension der Parlamentsdebatten zieht sich eine wichtige konzeptionelle Unterscheidung zwischen Grundpflichten und individueller Verantwortung durch die Debatten. Einer der Streitpunkte zwischen diesen beiden Konzepten betrifft die Fähigkeit, die Verfassungsnorm in konkrete rechtliche Verpflichtungen umzusetzen. Nach dem Verfassungsrechtler Andreas Kley hat eine Grundpflicht vier konstitutive Elemente: 1) eine Pflicht rechtlicher Natur, 2) in einer Verfassung verankert, 3) von grundlegender Bedeutung für die Existenz des Staates, 4) die eine Person gegenüber dem Staat erfüllen muss. Kley zufolge ist die Verantwortung zwar in erster Linie programmatisch und bietet eine allgemein gültige normative

Orientierung, doch müssen die grundlegenden Pflichten im Gegenzug eindeutig in Form von Rechtspflichten konkretisiert werden. Wir werden auf diese Frage zurückkommen, wenn wir die rechtliche Tragweite von Art. 6 BV betrachten (unten, Rz. 21).

14 Die Lehre identifiziert mehrere Inspirationsquellen, die die Debatten um Art. 6 der neuen Verfassung genährt haben. So werden die Weimarer Verfassung und die italienische Verfassung erwähnt, weil sie ausdrücklich auf die Pflichten des Einzelnen verweisen. Auch in den Präambeln des Internationalen Pakts über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte und des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte wird der Gedanke der Verantwortung deutlich erwähnt und daran erinnert, dass "der Einzelne Pflichten gegenüber anderen und gegenüber der Gemeinschaft, der er angehört, hat und verpflichtet ist, sich zu bemühen, die in diesem Pakt anerkannten Rechte zu fördern und zu achten". In der Schweiz, so Chatton, habe die Verfassung des Kantons Bern (1993) sicherlich eine entscheidende Rolle gespielt. Ihr Art. 8, der direkt vor dem Katalog der Grundrechte steht, legt in allgemeiner Form die Pflichten der im Kanton ansässigen Personen fest. Nach Absatz 1. 1 ist jede Person verpflichtet, die Pflichten zu erfüllen, die ihr nach der Verfassung und der mit ihr übereinstimmenden Gesetzgebung obliegen. In Abs. 2 besagt, dass jede Person für sich selbst verantwortlich ist, Verantwortung für andere Menschen übernimmt und ihren Teil der Verantwortung dafür trägt, dass auch künftige Generationen das Recht haben, selbst über ihre Zukunft zu entscheiden. Die letzte vollständig überarbeitete Kantonsverfassung, die des Kantons Genf (2012), enthält einen Artikel mit der Überschrift "individuelle Verantwortung" (Art. 13 Cst./GE), dessen Abs. 1 eine allgemeine Pflicht enthält. 1 eine allgemeine Pflicht ("jede Person muss die Rechtsordnung respektieren") und Abs. 2 die Definition der individuellen und sozialen Verantwortung. Der Entwurf der neuen Walliser Kantonsverfassung enthält ebenfalls einen ähnlichen Artikel mit dem Titel "Individuelle Pflichten und Verantwortung" (Art. 10). Sein Abs. 1 bezieht sich auf eine allgemeine Pflicht zur Erfüllung der von der Verfassung und der Gesetzgebung auferlegten Pflichten, sein Abs. 2 auf die Verantwortung jeder Person gegenüber sich selbst, der Gemeinschaft und den gegenwärtigen und künftigen Generationen. In Abs. 3 ruft jede Person dazu auf, für eine angemessene Nutzung der öffentlichen Güter und Dienstleistungen sowie der natürlichen Ressourcen zu sorgen.

III. KOMMENTAR IM EIGENTLICHEN SINNE

15 Wie bereits in der Einleitung (wie Anm. 3) erwähnt, müssen bei der Auslegung von Art. 6 BV rechtstheoretische und politisch-philosophische Fragen zu den Begriffen Verantwortung und Freiheit berücksichtigt werden. Dieser Kommentar behandelt in dieser Reihenfolge die Funktionen und die rechtliche Tragweite des Artikels sowie die Verweise auf Art. 6 BV in bestimmten Urteilen des BGer und des BVGer (A.) und anschließend die beiden Komponenten von Art. 6 BV, d. h. die individuelle und die soziale Verantwortung (B.).

A. Funktionen und rechtliche Bedeutung

16 Art. 6 BV befindet sich am Ende des ersten Titels über die allgemeinen Bestimmungen. Es folgt der zweite Titel über die Grundrechte und Sozialziele. Diese Platzierung zeigt, dass der normative Anspruch von Art. 6 allgemeiner Natur ist. Als allgemeine Bestimmung zielt er darauf ab, den gesamten Verfassungstext zu beleuchten. Art. 6 BV wird als eine vor allem programmatische Norm angesehen. Für die Mehrheit der Lehre beschränkt sich seine rechtliche Bedeutung darauf, eine Interpretationshilfe für andere Verfassungsnormen zu bieten. Um die Analyse weiter voranzutreiben, können drei allgemeine Funktionen von Art. 6 BV unterschieden werden.

1. Drei Funktionen

17 Erstens wird Art. 6 BV häufig verwendet, um zu versuchen, die dem Verfassungstext zugrunde liegende Auffassung vom Menschenbild zu erfassen. Diese hermeneutische Konstruktion stützt sich auf die Aussage der Präambel (insbesondere das Bewusstsein der Verantwortung gegenüber der Schöpfung und das Bewusstsein der Pflicht, Verantwortung gegenüber künftigen Generationen zu übernehmen) und präzisiert dieses Verständnis durch Bezugnahme auf die beiden Komponenten von Art. 6 BV (individuelle Verantwortung und soziale Verantwortung). In Verbindung mit anderen, spezifischeren Normen trägt die Auslegung von Art. 6 BV somit dazu bei, eine möglichst kohärente Vorstellung von dem Individuum, an das sich die Verfassung richtet, hervorzubringen. Diese Konzeption des Individuums in der Gesellschaft kann dann zur Auslegung anderer Verfassungsbestimmungen herangezogen werden.

Zweitens und in direktem Zusammenhang mit dieser Konzeption des Individuums in der Gesellschaft kann Art. 6 BV als Kontextnorm für die verschiedenen Pflichten verwendet werden, die in den anderen Verfassungsbestimmungen erkennbar sind. Als Beispiele seien genannt, dass jeder Mann mit Schweizer Staatsbürgerschaft einer Bürgerpflicht unterliegt (Militärdienst, Zivildienst oder Zahlung einer Abgabe, Art. 59 Abs. 1 BV) und dass alle Kinder eine Grundausbildung absolvieren müssen (Art. 62 Abs. 2 BV). Im Bereich der sozialen Verantwortung sieht die Verfassung auch Mechanismen vor, die im Lichte ihres Art. 6 gelesen werden können, wie die Altersversicherung (Art. 112 Abs. 2 BV), das Prinzip der beruflichen Vorsorge (Art. 113 Abs. 2 BV) oder die Mitgliedschaft in der Arbeitslosenversicherung für abhängig Beschäftigte (Art. 114 Abs. 2 BV). Häberle und Winistörfer verknüpfen Art. 6 BV auch mit den Regeln für das Funktionieren einer liberalen Marktwirtschaft, z. B. dem Postulat der Eigenverantwortung. In diesem Zusammenhang sieht Häberle die soziale Verantwortung als Erinnerung an die Integration des Einzelnen in eine soziale Gruppe und als Absage an das, was er als "Ökonomismus" bezeichnet, d.h. eine Verabsolutierung des individuellen Gewinnstrebens. 18

Drittens erinnern die parlamentarische Geschichte und die Stellung von Art. 6 BV in der Verfassungsarchitektur an seine Funktion der kritischen Kontextualisierung gegenüber den Grundrechten und Sozialzielen. Wie in der Verfassung des Kantons Bern ist die explizite Erwähnung der individuellen und sozialen Verantwortung dem Grundrechtskatalog vorangestellt. Art. 6 BV scheint als Gegengewicht zu den positiven Verpflichtungen zu dienen, die angeblich zunehmend auf dem Staat lasten. Das Subsidiaritätsprinzip, das sich aus der individuellen Verantwortung ergibt (infra, Rz. 38), wird somit durch die Reihenfolge der Artikel symbolisch unterstrichen. Art. 6 BV tritt davor, um die Verantwortung des Einzelnen zu betonen. So erinnert Art. 41 Abs. 1 BV in Bezug auf die Sozialziele klar daran, dass "Bund und Kantone sich in Ergänzung zur individuellen Verantwortung und zur privaten Initiative für (...) einsetzen" (Hervorhebung hinzugefügt). 19

Diese drei Funktionen ermöglichen es, die Frage nach den Adressaten von Art. 6 BV genauer zu beleuchten. Es handelt sich um die einzige Bestimmung in Titel 1 (Allgemeine Bestimmungen), die sich direkt an Privatpersonen richtet (durch die Verwendung der Wendung "jede Person"). Der Ausdruck "jede Person" umfasst alle natürlichen Personen, nicht nur die Schweizer 20

Bürgerinnen und Bürger. Darüber hinaus vertritt Chatton nach einer Analyse der Sprachfassungen und der Vorbereitungsarbeiten die Hypothese, dass juristische Personen von vornherein in den Adressatenkreis der Norm einbezogen werden sollten. Seiner Ansicht nach rechtfertigen die positiven und negativen Auswirkungen, die juristische Personen auf ihre natürliche, kulturelle, soziale und wirtschaftliche Umwelt entfalten können, die analoge Anwendung einer Verantwortungspflicht auf sie.

21 Diese Frage der Adressaten darf nicht mit der rechtlichen Tragweite von Art. 6 BV verwechselt werden (s. unten, Rz. 21). Beispielsweise betrachtet Biaggini natürliche Personen als die Adressaten, die im Vordergrund (vordergründig) von Art. 6 BV erscheinen. In seinen Augen wäre der Hauptadressat dennoch der Gesetzgeber. Der Verweis auf den Gesetzgeber (und im weiteren Sinne auf die öffentliche Hand) scheint sich jedoch eher aus der notwendigen Bestimmung der rechtlichen Tragweite zu ergeben und nicht direkt aus der Frage der Adressaten. Mit dieser Unterscheidung lässt sich besser verdeutlichen, dass sich Art. 6 BV an jede Person richtet, gleichzeitig aber auch Rechtswirkungen auf den Gesetzgeber und im weiteren Sinne auf die öffentliche Hand entfaltet.

2. Rechtliche Tragweite

22 Die rechtliche Tragweite von Art. 6 BV wird von der Mehrheit der Lehre als bescheiden eingeschätzt. Allgemein wird dieser Artikel im Wesentlichen als moralischer Appell beschrieben, der symbolisch an die Erwartungen der Allgemeinheit an Einzelpersonen erinnern soll, dem es jedoch weitgehend an greifbaren Rechtswirkungen mangelt. Biaggini liest Art. 6 BV als einen verfassungsrechtlichen Appell, der die Verantwortungsethik des Einzelnen in Ergänzung zu anderen Normen (z. B. Präambel BV, Art. 41 Abs. 1 BV) hervorheben soll. Häberle sieht darin jedoch ein interessantes normatives Potenzial, das durch die Auslegung anderer Verfassungsnormen oder durch die gesetzgeberische Konkretisierung entwickelt werden kann. Seiner Ansicht nach bedarf das Potenzial von Art. 6 BV lediglich einer Konkretisierung durch den Gesetzgeber und die Lehre, beispielsweise durch einen vergleichenden Ansatz.

23 Generell sieht Chatton in diesen vorsichtigen Interpretationen eine allgemeine Schwierigkeit, programmatische Normen zu erfassen. Seiner Meinung nach dürfen der moralische Gehalt der Norm, das Fehlen von

Sanktionen und das Fehlen von Rechten und Pflichten, die sich aus Art. 6 BV ableiten lassen, diese Norm nicht zu einer a-juristischen Bestimmung machen. Art. 6 BV entfaltet eine minimale rechtliche Bedeutung als Auslegungshilfe für offene Bestimmungen. Darüber hinaus ist die Norm laut Chatton bei der Auslegung der Bedingungen für die Einschränkung eines Grundrechts zu berücksichtigen, speziell im Fall einer positiven Verpflichtung, bei der es um das Gleichgewicht zwischen einer staatlichen Verpflichtung, einer Einzelperson zu helfen, und den Erwartungen an diese Einzelperson hinsichtlich ihrer Fähigkeit, aus eigenen Mitteln für ihre Bedürfnisse zu sorgen, gehen würde. Art. 6 BV kann jedoch nicht dazu verwendet werden, aus dem Nichts Bedingungen zu schaffen, die nicht in einem Gesetz und/oder anderen Verfassungsbestimmungen vorgesehen sind.

3. Rechtsprechung

Das Bundesgericht (BG) hat sich nur sporadisch mit Art. 6 BV befasst. Das Sozialversicherungsrecht ist von den wenigen Erwähnungen dieses Artikels besonders betroffen. Im Jahr 2005 stellte das BGer in einem Fall im Zusammenhang mit der Anschlusspflicht an die Krankenversicherung fest, dass Art. 6 BV "keine besondere normative Bedeutung, sondern im Wesentlichen deklamatorische und Signalwirkung" habe. Das BGer knüpft das Subsidiaritätsprinzip an Art. 6 BV an. Am Beispiel des Bereichs der Sozialhilfe ist das Grundprinzip der Subsidiarität "Ausdruck der in Art. 6 BV verankerten Pflicht zur Mitverantwortung und Solidarität gegenüber der Gemeinschaft". Das Bestehen eines Anspruchs auf Sozialhilfe ist vor dem Hintergrund dieses Subsidiaritätsprinzips zu betrachten". Dieser Verweis auf Art. 6 BV zeigt, dass das BGer diese Norm als Verfassungsprinzip betrachtet, auf das sich der Einzelne in diesem Zusammenhang berufen kann und das daher laut Chatton teilweise justiziabel ist. In einem anderen Sozialhilfefall (Unterstützung einer nach Neuseeland ausgewanderten Schweizer Familie mit einem behinderten Kind) vertrat das BVGer die Auffassung, dass Art. 6 BV ein übergeordnetes ethisches Grundprinzip enthält. Diesem Grundsatz zufolge ist es für eine Person in einer Notlage verpflichtend, zu versuchen, sich aus eigener Kraft mit den zur Verfügung stehenden Mitteln aus der Notlage zu befreien. 24

Das BGer und das BVGer erwähnen Art. 6 BV im Zusammenhang mit einer Qualifizierung der Anstrengungen, die von Privatpersonen legitimerweise erwartet werden können. In einem Fall, in dem es um die Bereitstellung von 25

SUVA-Informationen durch einen Aushang in den Räumlichkeiten des Personals ging, legte das Gericht die geltenden Bestimmungen aus, indem es Art. 6 BV als Ausdruck der Erwartungen an die Eigenverantwortung mobilisierte. Auf der Grundlage von Art. 6 BV entwickelt das Gericht seine Vision eines mündigen Individuums, das in der Lage ist, sich über die vor einem Auslandsaufenthalt abzuschließenden Versicherungen zu informieren. In einer ähnlichen Konstellation vertritt das BGer die Auffassung, dass die Organe der Invalidenversicherung nicht verpflichtet sind, die Funktionsweise der verschiedenen Zweige der Sozialversicherungen und ihre Interaktionen zu erklären. Nach Ansicht des BGer liegt diese Verständnisbemühung in der individuellen Verantwortung der versicherten Personen. Gemäss der weiter unten vertretenen Hypothese (infra, Rz. 35) sollte dieses Niveau der geforderten Anstrengung in einen kontextbezogenen Ansatz der für die Selbstverantwortung erforderlichen Kompetenzen integriert werden.

26 Im Bereich der Einbürgerung hat das BVGer Art. 6 BV verwendet, um bestimmte Bedingungen zu kontextualisieren. In einem Fall, in dem es um den guten steuerlichen Ruf des Bewerbers ging, verwies das BVGer auf Art. 6 BV als eine der relevanten Quellen, um sicherzustellen, dass eine Person ihren Verpflichtungen gegenüber dem Staat nachkommt. Dieser Fall zeigt auch die Kombination von spezifischen Verpflichtungen (z. B. die Zahlung von Steuern) mit Art. 6 BV. In ähnlicher Weise interpretierte das BVGer im Zusammenhang mit einem Fall von Familienzusammenführung die Anforderungen an die finanzielle Unabhängigkeit unter Verweis auf Art. 6 BV. Damit qualifiziert das Gericht das, was als zumutbar erscheint, im Hinblick auf die in Art. 6 BV formulierte Erwartung der Eigenverantwortung.

27 In Strafsachen wird Art. 6 BV in einer Beschwerde erwähnt, die sich auf die Verfahrenskosten in einem Fall von grenzüberschreitendem Zigarettenschmuggel bezog. Die Vorinstanz hatte argumentiert, dass das in ihren Augen verwerfliche Verhalten des Beschwerdeführers, insbesondere die angebliche Verletzung seiner individuellen Pflicht zur Verantwortung gegenüber dem Staat (Art. 6 BV), zusätzliche Kosten verursacht habe und dass die Verfahrenskosten von ihm getragen werden müssten, obwohl er freigesprochen worden sei. In seiner Entscheidung betont das BGer, dass der Gesetzgeber nicht wollte, dass dieser Artikel zur Feststellung einer Straftat verwendet wird.

In einem Fall, in dem es um die Ausübung einer Tätigkeit im Bereich der Finanzdienstleistungen ohne Bewilligung ging, sieht das BVGer die individuelle Verantwortung nach Art. 6 BV als Rechtfertigung dafür an, dass die Person, die ihre Tätigkeit illegal ausgeübt hat, die Offenlegung von relevanten Informationen über diese Tätigkeit akzeptieren (zumutbar) muss, um das Vertrauen der anderen Akteure der Branche wiederherzustellen. Die Konsequenzen eines frei gewählten Verhaltens zu tragen, steht im Mittelpunkt der Auslegung dieser gewählten Verantwortung durch das BVGer. Somit muss der Staat die Informationen nicht zurückhalten, um dieser Person zu helfen. 28

B. Erste Komponente: Individuelle Verantwortung

Die erste Komponente von Art. 6 BV befasst sich mit der individuellen Verantwortung: "Jede Person ist für sich selbst verantwortlich (...)". Diese Komponente betrifft die Verantwortung jeder Person für sich selbst. Das liberale Denken baut auf der Annahme einer freien Person auf, die in der Lage ist, ihre Lebensentscheidungen anhand der Werte und Ziele, die sie für relevant hält, zu wählen und zu überprüfen. Wie die oben erwähnten Fälle zeigen, stellt sich die Frage der Verantwortung als Korrelat zur Frage der Freiheit. Die Auslegung des Begriffs der Verantwortung in Art. 6 BV erfordert daher eine Auslegung des Begriffs der individuellen Freiheit. Angesichts des Umfangs dieser Aufgabe besteht das Hauptziel dieses Kommentars darin, das Erfordernis der Kohärenz zwischen der Dimension der Freiheit und der Dimension der individuellen Verantwortung zu veranschaulichen. Wenn die Verfassungsexegese ein "Menschenbild" konstruiert, muss sie diese Kohärenz anstreben. Im Hinblick auf dieses Ziel konzentrieren sich die Ausführungen hier auf zwei Punkte: die Frage nach der allgemeinen Definition der individuellen Freiheit und die Frage nach den Kompetenzen, die für die Ausübung dieser Freiheit erforderlich sind. Wir werden sehen, dass diese beiden Punkte eine Wirkung auf den Begriff der Verantwortung in Art. 6 BV entfalten. 29

1. Die Definition von Freiheit

Erstens hat die Art und Weise, wie die individuelle Freiheit definiert wird, erhebliche Auswirkungen auf den Begriff der individuellen Verantwortung. Zur Veranschaulichung können zwei Konzeptionen von Freiheit herangezogen werden. Zum einen kann Freiheit als weitgehend unabhängig 30

von der Menschengruppe definiert werden, in der sich die Person befindet. Als Analogie kann man an die Freiheitsauffassung eines Individuums auf einer einsamen Insel denken (z. B. Robinson Crusoe). Robinson ist auf eine Weise frei, die von anderen Menschen abstrahiert. Seine Entscheidungsfreiheit kennt keine Grenzen. Jede Einschränkung (z. B. durch das Gesetz und einen Staat) wird von vornherein als Verlust der Freiheit angesehen. Diese Auffassung inspiriert eine bestimmte Vision des Gesellschaftsvertrags, bei der mehrere Robinsons zusammenkommen und beschließen, einen Teil ihrer Freiheit an eine Behörde zu delegieren, um beispielsweise ihre Sicherheit zu gewährleisten (siehe z. B. Thomas Hobbes' Leviathan).

31 Andererseits kann die individuelle Freiheit relational definiert werden, indem die Person in einer menschlichen Gruppe verankert wird. Die Person ist frei im Kontext von Interaktionen mit anderen Menschen und einer Umwelt. Die Person ist nie allein; sie nicht als Teil einer menschlichen Gruppe zu sehen, lässt Überlegungen zu den Bedingungen und Bedrohungen für die Freiheit im Dunkeln (s. unten, Rn. 42). Für die Vertreter dieser relationalen Sichtweise ist die Existenz eines Rechtsrahmens nicht a priori eine Bedrohung für die Freiheit (sie kann dennoch zu einer solchen werden), sondern vielmehr ihre primäre Bedingung.

32 Jede dieser beiden hier grob skizzierten Auffassungen von Freiheit führt zu einem anderen Konzept der individuellen Verantwortung. In einer ersten minimalen Bedeutung kann "Jeder Mensch ist für sich selbst verantwortlich" bedeuten, dass der Einzelne verpflichtet ist, die Verantwortung für seine Entscheidungen und deren Folgen zu übernehmen. Diese Minimaldefinition ähnelt einer Reflexion der Zurechenbarkeit und verbietet in erster Linie den Versuch, anderen "die Schuld in die Schuhe zu schieben" (meine freie Wahl => meine Verantwortung). Im oben erwähnten Fall der unerlaubten Ausübung einer Finanzdienstleistungstätigkeit (oben, Rn. 27) ist die Person, die den Fehler begangen hat, verantwortlich und muss als solche die Folgen ihres Handelns akzeptieren. Sie kann ihre Verantwortung nicht auf andere abwälzen. Das BVGer ist daher der Ansicht, dass die verantwortliche Person die Offenlegung von Informationen über ihr Fehlverhalten akzeptieren muss und dass sie akzeptieren muss, ihren Ruf wieder aufbauen zu müssen.

33 Diese Minimalauffassung ist jedoch nicht ausreichend. Für sich selbst verantwortlich zu sein, geht über eine einfache Logik der Zurechenbarkeit an die freie Person hinaus. In einem relationalen Rechtsverständnis muss der

erste Bestandteil von Art. 6 BV als Anforderung an jede Person interpretiert werden, die Konsequenzen ihrer Entscheidungen zu erkennen. Eine verfassungsrechtliche Forderung nach Verantwortung für sich selbst aufzustellen, ist gleichbedeutend mit der Forderung, dass jede Person zumindest die anderen berücksichtigt.

Andere zu berücksichtigen (ohne Verpflichtung zu einem bestimmten Verhalten) ist jedoch noch nicht ausreichend. Art. 6 BV kann dann als Aufforderung verstanden werden, die negativen Folgen der eigenen Entscheidungen für andere zu beherrschen. In diesem Sinne bedeutet Selbstverantwortung vor allem, dafür zu sorgen, dass man nicht zu einer Quelle negativer Folgen (im weitesten Sinne definiert) für seine Umwelt wird. In dieser Hinsicht sieht Art. 12 BV über das Recht auf Hilfe in Notlagen sehr wohl vor, dass eine Person unterstützt werden kann, wenn sie "nicht in der Lage ist, für ihren Lebensunterhalt zu sorgen". Diese Bedingung spiegelt die Anforderung wider, dass die Person zunächst versuchen muss, die Inanspruchnahme von Hilfe durch die Gemeinschaft (eine negative Auswirkung auf die öffentlichen Finanzen) zu vermeiden. Die oben erwähnte Rechtsprechung zur Einbürgerung oder Familienzusammenführung stellt genau dieselbe Frage: Angesichts eines freien und für sich selbst verantwortlichen Individuums, welches Fehlen negativer Auswirkungen (z. B. soziale Kosten) oder welcher positive Beitrag darf die Gemeinschaft erwarten und fordern? 34

Relational interpretiert, besteht die Selbstverantwortung in Art. 6 BV also darin, dass bei jeder Person diese Kompetenz zur Beherrschung ihrer Auswirkungen auf ihre Umwelt vorausgesetzt wird. Diese Annahme wirft jedoch sofort zwei wichtige Fragen auf: Wie kann die Kompetenz der Individuen, frei zu sein und somit für sich selbst verantwortlich zu sein, sichergestellt werden (siehe unten, Rz. 35)? Und was ist mit Situationen, in denen die Handlungen einer Person trotz des Versuchs, die Kontrolle zu behalten, dennoch negative Auswirkungen auf andere haben? Diese Frage wird in der Komponente zur sozialen Verantwortung behandelt (N. 47). 35

2. Die zur Ausübung von Freiheit erforderlichen Fähigkeiten

Zweitens ist die Frage nach den Kompetenzen, die für die Ausübung der Freiheit und damit der Selbstverantwortung erforderlich sind, ein zentraler Punkt in dem von Art. 6 BV vertretenen Konzept. Wenn man nicht davon 36

ausgeht, dass die Freiheit von Geburt an gegeben ist und sich ohne Eingriffe entwickelt (eine Vorstellung, die oft mit einer Freiheit à la Robinson Crusoe in Verbindung gebracht wird), muss man feststellen, dass die Freiheit eine Reihe von Kompetenzen erfordert. Das paradigmatischste Beispiel ist sicherlich die Grundbildung (Art. 19 und 62 BV). Ohne diese Grundkompetenzen kann ein Individuum nicht als frei im Sinne des relationalen Konzepts bezeichnet werden und somit auch nicht seine Verantwortung im Sinne von Art. 6 BV vollumfänglich wahrnehmen.

37 Über die Grundkompetenzen hinaus müssen die Überlegungen auf andere Elemente dieser Kompetenz, für sich selbst verantwortlich zu sein, ausgeweitet werden, z. B. auf soziale, physiologische oder andere kontextuelle Determinanten. Wenn es einfacher ist, für sich selbst verantwortlich zu sein, wenn man jung, reich und gesund ist, sollte die Forderung nach Verantwortung daher mit der Verpflichtung einhergehen, Barrieren zu bekämpfen, die der Freiheit und der Kompetenz zur Selbstverantwortung entgegenstehen. Diese Überlegung gilt insbesondere für soziale Determinanten, die durch öffentliche Maßnahmen verändert werden können. Ausgedrückt im Rahmen einer Forderung nach Gleichheit und Bekämpfung von Diskriminierung, werden einige dieser Determinanten in Art. 8 Abs. 2 BV erwähnt. Darüber hinaus sollte diese Überlegung im Zusammenhang mit der Forderung nach Chancengleichheit (Art. 2 Abs. 3 BV) gelesen werden.

38 Schwieriger ist die Frage bei den wenigen physiologischen (z. B. genetischen) Determinanten, die nicht auf soziale Determinanten zurückgeführt werden können (zumindest nicht direkt). Denn die erste Komponente von Art. 6 BV kennt kein Äquivalent zum Konzept "nach seinen Kräften", das in der zweiten Komponente zu finden ist (infra, Rz. 59). Dieses Konzept hat den Vorzug, daran zu erinnern, dass wir angesichts der Forderung nach sozialer Verantwortung nicht gleich sind. Das hier vorgeschlagene Argument wäre, die gleiche Grenze für die Selbstverantwortung anzuerkennen: Wir sind nicht gleich angesichts der Fähigkeit, für uns selbst verantwortlich zu sein. So kann man die oben erwähnte Rechtsprechung (wie oben, Rn. 23) im Lichte dieser (Un-)Gleichheit angesichts der Fähigkeit, für sich selbst verantwortlich zu sein, lesen. Diese Feststellung sollte besonders relevant sein, wenn es um Fragen der Zumutbarkeit geht. Wenn Art. 6 BV im Zusammenhang mit den zumutbaren Anstrengungen einer Mutter mit gesundheitlichen Problemen, ihre Angehörigen zu unterstützen, erwähnt wird, muss die Forderung nach

Selbstverantwortung kontextuell interpretiert werden. Die Kompetenzen, die Freiheit und Verantwortung im spezifischen Fall der Person und ihrer Situation ermöglichen, müssen mobilisiert werden, um das Niveau der Zumutbarkeit anhand von Art. 6 BV zu interpretieren.

3. Verhältnis zum Subsidiaritätsprinzip

Art. 6 BV wird häufig im Zusammenhang mit einer Diskussion über das Subsidiaritätsprinzip verwendet. Auch wenn die Lehre weitgehend von dieser These der durch Art. 6 BV induzierten Subsidiarität überzeugt zu sein scheint, ist es dennoch wichtig, zwischen zwei Analyseebenen zu unterscheiden. 39

Ein caveat, bevor wir fortfahren: Die Dimension der Subsidiarität, die sich aus dem Primat der Selbstverantwortung ergibt, darf nicht mit der institutionellen Subsidiarität von Art. 5a BV verwechselt werden. Zum Verhältnis zwischen Art. 5a BV und Art. 6 BV merken Gächter und Renold-Burch an, dass Art. 5a BV als Kompetenznorm im Bundesstaat zu verstehen ist, während Art. 6 BV die Beziehungen zwischen Individuen, Staat und Gesellschaft behandelt. Die in Art. 41 Abs. 1 BV erwähnte Subsidiarität ist eher mit Art. 6 BV vergleichbar. 40

Auf einer ersten Analyseebene begründet Art. 6 BV sicherlich eine allgemeine Subsidiarität für das Handeln des Staates gegenüber Einzelpersonen. Die Verantwortung des Einzelnen scheint Vorrang vor dem Handeln des Staates zu haben, der nur subsidiär eingreift. Auf einer zweiten Ebene, und dies ist ein Punkt, der in den Kommentaren zu dieser Verfassungsbestimmung häufig übersehen wird, setzen die für Freiheit und Verantwortung erforderlichen Kompetenzen ihrerseits ein Handeln der staatlichen Behörden voraus. Wie oben erläutert, wird man nicht als freier und verantwortungsbewusster Mensch geboren, sondern durch den Erwerb bestimmter Kompetenzen einerseits und die Beseitigung bestimmter einschränkender/begrenzender Faktoren andererseits. 41

Diese zweite Verbindung mit der Subsidiarität umfasst dann mehrere Schritte, die zu unterscheiden wichtig ist, da sie Gegenstand differenzierter Kritik sein können. A) Die Verantwortung des Einzelnen für sich selbst steht an erster Stelle. B) Nicht alle Individuen sind in ihrer Fähigkeit, Verantwortung zu übernehmen, gleich. C) Es muss ein Prozess zur Angleichung der Fähigkeit, für sich selbst verantwortlich zu sein, in Gang gesetzt werden und ein kontextbezogener Ansatz verfolgt werden, der die tatsächliche Fähigkeit des 42

Einzelnen erfassen kann, bevor die Zumutbarkeit bestimmter Verhaltensweisen beurteilt wird. D) Es stellt sich die Frage nach der Verantwortung, diesen Prozess der Egalisierung zu leiten. Wer ist dafür verantwortlich, den Einzelnen dabei zu helfen, selbstverantwortlich zu werden? Der Staat (die öffentliche Hand), die Zivilgesellschaft (das Vereinswesen) oder auch Einzelpersonen (z. B. Angehörige) können als potenzielle Verantwortliche identifiziert werden. E) Geht man davon aus, dass der Staat zumindest einen Teil dieser Verantwortung trägt, muss dieser durch eine Grundausbildung und durch die Vermeidung bestimmter sozialer Determinanten (z. B. durch die Bekämpfung von Diskriminierungen gemäß Art. 8 BV) tätig werden, um eine größtmögliche Chancengleichheit zu gewährleisten (Art. 2 Abs. 3 BV).

43 Wenn dieses Argument akzeptiert wird, können wir dann davon ausgehen, dass das Subsidiaritätsprinzip (erste Ebene) ein staatliches Handeln in Bezug auf die Bedingungen von Freiheit und Verantwortung (zweite Ebene, Bedingungen der Möglichkeit und des Ausgleichs der Fähigkeit, für sich selbst verantwortlich zu sein) erfordert und voraussetzt. Als Beispiel kann eine neue Art von normativer Verbindung hergestellt werden, etwa zwischen dem Recht auf Grundschulbildung (Art. 19 BV), der Schulpflicht (Art. 62 BV) und Art. 6 BV. Die Umsetzung von Art. 19 BV und Art. 62 BV kann als Vorbedingung für den Rückgriff auf Art. 6 BV (erste Ebene) konzipiert werden. Wenn Bildung nicht mehr obligatorisch und kostenlos ist, sinkt die Fähigkeit des Einzelnen zu Freiheit und Verantwortung drastisch, und die Idee des Primats eben dieser individuellen Verantwortung wird daher schwieriger zu verteidigen. Die gleiche Art von Konditionalität lässt sich in dem oben erwähnten kontextbezogenen Ansatz der Zumutbarkeit ablesen (infra, Rn. 37). In einer bestimmten Situation, z. B. bei Einbürgerungsfällen, ist es wichtig zu beurteilen, ob der Einzelne in der Lage ist, für sich selbst verantwortlich zu sein, wobei diese Überlegung eine Berücksichtigung sowohl des persönlichen Werdegangs als auch des Lebenskontextes (d. h. der sozialen Strukturen) des Einzelnen erfordert.

4. Der spezielle Fall der Versicherungen

44 Eine interessante Frage stellt sich im Zusammenhang mit den negativen Auswirkungen, die eine von einer Person getroffene Wahl auf andere hat. Die Hauptschwierigkeit besteht nicht so sehr in der direkten und unmittelbaren

negativen Wirkung und ihren Folgen (z. B. Mord), sondern vielmehr in der indirekten und diffusen Wirkung über die geschaffenen Solidaritätsinstitutionen (z. B. die Auswirkungen eines Verhaltens auf die Kosten der gesetzlichen Krankenversicherung). Die Relevanz von Art. 6 BV im Fall von obligatorisch gemachten Sozialversicherungen ist in dieser Hinsicht besonders wichtig. Im Bereich der Gesundheitsfürsorge beispielsweise können die freien und eigenverantwortlichen Entscheidungen der Personen zu negativen, insbesondere finanziellen Auswirkungen für die Solidargemeinschaft führen. Nach dem oben dargelegten relationalen Konzept verpflichtet der Staat die Individuen, sich selbst und andere vor einigen der negativen externen Effekte zu schützen, die ihr Verhalten verursacht. Je nach Gegenstand der Haftung können dann zwei Fälle unterschieden werden.

Erstens: Wenn ein Individuum eine für sich selbst besonders gefährliche Aktivität (ein so genanntes "Wagnis") ausübt, z. B. Base-Jumping, kann man es dazu verpflichten, eine spezielle Versicherung abzuschließen, die seine Gesundheitskosten deckt (um zu verhindern, dass die Allgemeinheit für seine Wahl aufkommt). Zweitens: Wenn eine Person droht, Dritte negativ zu beeinflussen, kann man sie auch dazu zwingen, eine Versicherung für die Haftung gegenüber diesen Dritten abzuschließen, wie es bei einem Fahrzeugführer der Fall ist. Die Versicherung erfüllt hier die Rolle der Selbstverantwortung für ein Individuum in seiner Fähigkeit, Schaden für andere zu verursachen. Im Zusammenhang mit der Covid-Pandemie fordert Riemer-Kafka die Behörden auf, über eine Ausweitung der Pflicht zur beruflichen Vorsorge, Arbeitslosenversicherung und Unfallversicherung für Selbstständige nachzudenken. Ihrer Meinung nach hat die Erfahrung mit der Pandemie gezeigt, dass der Einzelne nicht in der Lage ist, auf bestimmte Notsituationen zu reagieren, und dass der Staat durch die Mobilisierung öffentlicher Gelder eingreifen muss. In Analogie zum Base-Jump würde eine solche Ausweitung der Verpflichtung die Selbstständigen dazu zwingen, sich zu schützen und somit ihre Fähigkeit, für sich selbst verantwortlich zu sein, sicherstellen. 45

Eine der offenen normativen Fragen rund um Art. 6 BV betrifft daher die Qualifizierung der Bedingungen, unter denen der Staat eingreifen muss und/oder kann, um eine Verpflichtung für Einzelpersonen einzuführen, sich selbst zu schützen (das Beispiel der Selbstständigen und Base-Jumper) und andere 46

vor ihren Entscheidungen zu schützen (das Beispiel der Fahrzeuglenker). In einer relationalen Perspektive zwingt der Staat die Individuen dann dazu, Verantwortung für sich selbst zu übernehmen; er zwingt sie, "für sich selbst zu sorgen". Art. 6 BV kann nicht zur Beantwortung dieser Frage herangezogen werden, da es gerade um die Qualifikation seines ersten Teils geht.

47 Es ist von entscheidender Bedeutung, dass die gesellschaftliche Dimension der individuellen Verantwortung (erste Komponente von Art. 6 BV) nicht mit der zweiten Komponente von Art. 6 BV verwechselt wird. Diese zweite Komponente zielt eindeutig auf die Erwartungen ab, die an alle Personen hinsichtlich ihres Beitrags zu den Aufgaben des Staates und der Gesellschaft formuliert werden, und zwar über die Forderung hinaus, für sich selbst verantwortlich zu sein.

C. Zweite Komponente: Soziale Verantwortung

48 Die zweite Komponente von Art. 6 BV befasst sich mit der sozialen Verantwortung: "Jede Person (...) trägt nach ihren Kräften zur Erfüllung der Aufgaben von Staat und Gesellschaft bei." Generell hängt die Beziehung zwischen den beiden Komponenten von Art. 6 BV stark davon ab, welche Auffassung von Freiheit und Verantwortung vertreten wird. Aus einer relationalen Perspektive spiegelt die Verantwortung für sich selbst die Idee wider, negative Auswirkungen auf andere zu verhindern und somit in gewisser Weise bereits einen Beitrag zu den Aufgaben des Staates zu leisten. Die zweite Komponente von Art. 6 BV geht jedoch weiter als die Vermeidung negativer Auswirkungen des eigenen Handelns durch den Einzelnen. Sie umfasst Situationen, zu deren Entstehung der Einzelne nicht beigetragen hat, angesichts derer er aber eine Verantwortung zum Handeln hat. Wie weiter unten erläutert, wird diese Dimension der Verantwortung in der Rechtslehre mit dem Begriff der Solidarität behandelt. Wir werden auch sehen, dass die ausdrückliche Erwähnung der "Gesellschaft" als Ort der Verwirklichung der sozialen Verantwortung wichtig ist und zur Konstitutionalisierung des Begriffs der (Zivil-)Gesellschaft beiträgt (infra, Rn. 56).

1. Die Bereiche des Beitrags, die sich aus der sozialen Verantwortung ergeben.

49 Die allgemeine Forderung der sozialen Verantwortung in Art. 6 BV bezieht sich auf den Beitrag des Einzelnen zur Erfüllung der Aufgaben des Staates und

der Gesellschaft. Dieser Beitrag kann mehr oder weniger anspruchsvoll definiert werden. Als Mindestanforderung können wir ihn als eine Pflicht jedes Einzelnen definieren, seinen gesetzlichen Verpflichtungen nachzukommen, womit wir auf die Idee einer grundlegenden Pflicht von allgemeiner Tragweite zurückkommen. Der Beitrag des Einzelnen beschränkt sich dann auf die Einhaltung des Rechts. Wie bereits bei der Diskussion der Argumente des Bundesrates erwähnt, leidet das Argument an einer gewissen Zirkularität (eine rechtliche Verpflichtung, das Recht zu respektieren) (wie oben, Rz. 12). Im anderen Extrem kann der Beitrag zur Erfüllung der Aufgaben des Staates und der Gesellschaft fast zum Synonym für die Erfüllung derselben Aufgaben werden. Eine solche maximalistische Auslegung ist nur schwer mit einer liberalen Verfassung und einer pluralistischen Gesellschaft vereinbar.

Wie lässt sich ein gangbarer Weg zwischen diesen beiden Extremen finden? 50
Es erscheint angebracht, zwischen den Arten von Aufgaben, bei denen der Beitrag des Einzelnen zur Unterstützung des Staates und der Gesellschaft rechtmäßig erwartet werden kann, und dem Anspruchsniveau des Beitrags zu unterscheiden. Auf das Anspruchsniveau werden wir weiter unten eingehen, wenn wir das Konzept "nach seinen Kräften" behandeln (infra, Rn. 59).

Die Identifizierung der Aufgabentypen kann über eine Interpretation der 51
anderen Verfassungsnormen erfolgen, die es ermöglicht, die Dimensionen dieser sozialen Verantwortung zu erfassen. So identifiziert Chatton vier Dimensionen dieser sozialen Verantwortung, wobei er sich insbesondere auf die Lektüre der Präambel der Verfassung stützt: eine Verantwortung gegenüber der Schöpfung, ein Geist der Solidarität und der Weltoffenheit, eine Verantwortung gegenüber den künftigen Generationen und eine Verantwortung für die gesellschaftliche Solidarität mit den Schwächsten und Bedürftigsten. Einige dieser Elemente finden sich übrigens auch in Art. 40 Abs. 2 BV, der den Rechten und Pflichten der Auslandschweizer gewidmet ist. Dieser Artikel erwähnt (ohne klar zwischen Rechten und Pflichten zu unterscheiden) die Ausübung der politischen Rechte auf Bundesebene, die Leistung von Militär- und Ersatzdienst, die Unterstützung von Bedürftigen und die Sozialversicherungen. Zusammengenommen lassen sich anhand dieser Bestimmungen die Arten von Aufgaben identifizieren, bei denen die soziale Verantwortung der Menschen besonders zum Tragen kommt.

52 Die Palette der möglichen Aufgaben ist jedoch noch immer sehr breit. Um die Analyse zu verfeinern, können wir einen Ausflug in die Moraltheorie wagen. Aus einer konsequentialistischen Perspektive sollte die soziale Verantwortung dort besonders ausgeprägt sein, wo A) die Bedürfnisse am größten und dringendsten sind und B) die Menschen gemeinsam in der Lage sind, spürbare Veränderungen herbeizuführen (daher die Verwendung des Begriffs "beitragen"). Kurz gesagt, man würde die Bereiche von Art. 6 BV definieren, indem man die Frage nach dem größtmöglichen Nutzen der Beiträge der Einzelnen stellt.

53 Die größte Schwierigkeit bleibt die Gefahr, dass ein Staat seine Bewohnerinnen und Bewohner instrumentalisiert. Der Staat würde ein Engagement der Einzelnen fordern und darüber hinaus die prioritären Bereiche bestimmen, in denen sich diese engagieren sollen. Beide Dimensionen stehen in einem Spannungsverhältnis zur Idee der individuellen Freiheit und des Pluralismus. An dieser Stelle ist es interessant zu betonen, dass die in dieser zweiten Komponente formulierte Forderung nach einem Beitrag sich auf die Bedingungen der Freiheit und Verantwortung der ersten Komponente beziehen könnte. Eine mögliche Konstellation wäre, dass Einzelpersonen (entweder privat oder als Unternehmen) dazu ermutigt werden, benachteiligte Menschen in eine wirtschaftliche Tätigkeit zu integrieren, wodurch ihre Fähigkeit, frei und selbstverantwortlich zu sein, gestärkt wird.

54 In diesem Zusammenhang der Prioritätensetzung stellt sich die Frage nach der politischen Verantwortung. Man kann Art. 6 BV als Aufforderung zur politischen Partizipation (Wählen/Wählen) lesen, aber auch als Aufforderung, durch die Politik zu den Aufgaben des Staates und der Gesellschaft beizutragen. In einem Milizsystem erscheint es kohärent, dass die Menschen dazu aufgerufen werden, zum reibungslosen Funktionieren der Institutionen beizutragen. Die aktuelle Krise der kommunalen Demokratie, insbesondere die Schwierigkeit, Kandidatinnen und Kandidaten für gewählte Ämter zu finden, wird oft unter dem Aspekt der sozialen Verantwortung der Bürgerinnen und Bürger diskutiert. Art. 6 BV könnte somit als Aufruf zum politischen Engagement verstanden werden, das dann eine der Aufgaben wäre, zu denen der Einzelne einen Beitrag leisten soll. Es ist jedoch wichtig zu betonen, dass die Bundesverfassung keine explizite Verpflichtung zur

politischen Partizipation kennt, anders als beispielsweise die Verfassung von Schaffhausen in Bezug auf die Teilnahme an Abstimmungen und Wahlen.

2. Die Unterscheidung zwischen Staat und Gesellschaft

Die zweite Komponente von Art. 6 BV unterscheidet den Staat von der Gesellschaft ("zur Erfüllung der Aufgaben des Staates und der Gesellschaft"). Nach der Mehrheitslehre erscheint diese Unterscheidung nicht zentral und zielt vor allem darauf ab, eine möglichst umfassende Perspektive einzunehmen. Laut Chatton, der hier als Beispiel für die Mehrheitslehre herangezogen wird, sprechen die "Diversifizierung sowie die Komplexität der Aufgaben und Interaktionen" dafür, dass in diesem Artikel keine klare Unterscheidung zwischen Staat und Gesellschaft getroffen wird. Es scheint jedoch möglich, dieser Lesart zwei Argumente entgegenzuhalten. Die ausdrückliche Erwähnung von Staat und Gesellschaft legt nämlich nahe, dass der Verfassungsgeber eine Unterscheidung treffen wollte. 55

Erstens taucht die Idee der sozialen Verantwortung (die Anforderung an den Einzelnen, zur Erfüllung von Aufgaben beizutragen) nicht im selben Kontext auf, wenn von Aufgaben die Rede ist, die vom Staat oder von der (Zivil-)Gesellschaft erfüllt werden. Im Kontext staatlichen Handelns konkretisiert sich die soziale Verantwortung des Einzelnen in bestimmten spezifischen Modalitäten, z. B. in der Idee der Einhaltung von gesetzlichen, steuerlichen oder auch militärischen Verpflichtungen. Es wird nicht erwartet, dass sich der Einzelne an der Seite der Mitglieder der kantonalen und eidgenössischen Verwaltung engagiert, um sie bei ihren Aufgaben zu unterstützen. Diese staatszentrierte Lesart rückt die soziale Verantwortung in die Nähe der Idee der Grundpflichten. Der oben erwähnte Fall, in dem es um die Einhaltung der Steuerpflichten als Voraussetzung für die Einbürgerung (unter Berücksichtigung von Art. 6 BV) ging, veranschaulicht diese Annäherung zwischen sozialer Verantwortung und der Pflicht, die in der Rechtsordnung vorgesehenen Verpflichtungen einzuhalten. Die Herausforderung bei dieser Annäherung besteht somit darin, die Unterscheidung zwischen einer sozialen Verantwortung und bereits identifizierten Pflichten (z. B. Steuerpflicht) beizubehalten. Anders verhält es sich im gesellschaftlichen Kontext, z. B. im Vereinsleben. In diesem Kontext ruft Art. 6 BV den Einzelnen dazu auf, über ein Engagement außerhalb der staatlichen Strukturen zum Leben der Gesellschaft beizutragen. 56

57 Zweitens trägt die ausdrückliche Erwähnung der Gesellschaft in Art. 6 BV dazu bei, dass die Zivilgesellschaft unabhängig und im Gegensatz zum Staat existiert. Wie Besson in seiner Analyse der Freiburger Verfassung erklärt, ist die Zivilgesellschaft ein relationales Konzept, ein Transmissionsriemen: "Kurz und sehr allgemein: Die Zivilgesellschaft umfasst alle sozialen und freiwilligen Beziehungen, die weder dem Staat oder der Politik, noch dem Markt oder der Wirtschaft (bürgerliche Gesellschaft), noch der Familie oder dem Privaten zuzuordnen sind". In der Bundesverfassung wird das Wort "Gesellschaft" nur drei Mal erwähnt (Art. 6, 65 (Statistik) und 118b (Forschung am Menschen) BV). - die Vorkommen der Aktiengesellschaft werden hier nicht berücksichtigt). Art. 6 BV verleiht dieser "Gesellschaft" und ihrer Bedeutung als Ort der Verwirklichung und als Gefäß für soziale Verantwortung explizite verfassungsrechtliche Existenz.

58 Zusammenfassend lässt sich sagen, dass die in Art. 6 BV formulierte Anforderung für den Beitrag zu staatlichen Aufgaben (Art der Aufgaben) umschrieben ausgelegt werden sollte. Hier geht es in erster Linie um die Aufforderung, auf bestimmte institutionalisierte Weise einen Beitrag zu leisten, z. B. über bürgerschaftliches Engagement. Im Zusammenhang mit den Aufgaben der Gesellschaft kann der Aufruf zur sozialen Verantwortung erfinderischere Formen annehmen.

59 In beiden Bereichen (Staat und Gesellschaft) kann das Anspruchsniveau für den Einzelnen variieren. In einer maximalistischen Lesart erscheint jede Person sowohl im Kontext des Staates (institutionalisierte und minimale Verpflichtungen, die den Grundpflichten fast ähnlich sind) als auch im Kontext der Gesellschaft (Verpflichtungen, die in ihrer Form vielfältiger und im Anspruchsniveau offener sind) als verantwortlich. Wie bereits erwähnt, erscheint die Gefahr eines überfordernden Staates groß. Aus Gründen der Achtung der persönlichen Freiheit und der Meinungsvielfalt sollte die Verfassung nicht verlangen, dass die Menschen entweder zu Erfüllungsgehilfen
des Staates oder zu Leibeigenen des Vereinslebens werden.

3. Nach seinen Stärken

60 Angesichts der Gefahr eines potenziell überfordernden Staates gegenüber Individuen, die sich selbst in sehr unterschiedlichen Situationen befinden, erwähnt Art. 6 BV, dass jede Person dazu aufgerufen ist, ihre soziale

Verantwortung "nach ihren Kräften" wahrzunehmen. Dieser Begriff führt einen wesentlichen Parameter bei der Bestimmung des Umfangs der sozialen Verantwortung von Einzelpersonen ein. Diese müssen sich nicht alle auf die gleiche Weise oder nach den gleichen Anforderungen engagieren, sondern nach ihren eigenen Kräften.

Art. 6 BV führt also einen Gerechtigkeitsgrundsatz ein, dessen Hauptbegriff, nämlich der der "Kräfte" (forces, forze), definiert werden muss. Im Allgemeinen scheint der Begriff der Stärken hier als Synonym für Fähigkeiten verwendet zu werden. Vom Individuum wird erwartet, dass es sich entsprechend seiner Fähigkeiten engagiert, die sowohl physischer, psychischer, intellektueller, finanzieller als auch mit einer bestimmten Lebensphase (z. B. Ruhestand) verbundener Natur sein können. 61

In diesem Zusammenhang steht das fähige Individuum - d. h. das Individuum, das Kraft hat - dem Individuum gegenüber, das nicht zur Erfüllung der Aufgaben beitragen kann. Häberle verknüpft dieses Konzept mit dem Sprichwort "Zum Unmöglichen ist niemand verpflichtet". Wenn der Einzelne nicht in der Lage ist, ist es nicht gerechtfertigt, von ihm die in Art. 6 BV vorgesehene Verpflichtung zu erwarten. Diese Frage der Fairness ist in vielen politischen Debatten präsent. Beispielsweise könnte die Frage der Flexibilisierung des Rentenalters in Bezug auf die Schwere der Berufe unter dem Gesichtspunkt des erwarteten Beitrags des Einzelnen zur Erfüllung der Aufgaben des Staates und der Gesellschaft diskutiert werden. 62

Analog zur Diskussion über die für die Verantwortung für sich selbst erforderlichen Kompetenzen (wie oben, Rn. 35) wirft die Bestimmung der relevanten "Kräfte" (d. h. Fähigkeiten) auch moralische Fragen auf. Es ist wichtig zu wissen, welche Arten und welcher Umfang von Fähigkeiten vorausgesetzt werden, oder, anders ausgedrückt, welche Fähigkeiten als "normal" angesehen werden. Diese Bestimmung ermöglicht es dann, zwischen Individuen zu unterscheiden, die nicht in der Lage sind, und solchen, die nicht bereit sind (aber theoretisch dazu beitragen könnten), die Aufgaben zu erfüllen. 63

Diese Debatte über "Normalität" ist mit der allgemeinen Diskussion über die Definition von Behinderung und den gesellschaftlichen Annahmen über Kapazitismus und Validismus (engl. ableism, von dem Adjektiv able) verbunden. In dieser Hinsicht zwingt uns die Definition, welche Stärken 64

(Fähigkeiten) als Standardposition gelten, dazu, die Konturen dieser Normalität und ihre Relevanz bei der Auslegung der sozialen Verantwortung "nach Kräften" in Art. 6 BV zu klären.

65 Diese Beschränkung auf diejenigen, die sich in einer Fähigkeitssituation befinden, löst jedoch nicht die schwierige Frage, wie viel von ihnen erwartet wird. Art. 6 BV scheint auf einem allgemeinen Abstufungsprinzip zu beruhen, das besagt, dass je mehr Kräfte (Fähigkeiten) ein Individuum hat, desto mehr wird von ihm erwartet, dass er zu den gemeinsamen Aufgaben beiträgt. Die Untergrenze wird durch das Vorhandensein von Fähigkeiten definiert. Gibt es eine Obergrenze für dieses Prinzip? Soll jeder Einzelne "so viel wie möglich" beitragen (keine Obergrenze) oder umgekehrt "bis zu X" (X ist die Obergrenze)? Die Festlegung einer Obergrenze wäre eine Antwort auf die Kritik an überzogenen Forderungen, die gegen Art. 6 BV vorgebracht werden kann. Generell berührt diese Frage ein komplexes Problem der Moraltheorie, bei dem es darum geht, den angemessenen Anteil zu bestimmen, der von Individuen erwartet wird, die mit einer allgemeinen Herausforderung (wie z. B. dem Klimawandel) konfrontiert werden. Die Komplexität ergibt sich insbesondere aus der Tatsache, dass das, was von einem bestimmten Individuum erwartet wird, vom Verhalten anderer Individuen abhängen kann.

IV. SCHLUSSFOLGERUNG

66 Dieser Kommentar bietet einen strukturierten Zugang zum Inhalt von Art. 6 BV, dessen Auslegung die Mobilisierung von Ressourcen aus der Rechtstheorie und der politischen Philosophie erfordert. Auch wenn die direkte rechtliche Tragweite von Art. 6 BV nach Ansicht der Mehrheit der Lehre bescheiden ist, beruht seine Orientierungs- und Integrationsfunktion in der Verfassungsordnung auf einer notwendigen Klärung der Begriffe Freiheit und Verantwortung (für natürliche Personen, aber potenziell auch für juristische Personen). In dieser Hinsicht kristallisiert die Auslegung von Art. 6 BV die Vorannahmen und Erwartungen heraus, die an die in einer Gesellschaft lebenden Individuen formuliert werden. Ihre Existenz erfordert eine immer wieder neue normative Klärung, wie zum Beispiel die Überlegung, ob bestimmte individuelle Anstrengungen zumutbar sind. In dieser Hinsicht vereint die vorgeschlagene Auslegung von Art. 6 BV wesentliche Elemente unserer Vorstellung von einem Individuum und den Erwartungen, die in einer

liberalen Gesellschaft an dieses gestellt werden, und erzählt sie in gewisser Weise nach.

Danksagung

Ich möchte den beiden anonymen Reviewern Odile Ammann, Stefan Schlegel, Audrey Boussat und Martine Rouiller für ihre Rückmeldungen zu frühen Versionen des Textes danken.

Über den Autor

Dr. Johan Rochel ist Rechtsphilosoph. Er ist derzeit Forscher am Collège des Humanités (EPFL), spezialisiert auf Recht und Ethik der Technologien, und Lehrbeauftragter an der Universität Freiburg (Rechtsphilosophie) und der Universität Lausanne (Internet Governance). Er ist außerdem dem Ethikzentrum der Universität Zürich angegliedert. Er ist Doktor der Rechtswissenschaften der Universität Freiburg und besitzt zwei Masterabschlüsse der Universität Bern (politische Philosophie und Recht). Er war von 2018 bis 2023 Verfassungsrat des Kantons Wallis. Kontakt: johan.rochel@gmail.com

EMPFOHLENE WEITERFÜHRENDE LEKTÜRE

Audard Catherine, Qu'est-ce que le libéralisme ? Ethique, politique, société, Paris 2009.

Bertschi Martin/Gächter Thomas, Schöne Worte? Zur Eignung der Präambel, des Zweckartikels und des Appells an die Verantwortung als Leitlinien staatlichen Handelns, in: Bertschi Martin/Gätcher Thomas, Neue Akzente in der "nachgeführten" Bundesverfassung, Zürich 2000, pp. 3-32.

Biaggini Giovanni, Verfassungsreform in der Schweiz – Die neue schweizerische Bundesverfassung vom 18. April 1999 im Zeichen von «Verfassungsnachführung» und Verfassungspolitik, ZöR 1999, pp. 433-474.

Chatton Gregor T., Vers la pleine reconnaissance des droits économiques, sociaux et culturels, Zürich et al. 2013.

Gächter Thomas, Selbstverantwortung als verfassungsrechtliche Grundannahme – Bedeutung, Ausprägungen, Schranken, Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung und berufliche Vorsorge, 2018, pp. 693–706.

Häberle Peter, Das Menschenbild im Verfassungsstaat, 4. éd., Berlin 2008.

Haldemann Frank, Verantwortung als Verfassungsprinzip: Die Schweizerische Verfassungsordnung im Spannungsfeld der Verantwortungsethik, Diss., Zürich 2003.

Kley Andreas, Grundpflichten Privater im schweizerischen Verfassungsrecht, Diss., St. Gallen 1989.

Koch Markus, Eigenverantwortung als staatsrechtliches Problem, Diss., Luzern 2004.

Nussbaum Martha, Women and Human Development: The Capabilities Approach, Cambridge 2000.

Pärli Kurt, Das Kreuz mit der Selbstverantwortung, Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung und berufliche Vorsorge, 62/2018, pp. 707-722.

Richli Paul, Staatsziele, Staatsaufgaben und Staatsverwaltung – Streifzug durch neue Kantonsverfassungen und durch den Luzerner Verfassungsentwurf, ZBJV Lucerne 2004, pp. 801 ss.

Riemer-Kafka Gabriela, Die Pflicht zur Selbstverantwortung: Leistungskürzungen und Leistungsverweigerungen zufolge Verletzung der Schadensverhütungs- und Schadensminderungspflicht im schweizerischen Sozialversicherungsrecht, Fribourg 1999.

Saladin Peter, Verantwortung als Staatsprinzip, Bern et al. 1984.

Schweizer Rainer J., Bürgerpflichten im Recht der Kantone, in: Rüssli et al. (éd), Festschrift für Tobias Jaag, 2012.

Sen Amartya, Human Rights and Capabilities, Journal of Human Development 6(2), 151-166, 2005.

Winiger Benedict et al., (éd.), Recht und Verantwortung/Droit et responsabilité, Stuttgart, 2012.

LITERATURVERZEICHNIS

AGILE, Handicap et politique, 2021, https://www.agile.ch/_files/ugd/3b62ac_b03291ee1aa6459292da3c902985ff9c.pdf?index=true, consulté le 16.5.2023.

Aubert Jean-François, Droits et devoirs de l'homme et du citoyen : une symétrie ?, RDAF 1997 I, 1 ss.

Audard Catherine, Qu'est-ce que le libéralisme ? Ethique, politique, société, Paris 2009.

Bertschi Martin/Gächter Thomas, Schöne Worte? Zur Eignung der Präambel, des Zweckartikels und des Appells an die Verantwortung als Leitlinien staatlichen Handelns, in: Bertschi Martin/Gätcher Thomas, Neue Akzente in der "nachgeführten" Bundesverfassung, Zürich 2000, pp. 3-32.

Besson Samantha, La Constitution de la société civile, Revue fribourgeoise de jurisprudence, no spécial, 2005.

Biaggini Giovanni, Kommentierung zu Art. 6, in: Biaggini Giovanni, BV-Kommentar, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. éd., Zürich 2017.

Chatton Gregor T., Art. 6, in Martenet Vincent et Dubey Jacques, Commentaire romand Constitution fédérale, Bâle 2021.

Conseil fédéral, Message relatif à une nouvelle constitution fédérale du 20 novembre 1996, FF 1997 I, 1 ss.

Gächter Thomas/Renold-Burch Stephanie, Kommentierung zu Art. 6, in: Waldmann Bernhard/ Belser Eva Maria/Epiney Astrid, Basler Kommentar Bundesverfassung, 2015.

Gächter Thomas, Selbstverantwortung als verfassungsrechtliche Grundannahme – Bedeutung, Ausprägungen, Schranken, Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung und berufliche Vorsorge, 2018, pp. 693–706.

Häberle Peter, Kommentierung zu Art. 6, in: Bernhard Ehrenzeller/Benjamin Schindler/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (Hrsg.), St. Galler Kommentar, 3. Auf., Zürich, 2014.

Haldemann Frank, Verantwortung als Verfassungsprinzip: Die Schweizerische Verfassungsordnung im Spannungsfeld der Verantwortungsethik, Diss., Zürich 2003.

Hobbes Thomas, Léviathan, Paris 2000 (parution originale 1651).

Hohl Sabine/Roser Dominik, Stepping in for the Polluters? Climate Justice under Partial Compliance, Analyse und Kritik (33) 2011, pp. 477-500.

Kley Andreas, Grundpflichten Privater im schweizerischen Verfassungsrecht, Diss., St. Gallen 1989.

Mahon Pascal, Art. 6, in: Aubert Jean-François/Mahon Pascal, Petit Commentaire de la Constitution fédérale, Zürich 2003.

Müller Markus, Perspektiven der schweizerischen Rechtsstaatlichkeit, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin/Zelger Ulrich/ Thürer Daniel (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz Zurich, 2020.

Müller Markus, Von Freiheit, Überforderung und Bumerangen, ZBl 123 (2022), pp. 1-2.

Müller Andreas/Adler Tibère (éd.), Etat citoyen et citoyens dans l'Etat, Avenir Suisse, 2015.

Murphy Liam, Moral Demands in Nonideal Theory, Oxford 2000.

Ost François, Droits et devoirs de l'homme, in: Hertig Randall Maya/ Hottelier Michel (Hrsg.), Introduction aux droits de l'homme, Genève et al. 2014.

Piecek Martina/Tabin Jean-Pierre/Perrin Céline/ Probst Isabelle, La normalité en société capacitiste - Une étude de cas (assurance invalidité suisse), SociologieS (en ligne) 2017, https://doi.org/10.4000/sociologies.6412.

Rhinow René, Die Bundesverfassung, 2000.

Rhinow René/Schefer Markus/Uebersax Peter, Schweizerisches Verfassungsrecht, 2016.

Riemer-Kafka Gabriela, Beurteilung des AHV-Erwerbsstatus bei Dreiecksverhältnissen, Urteilsbesprechung 9C_589/2019, Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung und berufliche Vorsorge, 2020.

Robeyns Ingrid/Morten Fibieger Byskov, The Capability Approach, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Edward N. Zalta & Uri Nodelman (eds.), 2023, https://plato.stanford.edu/entries/capability-approach/, consulté le 16.5.2023.

Schmidt Helmut, Auf der Suche nach einer öffentlichen Moral, 4. éd., Stuttgart 1998.

Schweizer Rainer J., Bürgerpflichten im Recht der Kantone, in: Rüssli et al. (éd), Festschrift für Tobias Jaag, Zürich 2012.

Studer Melanie, Sozialhilferechtliche Beschäftigungsverhältnisse: zwischen Subsidiarität, Gegenleistung und Zumutbarkeit, Zürich 2021.

Swaton Sophie, Pour un revenu de transition écologique, Paris 2018.

Waechter Kay, Kooperationsprinzip, gesellschaftliche Eigenverantwortung und Grundpflichten, Der Staat 1999, pp. 279 ss.

Winistörfer Marc M., Die Wirtschaftsfreiheit als Grundlage der Wirtschaftsverfassung in Schmid Jörg (Hrsg.), Grundrecht und Grundsatz im Lichte
der Verfassungsdogmatik und der ökonomischen Theorie, Zürich 2021.

Young Iris Marion, Responsibility and Global Justice: a Social Connection Model, Social Philosophy and Policy 23(1), 2006, pp. 102-130.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 10 BV

Eine Kommentierung von Corina Heri

ZITIERVORSCHLAG

Corina Heri, Kommentierung zu Art. 10 BV, in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (Hrsg.), Onlinekommentar zur Bundesverfassung

Kurzzitat: OK-Heri, art. 10 FC N. XXX

Art. 10 Recht auf Leben und auf persönliche Freiheit

[1] Jeder Mensch hat das Recht auf Leben. Die Todesstrafe ist verboten.

[2] Jeder Mensch hat das Recht auf persönliche Freiheit, insbesondere auf körperliche und geistige Unversehrtheit und auf Bewegungsfreiheit.

[3] Folter und jede andere Art grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Bestrafung sind verboten.

GLIEDERUNG

I. Einführung und Entstehungsgeschichte 121
II. Völkerrechtlicher Kontext 122
III. Persönlicher Schutzbereich 124
IV. Absatz 1: Das Recht auf Leben und das Verbot der Todesstrafe 127
A. Sachlicher Schutzbereich 127
B. Vermittelte Ansprüche 130
1. Abwehransprüche 130
2. Positive Schutzpflichten 133
3. Untersuchungspflichten 140
4. Das Verbot der Todesstrafe 142
V. Absatz 2: Das Recht auf persönliche Freiheit 143
A. Grundlagen 143
B. Sachlicher Schutzbereich 146
1. Recht auf körperliche Integrität 146
2. Bewegungsfreiheit 151
3. Recht auf geistige Unversehrtheit, Selbstbestimmung und Persönlichkeitsentfaltung 157
C. Vermittelte Ansprüche 162
D. Einschränkungen 163
VI. Absatz 3: Das Verbot der Folter 164
A. Grundlagen 164
B. Tragweite 165
C. Vermittelte Ansprüche 171
VII. Das Verbot des Menschenhandels, der Zwangsarbeit und der Sklaverei 172
A. Grundlagen 172
B. Sachlicher Schutzbereich 173
C. Vermittelte Ansprüche 174
Empfohlene weiterführende Lektüre 175
Zur Autorin 176
Literaturverzeichnis 176

I. EINFÜHRUNG UND ENTSTEHUNGSGESCHICHTE

Art. 10 BV schützt elementare Aspekte der Persönlichkeitsentfaltung und der körperlichen und psychischen Integrität: Das Recht auf Leben, das Recht auf persönliche Freiheit und das Verbot der Folter. Betroffen sind **grundlegende Aspekte der menschlichen Existenz**, womit diese Bestimmung als «Grundgarantie zum Schutze der Persönlichkeit» verstanden wird.[318] 1

Mit Art. 10 BV hat der Verfassungsgeber völkerrechtliche Ansprüche und ungeschriebenes Verfassungsrecht in die BV 1999 aufgenommen. Kodifiziert wurden insbesondere **menschenrechtliche Garantien** und die (in der vorhergehenden bundesgerichtlichen Rechtsprechung als **ungeschriebene Verfassungsrechte** anerkannten) Grundrechte auf Leben und persönliche Freiheit. Dass diese Rechte in einer einzelnen Verfassungsbestimmung (Art. 10 BV) kodifiziert wurden, betont die Zusammenhänge zwischen den Teilgehalten. So schützen das Recht auf Leben und das Folterverbot grundlegende Aspekte der körperlichen Integrität und somit der persönlichen Freiheit.[319] Das Verbot der Todesstrafe (Art. 10 Abs. 1 Satz 2 BV) und das Verbot der Folter und jeder anderen Art grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Bestrafung (Art. 10 Abs. 3 BV) machen die Kerngehalte des Rechts auf persönliche Freiheit aus.[320] 2

In den **BV 1848 und 1874** gab es keine Vorläuferbestimmung zum heutigen Art. 10 BV. Implizit weitergeführt wurden mit dieser Bestimmung aber die bisherigen Verbote des Schuldverhafts (Art. 59 Abs. 2 BV 1874) und körperlicher Strafen (Art. 65 Abs. 2 BV 1874).[321] Ferner kannte bereits die erste Bundesverfassung ein Verbot der Todesstrafe für politische Vergehen (Art. 54 BV 1848).[322] 3

Gewisse Teilgehalte des Rechts auf persönliche Freiheit haben ihren Niederschlag nicht in Art. 10 BV, sondern in anderen 4

318. BGE 127 I 6 E. 5a; Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, S. 106; SGK-Schweizer, Art. 10 BV N. 4 f.
319. Botschaft BV 1999 (1996), S. 147.
320. Ibid., S. 147, 149.
321. Ibid., S. 147.
322. Vgl. Biaggini, Art. 10 BV N. 2. In der BV 1874 wurde dieses Verbot – bis zu einer regressiven Teilrevision im Jahr 1879 – vorübergehend auf alle Vergehen ausgedehnt, mit der Ausnahme von Militärstraftaten zu Kriegszeiten (Art. 65 Abs. 1 BV 1874).

Verfassungsbestimmungen gefunden.[323] Art. 10 BV weist entsprechend **Überschneidungen** mit diesen Bestimmungen auf. So haben Kinder und Jugendliche gemäss Art. 11 BV einen Anspruch auf besonderen Schutz ihrer Unversehrtheit. Weitere Teilgehalte wurden im Rahmen des Schutzes der Privatsphäre in Art. 13 BV, der Menschenwürde in Art. 7 BV und der Garantien bezüglich des Freiheitsentzugs in Art. 31 BV kodifiziert.[324]

II. VÖLKERRECHTLICHER KONTEXT

5 Das Recht auf persönliche Freiheit weist Bezüge zu verschiedenen völkerrechtlichen Verträgen auf, insbesondere zu den Menschenrechtsabkommen. Mit seinen unterschiedlichen Teilgehalten vereint Art. 10 BV mehrere eigenständige Menschenrechte. So schützt die **EMRK** das Recht auf Leben (Art. 2 EMRK), die Verbote der Folter (Art. 3 EMRK) und der Sklaverei und der Zwangs- oder Pflichtarbeit (Art. 4 EMRK) und das Recht auf Freiheit und Sicherheit (Art. 5 EMRK) je separat. Ferner schützt Art. 8 EMRK (das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens) verschiedene Teilgehalte des verfassungsrechtlichen Rechts auf persönliche Freiheit, z.B. die körperliche und geistige Unversehrtheit,[325] die Selbstbestimmung,[326] die sozialen Beziehungen[327] und den Kinderwunsch bzw. den Wunsch, kinderlos zu bleiben.[328]

6 Nicht durch den ursprünglichen Text der EMRK abgedeckt ist das **Verbot der Todesstrafe**. Als die EMRK am 4. November 1950 zur Unterzeichnung aufgelegt wurde, galt die Todesstrafe noch nicht allgemein als völkerrechtlich problematisch.[329] Mit dem 6. Zusatzprotokoll zur EMRK, welches 1985 in Kraft trat, haben sich die unterzeichnenden Staaten nachträglich verpflichtet, die Todesstrafe zu Friedenszeiten abzuschaffen. Mit dem 13. Zusatzprotokoll zur EMRK, welches 2003 in Kraft trat, wurde dieses Verbot auch auf

323. Ibid., N. 17.
324. Ibid.; Kley, ZBJV 135/1999, S. 301, 322.
325. EGMR (Grosse Kammer) *S. und Marper gegen das Vereinigte Königreich*, Nrs. 30562/04 und 30566/04, 4.12.2008, N. 66.
326. EGMR *Pretty gegen das Vereinigte Königreich*, Nr. 2346/02, 29.4.2002, N. 61.
327. EGMR (Grosse Kammer) *Paradiso und Campanelli gegen Italien*, Nr. 25358/12, 24.1.2017, N. 159; EGMR *Mikulić gegen Kroatien*, Nr. 53176/99, 7.2.2002, N. 53.
328. EGMR (Grosse Kammer) *A., B. und C. gegen Irland*, Nr. 25579/05, 16.12.2010, N. 212.
329. EGMR *Al-Saadoon und Mufdhi gegen das Vereinigte Königreich*, Nr. 61498/08, 2.3.2010, N. 116.

Kriegszeiten ausgeweitet. Heute gilt das 6. Zusatzprotokoll für alle 46 Mitgliedstaaten des Europarats; auch die Schweiz hat es 1987 ratifiziert.[330] Ausser Armenien und Aserbaidschan haben alle gegenwärtigen Europaratsmitgliedstaaten das 13. Zusatzprotokoll ratifiziert, unter anderem auch die Schweiz.[331] In Anbetracht dieser Entwicklungen wird das Verbot der Todesstrafe in der Lehre als zwingendes regionales[332] Völkerrecht betrachtet, welches z.B. nach einer Kündigung der EMRK oder im Falle eines bewaffneten Konflikts weiterhin Geltung beanspruchen würde.[333]

Auch der **UNO-Pakt II** beinhaltet verschiedene Bestimmungen zum Schutz der persönlichen Freiheit. Relevant sind unter anderem das Recht auf Leben (Art. 6), das Verbot der Folter (Art. 7), das Verbot der Sklaverei und der Zwangs- oder Pflichtarbeit (Art. 8), das Recht auf persönliche Freiheit und Sicherheit (Art. 9), der Anspruch auf menschenwürdige Behandlung im Fall eines Freiheitsentzugs (Art. 10), das Verbot des Schuldverhafts (Art. 11) sowie die Bewegungsfreiheit (Art. 12). Zwar verbietet der UNO-Pakt II die Todesstrafe nicht vollumfänglich, aber ihre Anwendungsmöglichkeiten werden beschränkt (Art. 6 Abs. 2–6). Darüber hinaus gibt es auch im Rahmen dieses Übereinkommens ein Fakultativprotokoll zur Abschaffung der Todesstrafe, welches die Schweiz 1994 ratifiziert hat.[334] Ferner gilt gemäss dem UNO-Menschenrechtsausschuss ein Wiedereinführungsverbot für die 7

330. Protokoll Nr. 6 zur Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten über die Abschaffung der Todesstrafe, in Kraft getreten für die Schweiz am 1.11.1987 (SR 0.101.06 (AS 1987 1807)).
331. Protokoll Nr. 13 zur Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten über die vollständige Abschaffung der Todesstrafe, in Kraft getreten für die Schweiz am 1.7.2003 (SR 0.101.093 (AS 2003 2577)).
332. Dieses Adjektiv bezieht sich hier nur auf die Mitgliedstaaten des Europarates und nicht auf den europäischen Kontinent als solchen, denn in Weissrussland – als Nichtmitglied des Europarats – wurde die Todesstrafe noch nicht abgeschafft. Vgl. hierzu Termacic. Auch im besetzten ukrainischen Gebiet Donezk wird die Todesstrafe weiterhin angeordnet (vgl. hierzu die Anordnung vorläufiger Massnahmen im Fall EGMR *Pinner und Aslin gegen Russland und die Ukraine*, Nrs. 31217/22 und 31233/22, 30.6.2022).
333. Moeckli, Schutz von Person und Persönlichkeit, N. 22; Biaggini, Art. 10 BV N. 15. Zur Definition des zwingenden Völkerrechts, siehe Art. 53 des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge. Für gewisse Autor:innen ist die Idee eines regionalen *ius cogens* tautologisch; andere hingegen bejahen die Möglichkeit des Bestehens solcher Normen (vgl. die Diskussion in Kolb, S. 97).
334. Zweites Fakultativprotokoll vom 15. Dezember 1989 zum Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte zur Abschaffung der Todesstrafe (SR 0.103.22 (AS 1994 2202)).

Todesstrafe; deren Abschaffung kann also nicht rückgängig gemacht werden.[335]

8 Verschiedene Teilgehalte des Art. 10 BV weisen Bezüge zu weiteren regionalen und **internationalen Abkommen** auf. Relevant sind insbesondere die UNO-Antifolterkonvention von 1984,[336] die Europäische Antifolterkonvention von 1987,[337] die Istanbul-Konvention zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt von 2011[338] sowie die Europäischen Strafvollzugsgrundsätze des Europarats.[339]

III. PERSÖNLICHER SCHUTZBEREICH

9 Der Schutz gemäss Art. 10 BV steht allen **lebenden natürlichen Personen** zu, unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit.[340] Bei der Abgrenzung dieses Schutzbereichs, insb. mit Bezug auf den Anfangs- und Endzeitpunkt des menschlichen Lebens, stellen sich verschiedene und teils kontroverse Fragen.

10 Der **Zeitpunkt des Lebensbeginns** wird verfassungs- und menschenrechtlich nicht definiert. Der EGMR hat diese Entscheidung dem staatlichen Ermessen überlassen.[341] Auch das Bundesgericht hat diese Frage noch nicht abschliessend beantwortet, was zu divergierenden Lehrmeinungen führt.[342] Grundsätzliche Akzeptanz findet die Idee, dass die verfassungsmässigen Rechte des künftigen Kindes bereits vor der Geburt eine gewisse (Vor-)Wirkung entfalten können und dass diese spätestens ab dem

335. Generalkommentar Nr. 36 zum Recht auf Leben, CCPR/C/GC/36, 3.9.2019, N. 34.
336. Übereinkommen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe, in Kraft getreten für die Schweiz am 26.6.1987 (SR 0.105).
337. Europäisches Übereinkommen zur Verhütung von Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe, in Kraft getreten für die Schweiz am 1.2.1989 (SR 0.106).
338. Übereinkommen des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt (Istanbul-Konvention), in Kraft getreten für die Schweiz am 1.4.2018 (SR 0.311.35 (AS 2018 1119)).
339. Rec(2006)2.
340. SGK-Schweizer, Art. 10 BV N. 10; Biaggini, Art. 10 BV N. 5; Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, N. 11, 369 f.; Moeckli, Schutz von Person und Persönlichkeit, N. 16 ff; Savioz-Viaccoz, S. 114. Siehe hierzu auch Rütsche, S. 273.
341. EGMR (Grosse Kammer) *Vo gegen Frankreich*, Nr. 53924/00, 8.7.2004, N. 82.
342. Siehe den Überblick in Rütsche, S. 307 ff.; Büchler/Michel, S. 27; BGE 119 Ia 460 E. 12e; Malinverni/Hottelier/Hertig Randall/Flückiger, N. 301–308.

Moment der Geburt zur Anwendung kommen.[343] Eingehender besprochen wird dies in der Folge unter N. 16–17.

Die persönliche Freiheit in Art. 10 Abs. 2 BV kann auch nach dem Tod noch Wirkung entfalten. Es handelt sich nicht um eine eigentliche **«postmortale Grundrechtsträgerschaft»**,[344] sondern um einen zeitlich über den Tod hinauswirkenden Schutz der Selbstbestimmung und konkret der zu Lebzeiten getroffenen Anordnungen über das Schicksal des eigenen Körpers.[345] Der Schutz dieser Entscheidungen geht den Wünschen der Angehörigen vor und weist Bezüge zum Schutz der Menschenwürde (Art. 7 BV) auf.[346] Liegen keine ausdrücklichen Anordnungen der verstorbenen Person vor, sind subsidiär die Wünsche der Angehörigen zu berücksichtigen.[347] Deren Wünsche geniessen den Schutz von Art. 10 Abs. 1 BV[348] sowie einen gewissen menschenrechtlichen Schutz durch Art. 8 EMRK (Recht auf Privat- und Familienleben) und Art. 9 EMRK (Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit).[349] Verlangt wird eine Interessensabwägung im Einzelfall. 11

Die Selbstbestimmung über das Schicksal des eigenen Körpers umfasst auch Entscheidungen bezüglich einer möglichen **Organspende**. Mit der Volksabstimmung vom 15. Mai 2022 wurde in diesem Zusammenhang neu eine «Widerspruchslösung» angenommen. Künftig dürfen nach dem Tod grundsätzlich die Organe und Gewebe jeder Person für Transplantationszwecke entnommen werden, sofern die verstorbene Person ihren *Widerspruch* zu Lebzeiten nicht festgehalten hat und die Angehörigen auch nicht wissen oder vermuten, dass ein solcher vorliegt.[350] Eine ausdrückliche *Zustimmung* zur Organentnahme wird also nicht mehr verlangt. Diese «erweiterte» Widerspruchslösung dürfte weiterhin einen postmortalen 12

343. Büchler/Michel, S. 26; Moeckli, Schutz von Person und Persönlichkeit, N. 19; Savioz-Viaccoz, S. 114. Siehe hierzu auch Rütsche, S. 273 und Art. 119 BV.
344. BSK-Tschentscher, Art. 10 BV N. 47–50.
345. BGE 129 I 173 E. 4; Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, N. 11, 369a; siehe hierzu Tschumy.
346. BGE 129 I 173, 183 f. E 5.3; BSK-Tschentscher, Art. 10 BV N. 47; Christensen/Gächter, S. 156.
347. BGE 127 I 115 E. 4a; BGE 123 I 112 E. 4b.
348. BGE 129 I 173 E. 2.1.
349. Vgl. EGMR *Polat gegen Österreich*, Nr. 12886/16, 20.7.2021 (Obduktion und Organentnahme bei einem frühgeborenen Kind mit einer seltenen Krankheit entgegen den Wünschen der Eltern).
350. Änderung des Bundesgesetzes über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen (Transplantationsgesetz), Vorlage Nr. 656, Volksabstimmung vom 15.5.2022 (mit 60.20% Ja-Anteil).

Schutz der persönlichen Freiheit der verstorbenen Person bieten. Sie bezieht aber die *eigenen* Wünsche der Angehörigen nicht mit ein.[351]

13 **Juristische Personen** sind grundsätzlich nicht Träger der in Art. 10 BV verankerten Grundrechte.[352] Baldegger kritisiert diese ablehnende Haltung der herrschenden Lehre.[353] Anerkannt hat das Bundesgericht die Grundrechtsträgerschaft juristischer Personen bezüglich des Schutzes des guten Rufs bzw. der Ehre,[354] der gegenwärtig aber eher einen Anwendungsfall des Rechts auf Schutz der Privatsphäre gemäss Art. 13 BV darstellt.[355] Ferner können sich auch Personenvereinigungen auf die persönliche Freiheit berufen.[356]

14 Fraglich erscheint, ob auch **Tiere** Grundrechtsträger der persönlichen Freiheit sein können. Obwohl heute deutlich ist, dass Tiere über gewisse Fähigkeiten verfügen, die einst noch ausschliesslich als Teil des Menschseins betrachtet wurden (z.B. Gefühle der Empathie), werden Tiere nicht als verfassungsrechtliche Grundrechtsträger betrachtet.[357] Die Kantone dürfen aber über die grund- und menschenrechtlichen Mindeststandards der BV und der EMRK hinausgehen.[358] So können sie auch nichtmenschlichen Primaten ein eigenes Recht auf Leben sowie auf körperliche und geistige Unversehrtheit einräumen.[359] Hingegen sind Systeme der künstlichen Intelligenz, z.B. humanoide Roboter, nicht für die Grundrechtsträgerschaft geeignet, da ihnen – mindestens gegenwärtig – die erforderlichen menschlichen Emotionen fehlen.[360] Auch das Nichtvorhandensein einer menschähnlichen Verletzlichkeit und Sterblichkeit dürfte hier gegen die Grundrechtsträgerschaft sprechen.[361] Somit erscheint eine Anwendbarkeit auf solche Systeme weder sinnvoll noch erforderlich zu sein.

351. Vgl. hierzu Christensen/Gächter.
352. BGE 88 I 260, S. 272.
353. Baldegger, S. 421–424, mit weiteren Hinweisen.
354. BGE 114 IV 14 E. 2a; Biaggini, Art. 10 BV N. 5.
355. Malinverni/Hottelier/Hertig Randall/Flückiger, Fn. 410.
356. BGE 106 IA 277.
357. Moeckli, Persönlichkeitsschutz, N. 10–12.
358. BGE 121 I 267 E. 3a, mit Hinweisen.
359. BGE 147 I 183 E. 8.3; siehe auch Blattner/Fasel; Glaser.
360. Rochel, S. 83.
361. Vgl. Moeckli, Schutz von Person und Persönlichkeit, N. 12.

IV. ABSATZ 1: DAS RECHT AUF LEBEN UND DAS VERBOT DER TODESSTRAFE

A. Sachlicher Schutzbereich

15 Das Recht auf Leben bildet den **Ausgangspunkt und die Voraussetzung für alle anderen Grundrechte**. Es stellt ein fundamentales Recht dar, welches «die Gesamtheit der biologischen und psychischen Funktionen erfasst, die den Menschen als Lebewesen kennzeichnen».[362] Dieses Recht gehört zu den zwingenden Normen des Völkerrechts und den notstandsfesten Garantien der EMRK.[363]

16 Wie in N. 10 besprochen, lassen die BV und die EMRK den **Zeitpunkt des Lebensbeginns** (und somit den Zeitpunkt des Beginns des verfassungsmässigen Schutzes durch das Recht auf Leben) offen. Der Zeitpunkt, ab welchem der grundrechtliche Schutz des werdenden Lebens beginnt, ist umstritten.[364] Dieser Zeitpunkt kann insbesondere in Bezug auf Schwangerschaftsabbrüche und für Fragen der Fortpflanzungsmedizin und der Gentechnologie von grosser Bedeutung sein.[365] Die herrschende Lehre vertritt heute die Meinung, dass dem vorgeburtlichen Leben ein gewisser verfassungsmässiger Schutz zukommt,[366] obwohl die Natur dieses Schutzes nicht geklärt ist.[367] In diesem Sinne wird vom privatrechtlichen Ansatz, dass das Leben bzw. die Persönlichkeit mit der vollendeten Geburt beginnt, abgewichen.[368] Gemäss Biaggini bestehen eigentliche individualrechtliche Ansprüche zwar erst ab der Geburt, aber die staatlichen Schutzpflichten können bereits vor der Geburt greifen und der Gesetzgeber hat hier einen beträchtlichen Gestaltungsspielraum inne.[369] Hertig Randall/Marquis teilen diese Ansicht und merken dabei an, dass das werdende Leben nicht einer

362. BGE 98 Ia 508 E. 4.b; BGE 136 II 415 E. 3.2. Hierzu auch Malinverni/Hottelier/Hertig Randall/Flückiger, N. 285–287.
363. BGE 136 II 415 E. 3.2; vgl. Art. 15 Abs. 2 EMRK, der nur Abweichungen im Kontext von rechtmässigen Kriegshandlungen zulässt.
364. EGMR (Grosse Kammer) *Vo gegen Frankreich,* Nr. 53924/00, 8.7.2004, N. 82.
365. Siehe Staub zum verfassungsrechtlichen Rahmen der Präimplantationsdiagnostik.
366. Moeckli, Schutz von Person und Persönlichkeit, N. 19; Savioz-Viaccoz, S. 114; Dubey, N. 1168. Siehe hierzu auch Rütsche, S. 273.
367. Rhinow/Schefer/Uebersax, S. 237 f.
368. Art. 31 Abs. 1 ZGB.
369. Biaggini, Art. 10 BV N. 9.

Sache gleichgestellt werden darf.[370] Etwas anders sieht das Tschentscher: Gemäss seiner Auffassung wächst der pränatale Lebensschutz «von der Empfängnis an stetig bis zum voll ausgeprägten Schutzumfang ab der Geburt»; es besteht aber kein Anspruch auf «die Handlungsweisen, die zum Zustand des Lebendigseins hinführen (Zeugung, Geborenwerden)».[371]

17 Die Idee einer gewissen Vorwirkung der Rechte des zukünftigen Kindes auf die pränatale Phase, ohne dabei Ungeborenen ein eigentliches Recht auf Leben zuzuerkennen,[372] erlaubt es dem Gesetzgeber, der Komplexität dieser Fragen und den erforderlichen Interessensabwägungen Rechnung zu tragen. So wird im Bereich des **Schwangerschaftsabbruchs** u.a. dem Selbstbestimmungsrecht der schwangeren Person nachgekommen, indem eine Fristenlösung vorgesehen ist.[373] Das Bundesgericht ist zur Anwendung dieser (strafrechtlichen) Regelung des Schwangerschaftsabbruchs verpflichtet.[374]

18 Die BV legt auch den **Zeitpunkt des Lebensendes** nicht fest. Diesbezüglich wird in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung auf den «Hirntod» abgestellt.[375] Das Bundesgericht hat bereits in den 1970er-Jahren anerkannt, dass es keine lebensunwerten Menschenleben gibt, aber dass der Mensch als tot gelten muss, sobald lebenswichtige Körperfunktionen gänzlich und irreversibel dahinfallen.[376] Die entsprechenden Abgrenzungskriterien seien durch die medizinische Wissenschaft festzulegen; diese stelle unzweideutig auf den Hirntod ab.[377] Eine entsprechende Regelung wurde 2004 in das Transplantationsgesetz aufgenommen: Gemäss Art. 9 Abs. 1 dieses Gesetzes tritt der Tod ein, wenn die menschlichen Hirnfunktionen inklusive jene des Hirnstamms «irreversibel ausgefallen sind».[378] Gewisse Aspekte des Rechts auf Leben wirken sich aber auch nach dem Tod noch aus. So besteht

370. CR-Hertig Randall/Marquis, Art. 10 BV N. 15.
371. BSK-Tschentscher, Art. 10 BV N. 9, 11.
372. Büchler/Clausen, S. 655.
373. Büchler/Michel, S. 20–22. Vgl. Art. 118 ff. StGB für die Regeln über den straflosen Schwangerschaftsabbruch.
374. Art. 118–120 StGB i.V.m Art. 190 BV.
375. BGE 123 I 112; Botschaft BV 1999 (1996), S. 146.
376. BGE 98 Ia 508 E. 3. Siehe hierzu CR-Hertig Randall/Marquis, Art. 10 BV N. 15.
377. BGE 98 Ia 508 E. 3.
378. Bundesgesetz vom 8.10.2004 über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen (Transplantationsgesetz) (SR 810.21).

beispielsweise bei verdächtigen Todesfällen auch nach dem Tod ein grund- und menschenrechtlicher Anspruch auf staatliche Untersuchung.[379]

Gemäss der Botschaft zur Bundesverfassung schützt Art. 10 Abs. 1 Satz 1 «absolut» gegen vorsätzliche Angriffe auf das Leben.[380] Diese Auffassung ist allerdings fragwürdig. Gemäss Biaggini z.B. kann dieses Recht – entgegen der bundesrätlichen Ansicht in der Botschaft zur Bundesverfassung – nicht als absolut verstanden werden, da Tötungen unter gewissen Umständen zulässig sind, z.B. (und unter gewissen Voraussetzungen) im Rahmen von Polizeieinsätzen und Kriegssituationen.[381] Die bundesgerichtliche Praxis scheint diese Ansicht zu bestätigen.[382] Nicht jede absichtliche Tötung stellt eine Grund- oder Menschenrechtsverletzung dar. Das Recht auf Leben kennt **Ausnahmen** für rechtmässige Kriegshandlungen, eine – eng zu verstehende – Ausnahme vom staatlichen Gewaltmonopol für die Notwehr (Art. 15 StGB) sowie eine Regelung für die ausnahmsweise zulässige Tötung durch die Polizei oder das Militär in Extremsituationen.[383] Ferner gibt es absichtliche Tötungen durch Private, die mit keiner staatlichen Grund- oder Menschenrechtsverletzung einhergehen, da die staatlichen Schutz-, Untersuchungs- und Bestrafungspflichten eingehalten wurden. 19

Die Frage der absoluten Geltung eines Rechts erfolgt unabhängig von der Ermittlung seines sachlichen Schutzbereichs.[384] Das Recht auf Leben beansprucht insofern keine absolute Geltung, als es Interessensabwägungen zulässt.[385] Die in der Lehre teils vertretene Position,[386] dass Einschränkungen des Rechts auf Leben gemäss **Art. 36 BV** beurteilt werden sollten, ist aber problematisch. Eine sinngemässe Anwendung dieser Bestimmung ist denkbar, wobei der Ansicht von Hertig Randall und Marquis zuzustimmen ist, dass insbesondere die Anforderungen an das rechtfertigende öffentliche Interesse und die Verhältnismässigkeit nicht ohne weiteres angewendet werden können.[387] Diese Voraussetzungen sind im Hinblick auf die grundlegende Bedeutung 20

379. Siehe N. 37.
380. Botschaft BV 1999 (1996), S. 146; BGE 98 Ia 508 E. 4a.
381. Biaggini, Art. 10 BV N. 11.
382. BGE 136 I 87 E. 4.2.
383. Insgesamt siehe Botschaft BV 1999 (1996), S. 146.
384. Siehe hierzu auch Mavronicola, S. 195 ff.; Gewirth, S. 348 ff.
385. Vgl. hierzu Wicks, S. 81.
386. Hensler, S. 30.
387. CR-Hertig Randall/Marquis, Art. 10 BV N. 28–31.

des Rechts auf Leben restriktiv auszulegen, bzw. es sind besonders hohe Anforderungen daran zu stellen. So darf nicht jedes öffentliche Interesse eine Tötung rechtfertigen, und muss die entsprechende Handlung absolut erforderlich sein.[388]

21 Ferner beanspruchen gewisse Teilgehalte des Rechts auf Leben unzweideutig absolute Geltung. Dies trifft z.B. auf das **Verbot der Todesstrafe** zu.[389] Der Begriff der Todesstrafe bezieht sich auf Todesurteile, die im Rahmen eines Strafverfahrens als Sanktion ausgesprochen werden.[390] Diese sind innerhalb des Europarates[391] absolut verboten (vgl. N. 6), und ihr Verbot stellt Teil des Kerngehalts des Rechts auf Leben dar.[392] In der Schweiz stellt das Verbot der Todesstrafe auch eine materielle Schranke der Verfassungsrevision dar. Die Begründung hierfür ist die zwingende Natur des Verbots, welches in der Lehre teils auch als «regionales» zwingendes Völkerrecht oder europäisches *ius cogens* bezeichnet wird.[393] Es ist somit unzulässig, die Todesstrafe auf dem Weg der Verfassungsrevision wieder einzuführen.[394] Dieses Verbot hätte auch der Gültigerklärung der (bereits im Sammelstadium gescheiterten) Initiative für die Einführung der «Todesstrafe bei Mord mit sexuellem Missbrauch» aus dem Jahr 2010 entgegengestanden.[395]

B. Vermittelte Ansprüche

1. Abwehransprüche

22 Das Recht auf Leben garantiert einen **Abwehranspruch** gegen tödliche staatliche Gewalt.[396] Dies bedeutet nicht, dass jede staatliche Gewaltanwendung mit Todesfolge eine Verletzung dieses Rechts darstellt.

388. Ibid.
389. BGE 136 I 87 E. 4.2.
390. Biaggini, Art. 10 BV N. 12.
391. Das heisst aber nicht, dass die Todesstrafe auf dem europäischen Kontinent nicht mehr ausgeübt wird: Siehe oben, Fn. 15, zur Situation in Weissrussland (als Nichtmitgliedstaat des Europarates) und in den besetzten Teilen der Ukraine. Siehe auch Piras/Breitenmoser, S. 331.
392. Moeckli, Schutz von Person und Persönlichkeit, N. 22.
393. Obwohl die Todesstrafe in gewissen Teilen des europäischen Kontinents weiterhin angeordnet wird (siehe Fn. 15). BGer 2C_750/2020 E. 6.7.2; Piras/Breitenmoser, S. 366; Caroni/Taylan, S. 59.
394. Vgl. Art. 139 Abs. 3 BV; Art. 193 Abs. 4 BV; Art. 194 Abs. 2 BV.
395. BBl 2012 2439; Piras/Breitenmoser, S. 331; Biaggini, Art. 10 BV N. 15.
396. BGE 136 I 87 E. 4.2; BGE 135 I 113 E. 2.1.

Gewaltanwendungen durch die Polizei oder das Militär, inklusive der Schusswaffengebrauch, sind unter strengen Voraussetzungen zulässig, auch wenn sie mit dem Risiko einer Todesfolge einhergehen.[397]

Auf Bundesebene hält das Zwangsanwendungsgesetz (ZAG) die Grundsätze der zulässigen Anwendung **polizeilichen Zwangs** fest. Zwangsanwendungen sind nur nach einer besonderen Ausbildung und nur zur Aufrechterhaltung oder Wiederherstellung eines rechtmässigen Zustandes zulässig und müssen einer strikten Verhältnismässigkeitsprüfung unterzogen werden.[398] Der Einsatz von Waffen muss stets eine *ultima ratio* sein, welche den Anforderungen an den Warnruf und -schuss gerecht werden muss.[399] Konkretisiert hat das Bundesgericht die anwendbaren Grundsätze mit Bezug auf flüchtige Personen, die schwerer Verbrechen verdächtigt werden. Der Schusswaffengebrauch muss in diesen Fällen stets den Umständen angemessen und verhältnismässig sein.[400] Das heisst, dass eine besondere Gefährlichkeit oder Gewaltbereitschaft der fliehenden Person vorliegen muss.[401] Genauer konkretisiert werden diese Voraussetzungen in der kantonalen Gesetzgebung.[402] Daraus folgt, dass Schusswaffen nur zur Verhinderung der Flucht eingesetzt werden dürfen, wenn die flüchtige Person bewaffnet ist oder wenn sie einer Straftat verdächtigt wird, die andere Menschen an Leib, Leben oder Gesundheit verletzt oder gefährdet hat und wenn befürchtet wird, dass dieses Gewaltpotential auch auf der Flucht umgesetzt wird.[403] 23

Die im vorhergehenden Paragrafen beschriebenen Anforderungen folgen auch aus Art. 2 EMRK (bzw. aus der entsprechenden Rechtsprechung des EGMR). Verlangt wird von den Konventionsstaaten ein angemessener (verwaltungs-)rechtlicher Rahmen, der die Umstände beschreibt, bei welchen der **Einsatz von Gewalt und insb. Schusswaffen** durch die 24

397. Moeckli, Schutz von Person und Persönlichkeit, S. 500, N. 24; BGE 136 I 87 E. 4.2. Siehe auch EGMR (Grosse Kammer) *Giuliani und Gaggio gegen Italien*, Nr. 23458/02, 24.3.2011, N. 175–177.
398. Art. 8 und 9 ZAG. Vgl. dazu Zumsteg, Recht auf Leben, S. 21 f.; Malinverni/Hottelier/Hertig Randall/Flückiger, N. 287.
399. Art. 9 Abs. 2 und 3 sowie Art. 10 und 11 ZAG; zum Ganzen Zumsteg, Recht auf Leben, S. 22.
400. BGE 136 I 87 E. 4.4; E. 5.
401. BGE 136 I 87 E. 4.4.
402. Vgl. z.B. N. 17 des Zürcher Polizeigesetzes (PolG) vom 23.4.2007, LS 550.1.
403. BGE 136 I 87 E. 4.4; BGer 6S.400/1994 vom 1.11.1994; BGE 94 IV 5 E. 2b; EGMR (Grosse Kammer) *McCann und andere gegen das Vereinigte Königreich*, Nr. 18984/91, 27.9.1995, N. 212.

Strafverfolgungsbehörden zulässig ist.[404] Es bedarf einer Verhältnismässigkeitsprüfung im Einzelfall, bei der auf die Natur des vermuteten Deliktes sowie auf die Gefährlichkeit der betroffenen Person abgestellt werden muss.[405] Ausserdem muss das nationale Recht bei Polizeieinsätzen für ein System angemessener und wirksamer Schutzmassnahmen gegen Willkür, Gewaltmissbrauch und vermeidbare Unfälle sorgen.[406]

25 Anders als die sog. «Rettungsfolter» (siehe N. 71) gilt der umstrittene **sog. «finale Rettungsschuss» oder «Todesschuss»** in der h.L. unter gewissen Umständen als zulässig. Es geht hier um *absichtliche* Tötungen durch die Sicherheitskräfte. Als Paradebeispiel wird hier der Fall des Churer Amokschützen herangezogen, in dem das Kantonsgericht Graubünden den verantwortlichen Polizeikommandanten freigesprochen hat.[407] Der strafrechtliche Freispruch der handelnden Person bedeutet aber nicht zwingend, dass keine Grund- oder Menschenrechtsverletzung stattgefunden hat. Solche können z.B. aufgrund einer ungenügenden Untersuchung[408] oder eines mangelhaften rechtlichen Rahmens[409] vorliegen. Es gelten ausserdem Anforderungen an die Planung der betreffenden Operation. Die Sicherheitskräfte müssen ausreichend informiert und instruiert werden, so dass dem Recht auf Leben der betroffenen Personen genügend Rechnung getragen werden kann,[410] denn es handelt sich hier um einen gravierenden Eingriff in das Recht auf Leben, welcher nur als ***ultima ratio*** und in akuten Gefährdungssituationen zulässig ist.[411] Hertig Randall und Marquis schliessen

404. EGMR (Grosse Kammer) *Giuliani und Gaggio gegen Italien*, Nr. 23458/02, 24.3.2011, N. 209; EGMR (Grosse Kammer) *Makaratzis gegen Griechenland*, Nr. 50385/99, 20.12.2004, N. 57–59.
405. EGMR (Grosse Kammer) *Nachova und andere gegen Bulgarien*, Nrs. 43577/98 und 43579/98, 6.7.2005, N. 96.
406. EGMR (Grosse Kammer) *Giuliani und Gaggio gegen Italien*, Nr. 23458/02, 24.3.2011, N. 209; EGMR (Grosse Kammer) *Makaratzis gegen Griechenland*, Nr. 50385/99, 20.12.2004, N. 58.
407. KGer GR PKG 2002 Nr. 10, 106 vom 28.02.2002; vgl. hierzu kritisch Moeckli, Persönlichkeitsschutz, N. 17; Giger, S. 97.
408. EGMR *Scavuzzo-Hager und andere gegen die Schweiz*, Nr. 41773/98, 7.2.2006.
409. EGMR (Grosse Kammer) *Nachova und andere gegen Bulgarien* , Nrs. 43577/98 und 43579/98, 6.7.2005, N. 99–102, 109.
410. Ibid., N. 103–105; EGMR (Grosse Kammer) *McCann und andere gegen das Vereinigte Königreich*, Nr. 18984/91, 27.9.1995, N. 201.
411. Moeckli, Persönlichkeitsschutz, N. 17; Kiener/Kälin/Wyttenbach, N. 11, 19; BSK-Tschentscher, Art. 10 BV N. 14; BGE 136 I 87 E. 4.2.

es dabei aus, abstrakt zu definieren, wann eine absichtliche Tötung durch die Sicherheitskräfte *erlaubt* ist. Dies sei mit der philosophischen Ausrichtung dieser Bestimmung bzw. ihrer fundamentalen Natur nicht vereinbar. Für zulässig erachten sie hingegen eine abstrakte Auseinandersetzung mit jenen Situationen, in denen *Gewalt* erlaubt ist, die den Tod bewirken *könnte*.[412] Diese Ansicht ist überzeugend: So wird eine Normalisierung von Tötungen verhindert und wird tödliche Gewalt als *ultima ratio* behandelt.

26 Die Konstellation des Rettungsschusses ist gemäss Moeckli von der Frage zu unterscheiden, ob die Bestimmung bezüglich des Waffeneinsatzes gegen Luftfahrzeuge in Art. 92a Militärgesetz den Abschuss eines entführten Zivilflugzeuges zulassen würde (eines sog. **«Renegade»-Fluges**).[413] In einem solchen (in der Schweiz bisher theoretischen) Fall würden auch Dritte geopfert, womit die Zulässigkeit zu verneinen ist.[414] Tschentscher stimmt dieser Ansicht zu, da die Leben der Passagiere und Besatzungsmitglieder sonst Teil eines «utilitaristischen Kalküls» würden, welches nicht mit der Menschenwürde zu vereinbaren wäre.[415] Bemerkenswert ist diesbezüglich die Botschaft des Bundesrates zu Art. 92a Militärgesetz. Diese führt aus: «Ein solcher Flugzeugabschuss verstösst nicht nur gegen den Kerngehalt des Rechts auf Leben (Art. 10 BV). Eine Abwägung 'Leben gegen Leben', bei welcher der Staat Menschen opfert, um eventuell eine grössere Zahl unschuldiger Menschen zu retten, degradiert die Flugzeugpassagiere zugleich zu Objekten einer staatlichen Handlung und verletzt somit auch die Menschenwürde.»[416]

2. Positive Schutzpflichten

27 Das Recht auf Leben beinhaltet auch **staatliche Schutzpflichten**. Gemäss diesen sog. positiven Verpflichtungen muss der Staat präventive Schutzmassnahmen ergreifen, wenn eine Gefahr für Menschenleben besteht.[417] Diese Verpflichtung bezieht sich auf alle Gefahrenquellen. Sie umfasst unter anderem Bedrohungen durch Einzelpersonen (EGMR, *Osman gegen*

412. CR-Hertig Randall/Marquis, Art. 10 BV N. 32.
413. Bundesgesetz über die Armee und die Militärverwaltung (Militärgesetz) vom 3.2.1995 (SR 510.10). Siehe hierzu Moeckli, Persönlichkeitsschutz, N. 14; vgl. hierzu auch López, S. 43.
414. Moeckli, Persönlichkeitsschutz, N. 14.
415. BSK-Tschentscher, Art. 10 BV N. 14.
416. Botschaft zur Änderung der Rechtsgrundlagen für die Weiterentwicklung der Armee, BBl 2014 6955, 7014 f.; López, S. 43 f.

das Vereinigte Königreich, Verletzung eines minderjährigen Schülers und Tötung seines Vaters durch einen ehemaligen Lehrer),[418] im Rahmen des Gesundheitssystems (EGMR, *Lopes de Sousa Fernandes gegen Portugal*, Tod eines Patienten infolge ärztlicher Nachlässigkeit nach einer Operation),[419] in institutionellen Einrichtungen (EGMR, *Center for Legal Resources im Namen von Valentin Câmpeanu gegen Rumänien*, Tod eines geistig schwer behinderten und HIV-positiven jungen Roma-Mannes in staatlichem Gewahrsam)[420] oder durch Naturkatastrophen (EGMR, *Budayeva und andere gegen Russland*, Versäumnis der Behörden, angesichts des vorhersehbaren Risikos einer tödlichen Schlammlawine die erforderlichen Schutzmassnahmen umzusetzen).[421]

28 Diese Verpflichtung hat **Grenzen**: Der Staat ist «weder verpflichtet noch in der Lage, Gewaltanwendungen unter Privaten gänzlich zu verhindern.»[422] Es handelt sich hier um eine staatliche Handlungspflicht, also um eine Pflicht zum Tätigwerden, und nicht um eine Pflicht, effektiv ein gewisses Resultat zu erreichen.[423] Zudem kann nicht jede denkbare Gefahr für das Leben den Staat dazu verpflichten, Massnahmen zu ergreifen.[424] Ferner steht den Behörden bei der Wahl der konkreten Massnahmen ein Ermessensspielraum zu und es wird bei der Beurteilung auf die Umstände des Einzelfalls abgestellt.[425] Zudem schliesst Art. 10 Abs. 1 BV nicht aus, dass handlungsfähige und umfassend informierte Grundrechtsträger freiwillig in Lebens- oder Gesundheitsrisiken einwilligen können, zum Beispiel in risikovolle medizinische Interventionen.[426]

---

417. BGE 135 I 113 E. 2.2; BGE 139 IV 121 E. 4.6; siehe auch Art. 35 BV. Zum Ganzen, vgl. Malinverni/Hottelier/Hertig Randall/Flückiger, N. 288.
418. EGMR (Grosse Kammer) *Osman gegen das Vereinigte Königreich*, Nr. 23452/94, 28.10.1998, N. 115.
419. EGMR (Grosse Kammer) *Lopes de Sousa Fernandes gegen Portugal*, Nr. 56080/13, 19.12.2017, N. 166 und 190.
420. EGMR (Grosse Kammer) *Center for Legal Resources im Namen von Valentin Câmpeanu gegen Rumänien*, Nr. 47848/08, 17.7.2014, N. 130.
421. EGMR *Budayeva und andere gegen Russland*, Nr. 15339/02 usw., 20.3.2008, N. 129–133.
422. BGE 135 I 113 E. 2.1.
423. EGMR (Grosse Kammer) *Giuliani und Gaggio gegen Italien*, Nr. 23458/02, 24.3.2011, N. 301.
424. EGMR (Grosse Kammer) *Osman gegen das Vereinigte Königreich*, Nr. 23452/94, 28.10.1998, N. 116.
425. BGE 139 IV 121 E. 4.6; EGMR *Nencheva und andere gegen Bulgarien*, Nr. 48609/06, 18.6.2013.
426. BSK-Tschentscher, Art. 10 BV N. 23.

Die staatlichen Schutzpflichten werden anwendbar, sobald die Behörden wissen oder hätten wissen müssen, dass aufgrund krimineller Handlungen Dritter eine **tatsächliche und unmittelbare Gefahr** («real and imminent risk») für das Leben von konkreten (bzw. identifizierten) Personen besteht.[427] Liegt ein solches Risiko vor, müssen die Behörden im Rahmen ihrer Befugnisse jene Massnahmen ergreifen, von denen vernünftigerweise erwartet werden kann, dass sie zur Vermeidung des Risikos führen könnten.[428] Das heisst auch, dass der Staat einen angemessenen ordnungspolitischen Rahmen schaffen und vorbeugende betriebliche Massnahmen ergreifen muss, um das Recht auf Leben zu schützen.[429] Art. 2 EMRK stellt ferner Anforderungen an staatliche Risikoanalysen, verlangt eine kontextbezogene Auseinandersetzung und stellt Minimalanforderungen an den Schutz insbesondere von verletzlichen Personen.[430] Verletzlich sind zum Beispiel Inhaftierte[431] oder die Opfer häuslicher Gewalt.[432] Diese präventiven Schutzansprüche gehen mit staatlichen Untersuchungspflichten einher (siehe unten). 29

Aktuell wird bezüglich der Auswirkungen des **Klimawandels** zunehmend Bezug auf die im Recht auf Leben enthaltenen Schutzpflichten genommen. Im Fall *KlimaSeniorinnen* hat das Bundesgericht festgestellt, dass das Recht auf Leben der Beschwerdeführerinnen durch die gerügten Unterlassungen in der Klimapolitik noch nicht in einem Ausmass bedroht sei, dass von einem hinreichenden Berührtsein i.S.v. Art. 25a VwVG gesprochen werden könnte.[433] Die Frage nach den staatlichen Schutzpflichten gegenüber besonders von Hitzewellen gefährdeten älteren Frauen wurde beim EGMR anhängig gemacht.[434] Der EGMR hat bereits in früheren umweltrechtlichen Fällen, z.B. mit Bezug auf industrielle Katastrophen, die Schutzpflichten bezüglich des 30

427. EGMR (Grosse Kammer) *Osman gegen das Vereinigte Königreich*, Nr. 23452/94, 28.10.1998, N. 116.
428. EGMR (Grosse Kammer) *Mastromatteo gegen Italien*, Nr. 37703/97, 24.10.2002, N. 68; EGMR *Paul und Audrey Edwards gegen das Vereinigte Königreich*, Nr. 46477/99, 14.3.2002, N. 55.
429. EGMR (Grosse Kammer) *Lopes de Sousa Fernandes gegen Portugal*, Nr. 56080/13, 19.12.2017, N. 186–189.
430. EGMR (Grosse Kammer) *Kurt gegen die Türkei*, Nr. 62903/15, 15.6.2021, N. 158–160, 163–164.
431. EGMR *Paul und Audrey Edwards gegen das Vereinigte Königreich*, Nr. 46477/99, 14.3.2002, N. 57.
432. EGMR (Grosse Kammer) *Kurt gegen die Türkei*, Nr. 62903/15, 15.6.2021, N. 163 und 169.
433. BGE 146 I 145 E. 5.1 und E. 5.4. Siehe hierzu Bähr/Brunner, S. 1228; Reich, S. 489.

Rechts auf Leben (Art. 2 EMRK) sowie des Rechts auf körperliche und geistige Integrität (Art. 8 EMRK) angewendet.[435] Hier stellen sich komplexe Fragen u.a. der Kausalität, der Zurechnung an den Staat, der extraterritorialen Geltung von Grund- und Menschenrechten und der Beweislage bezüglich der Unmittelbarkeit der Gefahr. Es gibt aber immer mehr Stimmen, die in den Gesundheitsfolgen des Klimawandels und den Auswirkungen der daraus folgenden Naturkatastrophen eine Verletzung des Rechts auf Leben erblicken.[436] Diese Meinung wird aufgrund der ernsthaften und unumkehrbaren Risiken für Menschenleben, die sich diesbezüglich ergeben, auch hier vertreten. Der UNO-Menschenrechtsausschuss, der in diesem Zusammenhang die ersten internationalen Klimaentscheide gefällt hat, stellte dabei aber hohe Anforderungen an die Unmittelbarkeit der Gefahr. So hat dieser Ausschuss dem Beschwerdeführer im Fall *Teitiota* (wo es um die mögliche klimabedingte Vertreibung des Beschwerdeführers aus dem pazifischen Inselstaat Kiribati ging) eine hohe Beweislast auferlegt. Gleichzeitig hat der Ausschuss prinzipiell anerkannt, dass schwerwiegende Umweltschäden das Recht auf Leben beeinträchtigen können.[437] Im Fall *Billy gegen Australien* aus dem Jahr 2022 wurde dies bestätigt. Auch hier ist der Ausschuss aber zum kontroversen Schluss gekommen, dass noch keine ausreichend dringende Gefahr für das Leben der Beschwerdeführenden vorlag.[438] Im Rahmen der vor dem EGMR hängigen Klimaverfahren wird sich u.U. zeigen, ob der Gerichtshof eine

434. EGMR *Verein KlimaSeniorinnen und andere gegen die Schweiz*, Nr. 53600/20, zur Zeit des Schreibens noch hängig, kommuniziert am 17.3.2021, an die Grosse Kammer des Gerichtshofs abgetreten am 26.4.2022.

435. EGMR (Grosse Kammer) *Öneryıldız gegen die Turkei*, Nr. 48939/99, 30.11.2004, N. 90 und 109.

436. Beispiele findet man in den Minderheitsvoten in den Fällen *Teitiota* (UNO-Menschenrechtsausschuss, *Teitiota gegen Neuseeland*, UN Doc. No. CCPR/C/127/D/2728/2016, 24.10.2019) und *Billy* (UNO-Menschenrechtsausschuss, *Billy und andere gegen Australien*, UN Doc. No. CCPR/C/135/D/3624/2019, 229.2022, N. 4.3–4.7), in den Berichten des UNO-Sonderberichterstatters für Umwelt (UN Doc. Nr. A/74/161, 15.7.2019, N. 28–29), in den Allgemeinen Bemerkungen des UNO-Menschenrechtsausschusses zum Recht auf Leben (UN Doc. No. CCPR/C/GC/35, 9.9.2019, para. 62), und in der Auffassung von innerstaatlichen Gerichten in z.B. den Niederlanden ('Hoge Raad' der Niederlande, *Urgenda gegen die Niederlande*, Urteil vom 20.12.2019, No. 19/00135, ECLI:NL:HR:2019:2006).

437. UNO-Menschenrechtsausschuss, *Teitiota gegen Neuseeland*, UN Doc. No. CCPR/C/127/D/2728/2016, 24.10.2019.

438. UNO-Menschenrechtsausschuss, *Billy und andere gegen Australien*, UN Doc. No. CCPR/C/135/D/3624/2019, 229.2022, N. 4.3–4.7. Vgl. aber die abweichenden Minderheitsvoten verschiedener Mitglieder des Ausschusses.

Verletzung des Rechts auf Leben oder des niederschwelligeren Rechts auf Privat- und Familienleben (Art. 8 EMRK) feststellen wird; diese Fälle dürften die Weichen für spätere Klimafälle – und somit für die entsprechende Auslegung des Rechts auf Leben – stellen.[439]

Aktuell relevant ist das Recht auf Leben ferner im Rahmen von **Pandemien bzw. Epidemien**. Auch in diesem Kontext können staatliche Massnahmen zum Schutz des Lebens erforderlich sein.[440] Im Rahmen der COVID-19-Pandemie haben z.B. Kiener und Moeckli argumentiert, dass das Recht auf Leben und das Recht auf körperliche Integrität den Staat dazu verpflichten, die Bevölkerung – und insbesondere besonders gefährdete Personen – vor dem Virus zu schützen und die Überlastung des Gesundheitswesens zu verhindern.[441] Die Verhältnismässigkeit der grundrechtlichen Auswirkungen der entsprechend getroffenen Schutzmassnahmen wird in der Lehre aber unterschiedlich bewertet.[442] Gemäss Moeckli handelt es sich hier um ein «geradezu lehrbuchmässiges Beispiel einer Grundrechtskollision» zwischen den Freiheitsrechten und dem Recht auf Leben und physische Integrität.[443] 31

Das Recht auf Leben beinhaltet **keine Pflicht zum Leben**.[444] Die staatlichen Schutzpflichten des Art. 10 Abs. 1 BV finden ihre Grenzen im Recht auf Selbstbestimmung; das Recht auf persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) schützt somit auch ein Recht auf Sterben bzw. auf Suizid.[445] Gleichzeitig ist der Staat aber dazu verpflichtet, verletzliche Personen vor lebensbedrohlichen Risiken zu schützen, die von ihnen selbst ausgehen. Das heisst, dass die Behörden dazu verpflichtet sind, Suizide zu verhindern, wenn die Entscheidung dazu nicht frei und in Kenntnis der Konsequenzen getroffen wurde.[446] Suizide, in welche nicht deutlich und urteilsfähig eingewilligt 32

439. Insb. der Fall EGMR *Verein KlimaSeniorinnen und andere gegen die Schweiz*, Nr. 53600/20, zur Zeit des Schreibens noch hängig, kommuniziert am 17.3.2021, an die Grosse Kammer des Gerichtshofs abgetreten am 26.4.2022.
440. Moeckli, Schutz von Person und Persönlichkeit, N. 32.
441. Kiener/Moeckli, S. 19.
442. Siehe z.B. Kaufmann/Senn, S. 181; Zumsteg, Verwaltungsgericht.
443. Moeckli, Grundrechte in Zeiten von Corona, S. 237. Siehe dazu auch Bernard, S. 131.
444. BSK-Tschentscher, Art. 10 BV N. 9.
445. Belser/Egli, S. 398; Biaggini, Art. 10 BV N. 10, 23; BSK-Tschentscher, Art. 10 BV N. 42; Galetti, S. 54.
446. EGMR *Haas gegen die Schweiz*, Nr. 31322/07, 20.1.2011, N. 54; mit Verweis auf EGMR, *Keenan gegen das Vereinigte Königreich*, Nr. 27229/95, 3.4.2001, N. 91. Siehe auch EGMR (Grosse Kammer) *Fernandes de Oliveira gegen Portugal*, Nr. 78103/14, 31.1.2019, N. 108.

wurde, sowie öffentliche Suizide, die Dritte tangieren könnten, sind durch den Staat zu verhindern.[447]

33 Auch urteilsfähige inhaftierte Personen sind Träger des Rechts auf selbstbestimmtes Sterben.[448] Die Inhaftierung begründet ein **Sonderstatusverhältnis**, bei dem besondere staatliche Schutz- und Fürsorgepflichten gelten. Versuchen Inhaftierte, sich das Leben aus Verzweiflung über die Inhaftierung – und nicht aufgrund von autonomen Handlungsmotiven – zu nehmen, greift die Schutzpflicht.[449] Bei verletzlichen Inhaftierten ist diese Schutzpflicht besonders akut. So hat der EGMR im Fall *S.F. gegen die Schweiz* eine Verletzung des Rechts auf Leben (Art. 2 EMRK) festgestellt, nachdem ein schutzbedürftiger Inhaftierter vierzig Minuten lang unbewacht in einer Polizeizelle festgehalten worden war und sich während dieser Zeit das Leben genommen hatte.[450] Entschliesst sich eine urteilsfähige inhaftierte Person hingegen dafür, sich aus selbstbestimmten Beweggründen das Leben zu nehmen, gibt es in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung Anhaltspunkte dafür, dass die Justizvollzuganstalten – wie jede andere gemeinnützige, staatlich subventionierte Einrichtung – den begleiteten Suizid in ihren Räumlichkeiten zu dulden haben, wobei sie keine eigentliche Sterbehilfe leisten müssen.[451] In der Lehre wird teils argumentiert, dass das Recht auf Sterben mit unterschiedlichen öffentlichen Interessen konkurrieren könne, die das Selbstbestimmungsrecht temporär überwiegen könnten. So warnen z.B. Urwyler und Noll davor, dass eine assistierte Suizidhilfe bei haftmüden Inhaftierten als verkappte Todesstrafe wahrgenommen werden könnte.[452] Sie sprechen sich für eine Unterteilung in zwei Fallgruppen aus. So sollen terminal kranke Inhaftierte unter denselben Bedingungen wie die allgemeine Bevölkerung Zugang zur Sterbehilfe erhalten; diese Ansicht wird auch hier vertreten. Bei Inhaftierten, deren Sterbewunsch mit den psychischen Auswirkungen des Freiheitsentzugs zu tun hat, sollen hingegen Sperrfristen, eine ausreichende therapeutische Versorgung und strikte

447. BSK-Tschentscher, Art. 10 BV N. 42 f.

448. Brägger, S. 5.

449. Brägger, S. 11. Siehe auch EGMR (Grosse Kammer) *Fernandes de Oliveira gegen Portugal*, Nr. 78103/14, 31.1.2019, N. 115. Vgl. ferner EGMR *Mikayil Mammadov gegen Azerbaijan*, Nr. 4762/05, 17.12.2009, N. 115.

450. Vgl. hierzu EGMR *S.F. gegen die Schweiz*, Nr. 23405/16, 306.2020; BGE 147 I 494.

451. BGE 142 I 195 E. 6, zu Pflegeanstalten; Brägger/Zangger (S. 420) weiten dies auch auf den Justizvollzug aus. Siehe auch Brägger, S. 11.

452. Urwyler/Noll, N. 31.

Verfahrensbedingungen zum Zug kommen.[453] Hier wird die Ansicht vertreten, dass die besonderen Schutzpflichten des Staates gegenüber verletzlichen Inhaftierten – aber nicht der Sühnegedanke oder Strafzweck[454] – in diesem Zusammenhang entscheidend sein müssen.

Besondere Fragen stellen sich im Zusammenhang mit **Inhaftierten im Hungerstreik**. Bei urteilsunfähigen Personen können Massnahmen wie z.B. eine Zwangsernährung durchgeführt werden, um ihr Leben bzw. ihre Gesundheit zu schützen.[455] Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann eine Zwangsernährung u.U. aber auch bei überzeugten und urteilsfähigen Hungerstreikenden geboten sein.[456] Ein Teil der Lehre übt vehemente Kritik an dieser Rechtsprechung, da sie den Willen der Hungerstreikenden missachtet.[457] Der EGMR hat die Zwangsernährung urteilsfähiger Hungerstreikender jedoch unter gewissen Voraussetzungen als zulässig erachtet.[458] Verlangt wird dabei, dass die Zwangsernährung medizinisch notwendig ist, dass die entsprechenden Verfahrensgarantien eingehalten werden, und dass die Art der Zwangsernährung nicht gegen Art. 3 EMRK verstösst.[459] Gleichzeitig liegt gemäss der neueren Rechtsprechung keine staatliche *Verpflichtung* zur Zwangsernährung vor, wenn die Betroffenen ihren Hungerstreik aus freiem Willen durchführen und ausreichend über die Risiken und die verfügbaren Behandlungsformen informiert werden.[460] 34

Anders als die aktive Sterbehilfe ist die **Suizidhilfe** (oder «passive Sterbehilfe») in der Schweiz – sofern keine «selbstsüchtigen Beweggründe» (Art. 115 StGB) vorliegen – straflos.[461] Kritisch zu beurteilen sind die regulatorischen Lücken in diesem Bereich, insbesondere für die organisierte Suizidhilfe durch Sterbehilfeorganisationen und für Sterbewillige 35

453. Ibid., N. 28 und N. 32–33.
454. Diskutiert in ibid., mit Verweisen.
455. BGer 5A_1021/2021 vom 17.12.2021 E. 5.6.2. (bezüglich einer Beschwerdeführerin, die seit ihrem 11. Lebensjahr an chronischer Anorexia nervosa leidet).
456. BGE 136 IV 97 E. 6.3.3. und E. 6.3.4.
457. Brägger, S. 10; 'Fehlurteil des Jahres: Entscheid zur Zwangsernährung', Plädoyer 1/2011, 82; anders Müller, S. 293.
458. Siehe dazu EGMR *Rappaz gegen die Schweiz*, Nr. 73175/10, 26.3.2013, N. 49–51.
459. EGMR *Nevmerzhitsky v. Ukraine*, Nr. 54825/00, 5.4.2005, N. 94.
460. EGMR *Ünsal und Timtik gegen die Türkei*, Nr. 36331/20, 8.6.2021, N. 37.
461. BSK-Tschentscher, Art. 10 BV N. 44.

ohne tödliche Krankheiten.[462] Eine Kammer des EGMR hat diesen Zustand bereits 2013 im Fall *Gross* bemängelt. Das entsprechende Urteil wurde durch die Grosse Kammer wieder aufgehoben, weil dem Gerichtshof der zwischenzeitige Tod der Beschwerdeführerin verheimlicht worden war, was als Missbrauch des Individualbeschwerderechts erachtet wurde.[463] Allgemein hat der EGMR festgehalten, dass die EMRK kein Recht auf Sterbehilfe garantiert.[464]

3. Untersuchungspflichten

36 Das Recht auf Leben verpflichtet den Staat dazu, die **effektive Aufklärung und Verfolgung von Tötungsdelikten** zu gewährleisten.[465] Zum Schutz dieses Rechts muss der Staat auf Vermutungen reagieren, dass eine rechtswidrige Tötung stattgefunden hat. Im strafrechtlichen Kontext bedeutet diese Untersuchungspflicht, dass beim Verdacht auf einen Verstoss gegen das Tötungsverbot eine Verpflichtung zur Strafverfolgung besteht.[466]

37 Die EMRK stellt in diesem Zusammenhang hohe **Anforderungen an die innerstaatliche Untersuchung**. Ursprünglich formuliert wurden diese Verpflichtungen für Todesfälle unter staatlicher Gewalteinwirkung;[467] heute gelten sie auch für andere Situationen, in denen eine Person lebensbedrohliche Verletzungen erleidet oder unter gewalttätigen oder verdächtigen Umständen stirbt oder verschwindet.[468] Verlangt wird dabei eine Untersuchung von Amtes wegen,[469] die unabhängig sein muss.[470] Diese

462. Belser/Egli, S. 418; BSK-Tschentscher, Art. 10 BV N. 46; Malinverni/Hottelier/Hertig Randall/Flückiger, N. 316.
463. EGMR *Gross gegen die Schweiz*, Nr. 67810/10, 14.5.2013, N. 67, aufgehoben durch das Urteil der Grossen Kammer vom 30.9.2014. Siehe zu diesem Fall die Debatte zwischen Minelli und Entenza.
464. EGMR *Lings gegen Dänemark*, Nr. 15136/20, 12.4.2022, N. 52.
465. Malinverni/Hottelier/Hertig Randall/Flückiger, N. 291, 298.
466. Zumsteg, Recht auf Leben, S. 21, mit Verweis auf Art. 7 Abs. 1 StPO, Art. 52–55 StGB.
467. EGMR (Grosse Kammer) *McCann und andere gegen das Vereinigte Königreich*, Nr. 18984/91, 27.9.1995, N. 161. Vgl. dazu Chevalier-Watts.
468. EGMR (Grosse Kammer) *Salman gegen die Türkei*, Nr. 21986/93, 27.6.2000, N. 104–105; EGMR (Grosse Kammer) *Nachova und andere gegen Bulgarien*, Nr. 43577/98 und 43579/98, 6.7.2005, N. 110. Siehe zu dieser Entwicklung Skinner, Kapitel 5.
469. EGMR (Grosse Kammer) *Al-Skeini und andere gegen das Vereinigte Königreich*, Nr. 55721/07, 7.7.2011, N. 165.
470. EGMR (Grosse Kammer) *Mustafa Tunç und Fecire Tunç gegen die Türkei*, Nr. 24014/05, 14.4.2015, N. 222–224.

Untersuchung muss dazu fähig sein, (a) festzustellen, ob die fragliche Gewalt gerechtfertigt war, (b) die Verantwortlichen zu identifizieren und (c) gegebenenfalls zur Bestrafung zu führen.[471] Die Behörden müssen alle verhältnismässigen Schritte unternehmen, um Beweise zu sichern, und ihre Schlussfolgerungen müssen auf einer vollständigen, objektiven und unparteiischen Analyse aller relevanten Elemente beruhen.[472] Ferner muss die Untersuchung für die Familie des Opfers zugänglich sein, soweit dies zur Wahrung ihrer Interessen erforderlich ist.[473] Liegen die fraglichen Ereignisse ganz oder grösstenteils in der Macht der Behörden, z.B. weil die betroffene Person sich zum massgeblichen Zeitpunkt im Freiheitsentzug befand, findet eine Beweislastumkehr statt. In solchen Fällen wird von den Behörden eine Erklärung für Verletzungen und Todesfälle verlangt, welche sich in der Haft ereigneten.[474]

Die staatlichen Untersuchungspflichten erfordern grundsätzlich ein **Tätigwerden** und stellen keine Pflicht dar, ein gewisses Ergebnis bzw. eine Verurteilung zu erreichen.[475] Ferner gilt die Verfolgungs- und Bestrafungspflicht nicht absolut. Aus sachlichen Gründen, wie bei staats- oder kriminalpolitischen Interessen, kann auch davon abgesehen werden. So können aus besonderen Gründen z.B. Amnestiegesetze zulässig sein, auch wenn diese zur Folge haben, dass Tötungsdelikte ungesühnt bleiben.[476] 38

Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung reicht es im Falle einer unbeabsichtigten Tötung oder einer fahrlässigen Lebensgefährdung durch die Behörden aus, wenn den Opfern bzw. ihren Angehörigen kein strafrechtliches, sondern ein **verwaltungsrechtliches Verfahren** zur Verfügung steht. Solche Verfahren müssen die allfällige staatliche Haftung feststellen können und dazu in der Lage sein, eine angemessene Entschädigung zuzusprechen.[477] Auch gemäss der Rechtsprechung des EGMR 39

471. EGMR (Grosse Kammer) *Armani Da Silva gegen das Vereinigte Königreich*, Nr. 5878/08, 30.3.2016, N. 243.
472. Ibid., N. 233–234.
473. Ibid., N. 235.
474. EGMR (Grosse Kammer) *Salman gegen die Türkei*, Nr. 21986/93, 27.6.2000, N. 100.
475. EGMR (Grosse Kammer) *Lopes de Sousa Fernandes gegen Portugal*, Nr. 56080/13, 19.12.2017, N. 221 («not an obligation of result but of means»). Siehe auch EGMR (Grosse Kammer) *Armani Da Silva gegen das Vereinigte Königreich*, Nr. 5878/08, 30.3.2016, N. 233.
476. BGE 135 I 113 E. 2.2; E. 4.3.5.
477. BGE 146 IV 76 E. 4.2.

können nicht-strafrechtliche[478] Verfahren den Untersuchungspflichten nach Art. 2 EMRK genügen.[479] Begrüssenswert ist dieser Ansatz insofern, als er überzeugende Alternativen zu einer menschenrechtlichen «Verurteilungskultur» schafft, die das Strafrecht als Mittel zum Menschenrechtschutz bevorzugt.[480] In der Schweiz hat dies jedoch die bedauernswerte Auswirkung, dass Privatklägern im Rahmen von Strafverfahren gegen Beamte gemäss der «Star-Praxis» des Bundesgerichts die Legitimation zur Beschwerde in Strafsachen abgesprochen wird.[481]

4. Das Verbot der Todesstrafe

40 Wie oben unter N. 6 dargelegt wurde, gilt das Verbot der Todesstrafe als **zwingendes regionales Völkerrecht**.[482]

41 Das Verbot der Todesstrafe beinhaltet auch ein **Verbot der Auslieferung oder Ausschaffung** in Drittstaaten, in denen die Möglichkeit besteht, dass die Todesstrafe beantragt, ausgesprochen oder verhängt werden könnte.[483] Bestehen ausreichende Anhaltspunkte (gemäss dem BGer reicht «toute risque» aus;[484] gemäss dem EGMR muss ein «real risk» vorliegen[485]) dafür, dass der betroffenen Person z.B. nach der Auslieferung im Rahmen der internationalen Zusammenarbeit in Strafsachen die Todesstrafe drohen könnte, darf sie nicht ausgeliefert werden. Möglich wird die Auslieferung bzw. Ausschaffung erst, wenn die Zusicherung eingeholt wurde, dass bei der konkret betroffenen Person die Todesstrafe weder verlangt noch ausgesprochen noch verhängt werden wird.[486] Eine ähnliche Regelung gilt im Rahmen des Folterverbots: das *non-refoulement*-Gebot verbietet die Ausschaffung in Staaten, in denen Folter oder eine andere Art grausamer und unmenschlicher Behandlung oder Bestrafung droht.[487] Diese beiden Verbote

478. Der EGMR verwendet diesbezüglich den autonomen Begriff der «civil proceedings», der sowohl verwaltungsverfahren wie zivilrechtliche Verfahren umfassen kann (EGMR (Grosse Kammer), *Bochan gegen die Ukraine (No. 2)*, Nr. 22251/08, 5.2.2015, N. 43).
479. EGMR (Grosse Kammer) *Nicolae Virgiliu Tănase gegen Rumänien*, Nr. 41720/13, 25.6.2019, N. 159.
480. Pinto, S. 161 ff.
481. Oehen; Sturm, S. 137; BGE 146 IV 76 E. 4.2.
482. Moeckli, Schutz von Person und Persönlichkeit, N. 22; Biaggini, Art. 10 BV N. 15.
483. BGE 130 II 217 E. 8.8.
484. Ibid.
485. EGMR *Kaboulov gegen die Ukraine*, Nr. 41015/04, 19.11.2009, N. 99.
486. Ibid; BSK-Tschentscher, Art. 10 BV N. 31.

überschneiden sich insofern, als das Abwarten der Umsetzung eines Todesurteils eine Verletzung des Folterverbots darstellen kann.[488]

V. ABSATZ 2: DAS RECHT AUF PERSÖNLICHE FREIHEIT

A. Grundlagen

Das Recht auf persönliche Freiheit stellt auch nach der Kodifizierung in Art. 10 Abs. 2 BV und der Aufnahme gewisser Teilaspekte dieses Rechts in andere Verfassungsbestimmungen «das grundlegende Freiheitsrecht» und eine «Grundgarantie zum Schutze der Persönlichkeit» dar.[489] Dieses Recht soll den Rechtsträgern ein **Mindestmass an persönlichen Entfaltungsmöglichkeiten** garantieren und stellt somit gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung «das grundlegende Freiheitsrecht» dar.[490] Hiermit werden die Bedingungen für die wirksame Ausübung anderer Freiheiten geschützt.[491] 42

Art. 10 Abs. 2 BV nennt ausdrücklich drei **geschützte Teilbereiche** der persönlichen Freiheit: Die körperliche Unversehrtheit, die geistige Unversehrtheit und die Bewegungsfreiheit. Diese Aufzählung ist jedoch nicht abschliessend. Art. 10 Abs. 2 BV umfasst als Auffanggrundrecht ferner alle weiteren elementaren Freiheiten, die zur Entfaltung der Persönlichkeit und zum Schutz der Menschenwürde notwendig sind.[492] Der Schutzbereich der persönlichen Freiheit wird anhand der Umstände des Einzelfalls sowie der Art und Intensität der Beeinträchtigung abgegrenzt.[493] Das Bundesgericht definiert die einzelnen Teilgehalte der persönlichen Freiheit somit im Einzelfall, wobei es einen Bagatellvorbehalt anwendet, welcher die Anwendbarkeit dieser Bestimmung auf elementare Aspekte der Persönlichkeitsentfaltung einschränkt.[494] Das heisst, dass in der Schweiz 43

487. Vgl. Art. 25 Abs. 3 BV; hierzu N. 100.
488. Gemäss dem psychischen Leiden, welches auch als das sog. Todeszellensyndrom (Engl. «death row phenomenon») beschrieben wird. Vgl. hierzu EGMR *Soering gegen das Vereinigte Königreich*, Nr. 14038/88, 7.7.1989, insb. N. 81 und N. 111.
489. BGE 127 I 6 E. 5a.
490. Ibid.
491. BGE 90 I 29 E. 3a.
492. BGE 133 I 110 E. 5.2.2; BGE 134 I 214 E. 5.1.
493. BGE 120 Ia 147 E. 2a.
494. BGE 134 I 214 E. 5.1; BGE 118 Ia 427 E. 4b, BSK-Tschentscher, Art. 10 BV N. 32–33.

«nicht jede noch so nebensächliche Wahl- oder Betätigungsmöglichkeit des Menschen» geschützt ist; Art. 10 Abs. 2 bietet keinen grundrechtlichen Schutz einer «allgemeinen Handlungsfreiheit», auf die man sich gegen jeden staatlichen Akt berufen kann, der die persönliche Lebensgestaltung tangiert.[495] Auch schützt die persönliche Freiheit «nicht vor jeglichem physischen oder psychischen Missbehagen».[496] In diesem Sinne hat das Bundesgericht etwa die Verbote des Windsurfens auf dem Sihlsee oder des Befahrens eines Teils des Zürichsees vom Schutzbereich der persönlichen Freiheit ausgeschlossen.[497]

44 Gewisse Teilgehalte des früheren, ungeschriebenen Schutzes der persönlichen Freiheit wurden nicht in Art. 10 BV, sondern in anderen Verfassungsbestimmungen kodifiziert. So können **Überschneidungen** zwischen Art. 10 BV und Art. 11 BV (Schutz der Kinder und Jugendlichen), Art 13 BV (Schutz der Privatsphäre), Art. 7 BV (Menschenwürde) oder Art. 31 BV (Verfahrensgarantien bei Freiheitsentzug) auftreten.[498] Gemäss Schweizer spielt Art. 10 Abs. 2 BV die Rolle eines (subsidiären) Auffanggrundrechts.[499] Laut Biaggini darf dies jedoch nicht bedeuten, dass diese Bestimmung völlig verdrängt wird, wenn eine Grundrechtskonkurrenz vorliegt.[500] Baumann bestreitet in diesem Sinne die Subsidiarität der in Art. 10 Abs. 2 BV ausdrücklich genannten Teilgehalte.[501] Bezüglich der Abgrenzung von Art. 10 Abs. 2 und Art. 13 Abs. 1 BV hat das Bundesgericht anerkannt, dass eine klare Trennung der Schutzbereiche schwierig ist und die Doktrin sich «nicht um eine klare Abgrenzung bemüht».[502] Gleichzeitig hat es betont, dass Art. 10 Abs. 2 BV «in unmittelbarerer Weise die Integrität des Menschen in ihren verschiedenen Erscheinungsformen betrifft», als es der Schutz der Privatsphäre in Art. 13 Abs. 1 BV tut.[503] In der neueren Rechtsprechung

495. BGE 101 Ia 336 E. 7a; BGE 127 I 6 E. 5a; BSK-Tschentscher, Art. 10 BV N. 33 f. Anders das Deutsche Grundgesetz, Art. 2 Abs. 1 (vgl. dazu Baumann, S. 507).
496. BGE 132 I 49 E. 5.2.
497. BGE 108 Ia 59 E. 4a; BGE 130 I 369 E. 2.
498. Biaggini, Art. 10 BV N. 17; BGE 127 I 6 E. 5a.
499. SGK-Schweizer, Art. 10 BV N. 9, mit Verweis auf BGE 136 I 87 E. 8.1; Biaggini, Art. 10 BV N. 17, mit Verweis auf BGE 128 II 259 E. 3.2. Siehe auch BGE 138 IV 13 E. 7.1; SGK-Schweizer, Art. 10 BV N. 9; Baumann, Das Grundrecht der persönlichen Freiheit, S. 44.
500. Biaggini, Art. 10 BV N. 17.
501. Baumann, S. 507.
502. BGE 127 I 6 E. 5a.
503. Ibid.

bezüglich der Beschaffung und Weitergabe von persönlichkeitsnahen Daten hat das Bundesgericht eine genaue Abgrenzung unterlassen und stattdessen festgehalten, dass die beiden Schutzbereich sich überschneiden.[504]

Die Abgrenzung zwischen Art. 10 Abs. 2 BV und dem **Schutz der Unversehrtheit der Kinder und Jugendlichen gemäss Art. 11 BV** hat das Bundesgericht offengelassen. Deutlich ist, dass sich diese beiden Bestimmungen überschneiden und die grundrechtliche Verankerung des Schutzes der Unversehrtheit von Kindern und Jugendlichen dieses Anliegen für verfassungsrechtlich vordringlich erklären soll.[505] Dementsprechend beinhaltet Art. 11 BV eine «Präzisierung zur persönlichen Freiheit»,[506] die das Kindeswohl besonders in den Vordergrund stellt und die Beurteilung der Intensität oder Verhältnismässigkeit eines Grundrechtseingriffs (Art. 36 Abs. 1 und 3 BV) beeinflussen kann.[507] 45

Anders ausgestaltet ist das System der EMRK. Dort bezieht **Art. 8 EMRK** (Schutz des Privat- und Familienlebens), das Gegenstück zu Art. 13 BV, den Schutz der körperlichen und physischen Integrität in den Schutz des Privatlebens mit ein.[508] Im Kontext der EMRK spielt der Schutz des Privat- und Familienlebens die Rolle des Auffanggrundrechts gegenüber verschiedenen Konventionsrechten, z.B. Art. 2 EMRK (Recht auf Leben) und Art. 12 EMRK (Recht auf Ehe).[509] 46

504. BGE 138 I 331 E. 5.1.
505. BGE 126 II 377 E. 5c.–f.; VGer ZH AN.2021.00015 vom 8.12.2021 E. 4.1; BGer 2C_115/2021 vom 21.2.2022 E. 1.3.2; CR-Gavillet, Art. 11 BV N. 10.
506. Koller, S. 664.
507. Biaggini, Art. 11 BV N. 4, mit Verweisen auf Koller, S. 664; BGE 126 II 377 E. 5c; BGE 127 I 6 E. 5a.
508. EGMR (Grosse Kammer) *A., B. und C. gegen Irland*, Nr. 25579/05, 16.12.2010, N. 212; EGMR (Grosse Kammer) *S. und Marper gegen das Vereinigte Königreich*, Nrs. 30562/04 und 30566/04, 4.12.2008, N. 66.
509. Siehe diesbezüglich EGMR *Cordella und andere gegen Italien*, Nrs. 54414/13 und 54264/15, 24.1.2019 (bezüglich der Auswirkungen der schädlichen Emissionen eines Stahlwerks auf die Umwelt und die Gesundheit der Beschwerdeführenden) und EGMR (Grosse Kammer) *Fedotova und andere gegen Russland*, Nrs. 40792/10, 30538/14 und 43439/14, 17.1.2023 (bezüglich der positiven Verpflichtung zur rechtlichen Anerkennung und zum Schutz von gleichgeschlechtlichen Paaren).

B. Sachlicher Schutzbereich

1. Recht auf körperliche Integrität

47 Das Recht auf körperliche Integrität (oder körperliche Unversehrtheit) ist ein zentrales Element der Menschenwürde und schützt den menschlichen Körper grundsätzlich vor jeglicher Einwirkung.[510] Um von Art. 10 Abs. 2 BV erfasst zu werden, müssen körperliche Einwirkungen **kein Mindestmass an Schaden oder Schmerz** erreichen.[511] Wie Malinverni, Hottelier, Hertig Randall und Flückiger zu Recht feststellen, ist keine staatliche Einwirkung auf den Körper denkbar, welche die persönliche Freiheit nicht auf irgendeine Art tangiert.[512] Auch schmerzlose oder medizinisch gerechtfertigte Einwirkungen greifen somit in die persönliche Freiheit ein, wobei der Einwilligung der betroffenen Person bei der Beurteilung der Grundrechtskonformität eine zentrale Rolle zukommt (siehe unten).[513]

48 Unter den **Begriff des «Körpers»** fallen gemäss Hertig Randall und Marquis auch Gegenstände, die am Körper festgemacht sind, wie z.B. Prothesen.[514] Die Kleidung stellt hingegen nicht Teil des Körpers dar und in der Lehre ist strittig, ob das Abtasten des Körpers durch die Kleidung erfasst ist.[515] Hier wird die Ansicht vertreten, dass auch solche Berührungen in den Schutzbereich des Art. 10 Abs. 2 BV fallen müssen, und zwar nicht nur wenn sie den Intimbereich betreffen. Ähnliches muss für Kontakte z.B. mit Handschuhen gelten, wenn der Schutz der körperlichen Integrität nicht ausgehöhlt werden soll. Schliesslich besteht in diesem Zusammenhang keine Mindestschwelle bezüglich der Art oder Intensität des Kontakts.

49 In den Schutzbereich des Rechts auf körperliche Integrität fallen gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung **staatliche Massnahmen** wie z.B. Blutentnahmen,[516] Impfobligatorien,[517] die Fluoridierung des Leitungswassers,[518] die Zwangsernährung,[519] Wangenschleimhautabstriche zur Erfassung von

510. Malinverni/Hottelier/Hertig Randall/Flückiger, N. 344.
511. BGE 99 Ia 747 E. 2; BGE 118 Ia 427 E. 4a.
512. Malinverni/Hottelier/Hertig Randall/Flückiger, N. 344.
513. BGE 118 Ia 427, 434; Biaggini, Art. 10 BV N. 20.
514. CR- Hertig Randall/Marquis, Art. 10 BV N. 38.
515. Vgl. Dubey, N. 1290; CR- Hertig Randall/Marquis, Art. 10 BV Fn. 152; BSK-Tschentscher, Art. 10 BV N. 51; BGE 140 I 2 E. 10.3.
516. BGE 124 I 80; BGE 89 I 92.
517. BGE 99 Ia 747 E. 2. Siehe hierzu Langer.

DNA-Profilen[520] die Zwangsrasur,[521] die Aufnahme von Fingerabdrücken oder Fotografien[522] und auch die Entnahme von wenigen Kopfhaaren zwecks einer Drogen- oder Alkoholtestung.[523] Hingegen hat das Bundesgericht die Frage offengelassen, ob die Anordnung einer Urinprobe in den Schutzbereich der persönlichen Freiheit falle, da diese Massnahme die Betroffenen lediglich dazu verpflichte, «eine kleine Menge eines vom Körper ohnehin ausgeschiedenen Stoffes zur Untersuchung abzuliefern.»[524] In der Lehre wird teilweise dafür plädiert, dass auch solche Massnahmen in den Schutzbereich des Art. 10 Abs. 2 BV fallen müssen, da sie den selbstbestimmten Willen der betroffenen Person umgehen.[525] Für diese Meinung spricht wiederum die Tatsache, dass kein Minimum an Schädigung oder Schmerzzufügung verlangt wird, damit das Recht auf körperliche Unversehrtheit tangiert ist.[526] Gleichzeitig ist anzumerken, dass es hier Überschneidungen mit dem Schutz der informationellen Selbstbestimmung als Teilgehalt von Art. 13 Abs. 2 BV gibt, wenn es um die mittels der Urinprobe gewonnenen Informationen geht.[527]

Gemäss Schweizer werden auch lästige, aber **berührungslose Einwirkungen**, etwa durch Lärm oder Rauch, vom Schutz der körperlichen Integrität erfasst.[528] Ein eigentlicher Kontakt mit dem menschlichen Körper ist hierfür nicht erforderlich, womit Umweltbeeinträchtigungen wie Rauch- oder Lärmemissionen ebenfalls in den Schutzbereich von Art. 10 Abs. 2 BV fallen können.[529] Eine etwas andere Abgrenzung macht Tschentscher: Er 50

518. BGer vom 29.6.1990, ZBl 1991, 25 ff.
519. BGE 136 IV 97 E. 6.3.
520. BGE 128 II 259 E. 3.2.
521. BGE 112 Ia 161 E. 3b.
522. BGE 120 Ia 147 E. 2a.
523. Entscheid des Bundesgerichts vom 19.12.1995 in EuGRZ 1996 470 f.; BGer 6B_689/2020 vom 22.12.2020 E. 2.3 f. Insgesamt siehe Biaggini, Art. 10 BV N. 20.
524. BGer vom 04.01.1983, in: ZBl 85/1984, 45 f.
525. Junod/Baud/Broers/Schmitt-Koopmann/Simon, S. 331, mit Verweis auf CR-Hertig Randall/Marquis, Art. 10 BV N. 40. Siehe hierzu auch Dubey, N. 1283.
526. BGE 99 Ia 747 E. 2; BGE 118 Ia 427, 434.
527. BGE 144 IV 127 E. 2.1.
528. SGK-Schweizer, Art. 10 BV N. 23.
529. Malinverni/Hottelier/Hertig Randall/Flückiger, N. 344; SGK-Schweizer, Art. 10 BV N. 23, mit Verweisen auf BGE 133 I 110 E. 5.2.3; BGE 118 Ia 427 E. 4b; BGE 104 Ia 480 E. 4a. Siehe auch EGMR *Lopez Ostra gegen Spanien*, Nr. 16798/90, 9.12.1994, N. 34 ff.; EGMR *Cordella gegen Italien*, Nrs. 54414/13 und 54264/15, 24.1.2019.

argumentiert, dass jegliche Berührung bereits in den Schutzbereich des Rechts auf körperliche Unversehrtheit fällt; hingegen würden berührungslose Massnahmen wie z.B. Fotografien unter den Schutz der Privatsphäre gemäss Art. 13 BV fallen.[530]

51 Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung können leichte Eingriffe in die körperliche Integrität, bei denen kein Schmerz und keine Verletzungen zugefügt werden (vgl. dazu N. 47 – kein Mindestmass an Schaden oder Schmerz) gleichzeitig **schwere Eingriffe in die informationelle Selbstbestimmung** als Teilgehalt des Art. 13 Abs. 2 BV darstellen. Das gilt z.B. für die Entnahme eines Wangenschleimhautabstrichs oder die Abnahme von Fingerabdrücken. Dies hat das Bundesgericht unter Einbezug des «Kontrollpotenzials» von DNA-Profilen anerkannt.[531]

52 Wichtig für die Beurteilung von **medizinischen Eingriffen** wie zum Beispiel einer Blutentnahme[532] ist, ob die Zustimmung der betroffenen Person vorliegt.[533] Damit eine gültige Zustimmung erfolgen kann, müssen Patienten vollständige und verständliche Informationen zur betreffenden Entscheidung und zu ihrer persönlichen Situation erhalten haben. Wird keine Zustimmung eingeholt, liegt grundsätzlich immer ein schwerer Eingriff in die persönliche Freiheit vor.[534]

53 Bei ärztlichen **Zwangsbehandlungen**, wie einem Impfzwang, einer obligatorischen Zahnuntersuchung oder einem Röntgenzwang, wird die körperliche Unversehrtheit grundsätzlich immer beeinträchtigt.[535] Dies trifft auch dann zu, wenn die Behandlung die körperliche oder geistige Unversehrtheit wiederherstellen soll.[536] Patienten haben ein Recht, umfassend über medizinische Eingriffe aufgeklärt zu werden, und müssen selber frei entscheiden können, ob sie sich einer Behandlung unterziehen möchten. Auch handlungsunfähige Patienten verfügen über dieses Recht, sofern sie in Bezug auf die fragliche Behandlung urteilsfähig sind.[537] Der Wille

530. BSK-Tschentscher, Art. 10 BV N. 51.
531. BGE 147 I 372 E. 2.3 ff.
532. BGE 124 I 80 E. 2c.
533. Biaggini, Art. 10 BV N. 20; SGK-Schweizer, Art. 10 BV N. 28; BGE 136 V 117 E. 4.2.2.1; BGE 126 I 112 E. 3a–E. 3c; Aebi-Müller.
534. BGer 2C_451/2020 vom 9.6.2021 E. 6.2.3.
535. Vgl. BGE 104 Ia 486 E. 4a (Röntgen); BGE 99 Ia 749 (Schutzimpfung gegen Diphterie); BGE 118 Ia 427 E. 4b (Schulzahnpflegegesetz); BSK-Tschentscher, Art. 10 BV N. 52.
536. BGE 114 Ia 350 E. 5; BGE 99 Ia 749 E. 2; BGE 118 Ia 427 E. 4b.

von urteilsfähigen Minderjährigen ist in diesem Zusammenhang ebenfalls zu respektieren.[538]

Im Rahmen der COVID-19 Pandemie wurde die grundrechtliche Zulässigkeit einer allgemeinen **Impfpflicht** diskutiert. Zu unterscheiden ist zwischen unverhältnismässigen, mit physischem Zwang durchgesetzten Impfzwängen, zulässigen Impfempfehlungen und u.U. zulässigen Impfobligatorien.[539] Da Impfobligatorien einen Eingriff in die persönliche Freiheit gemäss Art. 10 Abs. 2 BV darstellen, müssen sie den Anforderungen von Art. 36 BV genügen.[540] Auch der EGMR vertritt die Ansicht, dass sich Impfobligatorien rechtfertigen lassen, um den Schutz der Gesundheit der Bevölkerung und insbesondere von verletzlichen Personen zu garantieren; Staaten haben in Gesundheitsfragen einen weiten Ermessensspielraum inne.[541] 54

Bei **urteilsunfähigen Patienten** dürfen medizinische Interventionen nur mit der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters und zum «unmittelbaren Nutzen» des Betroffenen erfolgen.[542] So können Interventionen bezüglich Personen mit schweren psychischen Störungen auch ohne ihre Einwilligung erfolgen, wenn die Behandlung zur Abwendung eines ernsten gesundheitlichen Schadens erforderlich ist und ausreichende Aufsichtsmassnahmen getroffen werden.[543] Bei gewissen Interventionsformen an urteilsunfähigen Patienten fragt es sich jedoch, ob die körperliche Selbstbestimmung ein absolut höchstpersönliches und somit vertretungsfeindliches Recht darstellt.[544] Zu denken ist hier beispielsweise an Genitaloperationen an intersexuellen 55

537. BGE 114 Ia 350 E. 6; BGE 118 Ia 427 E. 4b.
538. SGK-Schweizer, Art. 10 BV N. 28, mit Verweis auf BGE 134 II 235 E. 4.1. Siehe hierzu z.B. Jungo/Reidy, S. 241.
539. Vokinger/Rohner, S. 266; Molo, S. 36; siehe auch Art. 22 und 6 Abs. 2 lit. d EpG und Art. 38 Abs. 3 Satz 2 EpV.
540. Ibid.
541. EGMR (Grosse Kammer) *Vavřička und andere gegen die Tschechische Republik*, Nrs. 47621/13, 3867/14 und 73094/14, 8.4.2021.
542. SGK-Schweizer, Art. 10 BV N. 28; Art. 6 Abs. 1, 2 und 3 der Oviedo-Konvention (Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin, in Kraft getreten für die Schweiz am 1.11.2008 (SR 0.810.2)). Etwas anders gelagert ist das Konstrukt der «hypothetischen Einwilligung», die ärztlich ermittelt werden kann (BGE 133 III 121 E. 4.1.3). Siehe hierzu auch BGE 114 Ia 350 E. 7b/bb.
543. SGK-Schweizer, Art. 10 BV N. 28; Art. 7 der Oviedo-Konvention (N. 225); BGE 127 I 6 E. 9a.
544. Art. 19c ZGB. Zu medizinischen Interventionen als Eingriff in vertretungsfreundliche relativ höchstpersönliche Rechte, siehe BGE 114 Ia 350 E. 7.b.bb. Insgesamt vgl. Büchler/Michel, S. 97.

Kindern.[545] Überzeugend ist diesbezüglich das Argument, dass solche Eingriffe erst stattfinden dürfen, wenn das Kind altersmässig sinnvollerweise die Entscheidung mitverantworten konnte.[546]

56 Das Recht auf **Selbstbestimmung** bezüglich der körperlichen Integrität beinhaltet das Recht auf reproduktive Selbstbestimmung (siehe N. 75) und schützt unter anderem die Rechte von trans* und nichtbinären Personen.[547] Art. 8 EMRK ist verletzt, wenn für die rechtliche Anerkennung des Namens und des Geschlechts von trans* Personen vorausgesetzt wird, dass sich die betroffene Person bestimmten operativen Eingriffen unterzogen hat.[548] Die Schweizer Gerichte waren dieser relativ jungen und begrüssenswerten Entwicklung der Strassburger Rechtsprechung teilweise voraus;[549] eine entsprechende Änderung des Zivilgesetzbuches kam aber erst später.[550] Art. 8 EMRK ist ebenso verletzt, wenn geschlechtsangleichende Operationen von der endgültigen Sterilisierung der betroffenen Person abhängig gemacht werden.[551]

57 Das Recht auf körperliche Selbstbestimmung bezieht sich nicht nur auf medizinisch notwendige Eingriffe, sondern auch auf **freiwillige und ästhetische Eingriffe** wie z.B. auf Tätowierungen, Piercings oder Blutspenden.[552] Dementsprechend stellen Verbote solcher Eingriffe Einschränkungen des Rechts auf körperliche Integrität dar.[553] Auch hier zeichnet sich die Wichtigkeit der Einwilligung der betroffenen Personen in körperliche Eingriffe ab. So dürften unfreiwillige Eingriffe dieser Art eine Verletzung von Art. 10 Abs. 3 BV darstellen.

---

545. Balzaretti, S. 143 f., mit Hinweis auf Art. 5 der Oviedo-Konvention (N. 225).
546. Balzaretti, S. 143 f.; Sandberg, S. 338.
547. SGK-Schweizer, Art. 10 BV N. 38.
548. EGMR *X. und Y. gegen Rumänien*, Nrs. 2145/16 und 20607/16, 19.1.2021, N. 158–167.
549. Z.B. OGer ZH NC090012/U vom 1.2.2011 E. 3.6 (nicht veröffentlicht, ZKE 2012 S. 55 ff.). Siehe hierzu Büchler/Cottier, S. 876.
550. Art. 30b des Schweizerisches Zivilgesetzbuches vom 10.12.1907 (SR 210), eingefügt durch Ziff. I des Bundesgesetzes vom 18.12.2020 (Änderung des Geschlechts im Personenstandsregister), in Kraft seit 1.1.2022 (AS 2021 668; BBl 2020 799).
551. EGMR *Y.Y. gegen die Türkei*, Nr. 14793/08, 10.3.2015, N. 100–122. Siehe hierzu Büchler/Cottier, S. 876.
552. Egger, S. 286.
553. Kiener/Kälin/Wyttenbach, N. 12; Moeckli, Schutz von Person und Persönlichkeit, N. 44; Wälty, S. 10.

2. Bewegungsfreiheit

Auch als «**droit d'aller et de venir**» beschrieben,[554] schützt die Bewegungsfreiheit – analog zu Art. 31 BV, Art. 5 EMRK, und Art. 9 und 11 UNO-Pakt II – in erster Linie vor ungerechtfertigten Freiheits*beschränkungen* und Freiheits*entzügen*. Dieser räumliche Aspekt stellt den ältesten Teilgehalt des Rechts auf persönliche Freiheit dar, und ihr Ursprung lässt sich bis auf die Magna Charta (1215) zurückführen.[555] Die Unterscheidung zwischen Freiheitsentzügen und blossen Beschränkungen der Bewegungsfreiheit ist in diesem Zusammenhang von entscheidender Bedeutung, da bei Freiheitsentzügen verschiedene Verfahrensrechte zum Zug kommen.[556] 58

Als **Freiheits*entzug*** wird jede staatliche Massnahme verstanden, «durch die jemand gegen oder ohne seinen Willen an einem bestimmten, begrenzten Ort für [eine] gewisse Dauer festgehalten wird».[557] Berücksichtigt werden verschiedene Kriterien, unter anderem die Art und Weise der Durchführung, die Dauer, das Ausmass und die Intensität der Massnahme und ihre Auswirkungen auf die betroffene Person.[558] Diese Definition trifft auf Verhaftungen, den Strafvollzug, Verwahrungen und stationäre Therapiemassnahmen, die (ausländerrechtliche) Administrativhaft und Zwangseinweisungen in Anstalten zu.[559] Auch Asylsuchende, welche tagelang im Transitbereich eines Flughafens festgehalten werden, befinden sich im Freiheitsentzug.[560] 59

Art. 5 EMRK beinhaltet eine abschliessende Auflistung der zulässigen Gründe für den Freiheitsentzug. Um staatlicher Willkür vorzubeugen, sind diese Gründe eng auszulegen.[561] Ausgangspunkt für die unabhängige und graduelle konventionsrechtliche Unterscheidung zwischen Freiheitsentzügen und -beschränkungen sind die Umstände des Einzelfalls. Zur Abgrenzung des 60

554. BGE 113 Ia 257 E. 4b; Baumann, ZBl 2004, 505 ff.
555. Baumann, S. 508.
556. Vgl. hierzu Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, S. 507, N. 47–50.
557. BGE 123 II 193 E. 3b.
558. Ibid., in Anlehnung an die Lehre und Rechtsprechung zu Art. 5 EMRK.
559. Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, S. 110, N. 354, Biaggini, Art. 10 BV N. 19, mit Verweisen auf BGE 133 I 270 E. 2.2 (Untersuchungshaft), BGE 140 IV 1 E. 3.2.4 (Verwahrung), BGE 142 I 135 E. 1.1.2 (Administrativhaft).
560. BGE 123 II 193 E. 3b.
561. EGMR (Grosse Kammer) *El-Masri gegen die frühere jugoslawische Republik Mazedonien*, Nr. 39630/09, 13.12.2012, N. 230.

Freiheitsentzugs von der Freiheitsbeschränkung berücksichtigen der EGMR und das Bundesgericht eine Reihe von Faktoren wie etwa die Art, Dauer, Auswirkungen und Durchführungsmodalitäten der betreffenden Massnahme.[562]

61 Für Diskussionen sorgt in diesem Zusammenhang der **Hausarrest** gemäss Art. 23o des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit (BWIS).[563] Anwendbar ist diese Bestimmung gegenüber sog. «terroristischen Gefährderinnen oder terroristischen Gefährdern» gemäss Art. 23e Abs. 1 BWIS, also auf Personen, bei welchen «aufgrund konkreter und aktueller Anhaltspunkte davon ausgegangen werden muss, dass sie oder er eine terroristische Aktivität ausüben [werden]».[564] Die gesetzgebenden Behörden waren bemüht, diese Bestimmung von einer Präventivhaft bzw. einem Freiheitsentzug abzugrenzen.[565] Dennoch dürfte es sich bei diesen Massnahmen um einen Freiheitsentzug und nicht um eine blosse Freiheitsbeschränkung handeln.[566] Somit sind die entsprechenden verfahrensrechtlichen Garantien auch in diesem Zusammenhang anwendbar. Diese Ansicht ist im Einklang mit der Rechtsprechung des EGMR, gemäss welcher der Hausarrest (angesehen seines Ausmasses und seiner Intensität) als Freiheitsentzug im Sinne von Art. 5 EMRK gilt.[567] Es ist ferner höchst fragwürdig, ob ein entsprechender Freiheitsentzug EMRK-konform umgesetzt werden könnte. Art. 5 Abs. 1 lit. c EMRK lässt präventive Freiheitsentzüge zwar zu, aber gemäss dem EGMR erlaubt dies «keine allgemeine Präventionspolitik gegen Personen, die von den Behörden als gefährlich (...) wahrgenommen werden».[568] Ermöglichen soll diese Bestimmung die

562. EGMR *Tommaso gegen Italien* (GK), Nr. 43395/09, 23.2.2017, N. 80; BGE 136 I 87 E. 6.5.3.
563. Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit (BWIS) (SR.120), Fassung gemäss Ziff. I, Abs. 1 des BG vom 25.9.2020 über polizeiliche Massnahmen zur Bekämpfung von Terrorismus, in Kraft seit 1.6.2022 (AS 2021 565; 2022 300; BBl 2019 4751).
564. Art. 23e Abs. 1 BWIS.
565. Botschaft zum Bundesgesetz über polizeiliche Massnahmen zur Bekämpfung von Terrorismus vom 22.5.2019, 19.032, S. 4777.
566. Coninx, S. 185. Vgl. hierzu Donatsch, Umgang mit gefährlichen Personen, N. 10; Donatsch, Gesicherte Unterbringung, S. 61.
567. EGMR (Grosse Kammer) *Buzadji gegen die Republik Moldawien*, Nr. 23755/07, 5.7.2016, N. 104–105.
568. EGMR (Grosse Kammer) *Kurt gegen Österreich*, Nr. 62903/15, 15.6.2021, N. 186, eigene Übersetzung.

Verhinderung von konkreten Straftaten, und der Freiheitsentzug darf entsprechend nicht länger als einige Stunden dauern.[569]

Ein Freiheitsentzug stellt stets einen schweren Eingriff in die persönliche Freiheit dar und bedarf triftiger Gründe.[570] Dementsprechend sind Freiheitsentzüge nur als *ultima ratio* zulässig, wenn keine mildere Massnahme zur Verfügung steht.[571] Dies gilt insbesondere bei Minderjährigen.[572] Ferner muss eine solche Massnahme gemäss Art. 36 Abs. 1 Satz 2 BV in einem Gesetz im formellen Sinn vorgesehen sein.[573] Gemäss dem EGMR vermag eine analoge Anwendung von Gesetzesbestimmungen eine Gesetzeslücke in diesem Zusammenhang nicht zu schliessen.[574] Dies gilt mindestens dann, wenn keine ständige Rechtsprechung besteht, welche für Rechtssicherheit sorgen und vor Willkür schützen kann.[575] 62

Auf Personen im Freiheitsentzug sind stets die **Verfahrensrechte** aus Art. 31 BV, Art. 5 EMRK und Art. 9 UNO-Pakt II anwendbar.[576] Unter anderem gilt der Gesetzes- und der Richtervorbehalt aus Art. 31 Abs. 1 und 3 BV. Ferner bietet das Folterverbot gemäss Art. 10 Abs. 3 BV, Art. 5 EMRK und Art. 7 UNO-Pakt II auch im Freiheitsentzug Schutz vor menschenunwürdigen Behandlungs- und Bestrafungsformen. 63

Einschränkungen der Bewegungsfreiheit, die nicht einem Freiheits*entzug* (gem. N. 59) gleichkommen, können eine **Freiheits***beschränkung* darstellen.[577] Dieser Begriff ist auf Einschränkungen von sehr kurzer Dauer anwendbar.[578] In der Rechtsprechung wird eine vierstündige Unterbringung in einer Zelle bereits als Freiheitsentzug gesehen,[579] wobei in der strafrechtlichen Praxis des Bundesgerichts schon nach drei Stunden ein entschädigungsbedürftiger 64

569. Ibid.
570. BGE 135 I 71 E. 2.3; SGK-Schweizer, Art. 10 BV N. 33.
571. BGE 135 I 71 E. 2.3.
572. Für die Untersuchungshaft: BGE 142 IV 389 E. 4.3.3. Für die ausländerrechtliche Administrativhaft: EGMR *R.M. und andere gegen Frankreich*, Nr. 33201/11, 12.7.2016, N. 70; EGMR *M.D. und A.D. gegen Frankreich*, Nr. 57035/18, 22.7.2021, N. 71.
573. BGE 128 I 184 E. 2.1; Biaggini, Art. 10 BV N. 20.
574. EGMR *I.L. gegen die Schweiz*, Nr. 72939/16, 3.12.2019, N. 49–57.
575. Ibid., N. 49–57; siehe aber BGE 146 I 115 E. 2.6.
576. Baumann, S. 520.
577. Vgl. zu den Abgrenzungskriterien oben, N. 60. Siehe auch BGE 136 I 87 E. 6.5.3.
578. Baumann, S. 513–514, macht hier eine Analogie zur Rechtsprechung betreffend den Tatbestand der Freiheitsberaubung und Entführung in Art. 183 StGB.
579. BGer 1C_352/2013 vom 22.01.2014 E. 3.1.

Freiheitsentzug vorliegen kann.[580] Das 4. Zusatzprotokoll zur EMRK, welches die Bewegungsfreiheit schützt, hat die Schweiz nicht ratifiziert.[581]

65 Eine Freiheitsbeschränkung kann **unterschiedliche Formen** einnehmen. Unter diesen Begriff fallen z.B. Wegweisungs- und Fernhaltemassnahmen, wie zum Beispiel Rayonverbote,[582] kurzzeitige polizeiliche Festnahmen[583] oder ausländerrechtliche Auflagen, ein bestimmtes Gebiet nicht zu betreten oder nicht zu verlassen.[584] Alternativen zur Haft, wie zum Beispiel der Entzug der Identitätspapiere als Ersatzmassnahme für die Untersuchungshaft, können die Bewegungsfreiheit ebenfalls einschränken.[585] Fragen stellen sich ferner im Rahmen der Umsetzung von UNO-Sanktionen, deren Ein- und Ausreiseverbote Beeinträchtigungen der Bewegungsfreiheit zur Folge haben können.[586]

66 Illustrativ für die **Abgrenzung** zwischen Freiheitsentzügen und -beschränkungen ist ein bundesgerichtliches Urteil bezüglich der zweieinhalbstündigen Einkesselung von 1.-Mai-Demonstranten. Diese Einkesselung allein hat das Bundesgericht nicht als Freiheitsentzug bewertet. Bei einer Gesamtbetrachtung zusammen mit der anschliessenden dreieinhalbstündigen sicherheitspolizeilichen Überprüfung in der Polizeikaserne wurde die Schwelle zum Freiheitsentzug hingegen als erreicht betrachtet.[587]

67 Für die Unterscheidung zwischen einer rechtmässigen und einer unrechtmässigen Freiheitsbeeinträchtigung kann die **Einwilligung** der betroffenen Person eine Rolle spielen. In Analogie zur Einwilligung unter Art. 183 StGB wird vorausgesetzt, dass die betroffene Person freiwillig der

580. Baumann, S. 516. Siehe BGE 143 IV 339 E. 3.2.; BGE 146 IV 231 E. 2.1.
581. 4. Zusatzprotokoll zur EMRK vom 16.9.1963, ETS Nr. 046 (Art. 2: Freedom of Movement).
582. BGE 128 I 327 E. 3.3; BGE 134 I 140 E. 6 und BGE 140 I 2 E. 11; BGE 130 I 369 E. 2; insgesamt Biaggini, Art. 10 BV N. 19; Moeckli/Keller.
583. BGE 107 Ia 138, 140; insgesamt Biaggini, Art. 10 BV N. 19.
584. Art. 74 AIG; Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, S. 109–110, N. 353.
585. BGE 133 I 27 E. 3.1. Hierzu Tschentscher, ZBJV 144/2008, 750.
586. Oesch, S. 298 f.; Scarpelli S. 298 f. Siehe aber den Fall *Nada gegen die Schweiz* (effektive Beschränkung der Bewegungsfreiheit des Beschwerdeführers auf das Gebiet der Enklave Campione d'Italia stellte keinen Freiheitsentzug dar und fiel somit nicht in den Anwendungsbereich von Art. 5 EMRK: EGMR (Grosse Kammer) *Nada gegen die Schweiz*, Nr. 10593/08, 12.9.2012, N. 233).
587. BGE 142 I 121 E. 3.1. Siehe hierzu Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, S. 110, N. 353a.

Intensität und der Dauer der Massnahme zugestimmt hat.[588] Diese kann auch implizit erfolgen. Wer am Strassenverkehr teilnimmt, willigt gemäss Baumann in das mögliche Feststecken im Stau ein.[589] Ebenso ist zwischen einer freiwillig angetretenen Flugreise und einem Gefangenentransport via Flugzeug zu unterscheiden: Obwohl das Flugzeug während des Flugs in beiden Fällen nicht verlassen werden kann, stellt nur letzteres einen Freiheitsentzug dar.[590]

68 Neben dem Schutz vor ungerechtfertigten Freiheitsentzügen und Freiheitsbeschränkungen, also der «liberté d'aller et de venir», schützt Art. 10 Abs. 2 BV auch eine weitergehende «liberté de mouvement».[591] Die **Bewegungsfreiheit** schützt die Fähigkeit, «auf öffentlicher Strasse mit öffentlichen Verkehrsmitteln an einen öffentlich zugänglichen Ort zu gelangen».[592] Es gilt hier eine Mindestintensitätsschwelle. So stellt nicht jede minimale Beschränkung des Kommens, Gehens oder Fahrens einen Eingriff in die Bewegungsfreiheit dar.[593] Als Beispiel einer Beschränkung, die die erforderliche Intensität nicht erreicht, nennt Biaggini z.B. Geschwindigkeitskontrollen.[594] Auch ein Schifffahrtsverbot auf gewissen Seeteilen berührt die Bewegungsfreiheit nicht, da die persönliche Freiheit nicht das Recht garantiert, «jeden See an beliebiger Stelle befahren zu dürfen».[595] Ähnlich beurteilt hat das Bundesgericht ein Aufenthaltsverbot am Bahnhof Bern, mit dem bestimmten Personengruppen der kollektive Alkoholkonsum an diesem Ort verboten wurde; hier waren nicht die individuelle Bewegungsfreiheit oder der Zugang zu den Zügen, sondern die Gruppenbildung betroffen, weshalb die Versammlungsfreiheit gemäss Art. 22 BV zur Anwendung kam.[596]

69 Seine **Grenzen** findet die Bewegungsfreiheit an den Freiheitsrechten Anderer, insbesondere ihr Recht auf Eigentum und auf Schutz ihrer

588. Baumann, S. 520–521. Siehe auch Renker, S. 15–16.
589. Baumann, S. 528.
590. Sinngemäss, zu Art. 186 StGB, BGE 99 IV 220 E. 2.
591. Baumann, S. 506.
592. BGE 132 I 49 E. 5.2; BGE 130 I 369 E. 2; kritisch Tschentscher, ZBJV 141/2005, S. 655, der schreibt, dass die im Einzelfall «in diesem Punkt bekundete Entschiedenheit (...) erstaunlich [ist]».
593. Biaggini, Art. 10 BV N. 19.
594. Ibid.
595. BGE 108 Ia 59 E. 4a.

Privatsphäre.[597] Auch garantiert die Bewegungsfreiheit nicht ein Recht auf Zutritt zu bestimmten öffentlichen Gebäuden, zum Beispiel im Sinne eines Besuchsrechts in Haftanstalten.[598] Würde die Bewegungsfreiheit ein «Recht auf Verweilen» garantieren, oder ein Recht, «sich zu jeder beliebigen Zeit an jedem beliebigen öffentlich zugänglichen Ort bewegen oder aufhalten zu dürfen», würde sie einer allgemeinen Handlungsfreiheit zu nahe kommen.[599] Gemäss Baumann garantiert die Bewegungsfreiheit aber ein Mindestmass an körperlichen Bewegung, die insbesondere für Inhaftierte relevant ist.[600] Hier überschneidet sich die Bewegungsfreiheit mit Art. 3 EMRK.[601] Das soll aber nicht bedeuten, dass die Bewegungsfreiheit einen Anspruch auf Hafturlaub schützt.[602]

70 Die Bewegungsfreiheit hat besondere Relevanz für **Personen mit körperlichen Behinderungen**.[603] Gemäss Kaufmann und Senn können physische, bauliche, mechanische oder medizinische Massnahmen die Bewegungsfreiheit dieser Personen besonders beeinträchtigen.[604] Die Bewegungsfreiheit kann somit auch den Zugang zu Hilfsmitteln wie Rollstühlen umfassen.[605] Dieses Recht ist aber nur anwendbar, wenn das entsprechende Hilfsmittel zur Ausübung der Bewegungsfreiheit erforderlich ist, und schützt kein allgemeines Recht auf Gebrauch bestimmter Fahrzeuge und anderer Hilfsmittel.[606]

71 Die Bewegungsfreiheit umfasst darüber hinaus verschiedene **weitere Garantien**. Die Freiheit der Wahl des eigenen Wohn- und Aufenthaltsorts stellt eine spezifische Form der Bewegungsfreiheit dar, welche in Art. 24 BV (Niederlassungsfreiheit) konkretisiert wird.[607] Aus der Bewegungsfreiheit

596. BGE 132 I 49 E. 5.2.
597. Baumann, S. 508.
598. BGer 1P.310/2000 vom 6.6.2000; insgesamt Baumann, S. 509.
599. Baumann, S. 511.
600. Ibid., S. 509, mit Bezug auf BGE 122 I 222 E. 4a. Siehe auch BGer 2C_81/2008 vom 21.11.2008 E. 4.2.
601. EGMR *Muršić gegen Kroatien* (GK), Nr. 7334/13, 20.10.2016, N. 103.
602. BGer 6B.772/2007 vom 9.4.2008 E. 2; SGK-Schweizer, Art. 10 BV N. 33.
603. Kaufmann/Senn, S. 178–179. Siehe auch SGK-Schweizer, Art. 10 BV N. 34.
604. Insgesamt siehe Kaufmann/Senn. Siehe auch die konkreten Anforderungen des Behindertengleichstellungsgesetz (BehiG).
605. Ibid.
606. BGE 126 II 522 E. 22d. Siehe auch Baumann, S. 512, mit Verweis unter anderem auf BGE 108 III 60 E. 2.

sowie aus der Garantie der Menschenwürde in Art. 7 BV ergibt sich das Verbot des Schuldverhafts.[608] Umstritten sind ferner die Auswirkungen einer lebenslangen Verwahrung auf das Recht auf persönliche Freiheit, welches sich in diesem Zusammenhang mit dem Schutz von Art. 10 Abs. 3 BV überschneiden kann.[609]

3. Recht auf geistige Unversehrtheit, Selbstbestimmung und Persönlichkeitsentfaltung

72 Die persönliche Freiheit schützt neben der körperlichen Integrität und der Bewegungsfreiheit auch die **geistige Unversehrtheit**, welche das Recht auf Selbstbestimmung, Persönlichkeitsentfaltung und individuelle Lebensgestaltung miteinschliesst.[610] Geschützt werden hier der Anspruch auf Selbstgestaltung der wesentlichen Aspekte des eigenen Lebens[611] oder m.a.W. das individuelle Bewusstsein und die Willensbildung, also die Fähigkeit, «eine bestimmte tatsächliche Begebenheit zu würdigen und danach zu handeln».[612]

73 Gemäss der früheren bundesgerichtlichen Rechtsprechung hatte jeder Mensch die Freiheit, «über seine Lebensweise zu entscheiden, insbesondere seine Freizeit zu gestalten, Beziehungen zu seinen Mitmenschen anzuknüpfen und sich Kenntnis über das Geschehen in seiner näheren und weiteren Umgebung zu verschaffen.»[613] Wie Biaggini zutreffend feststellt, drohte diese Umschreibung, einer allgemeinen Handlungsfreiheit gleich zu kommen.[614] Seit 1975 wird der Schutzbereich dieses Rechts enger gefasst. So präzisiert das Bundesgericht, dass die persönliche Freiheit nicht jede Entscheidung bezüglich der persönlichen Lebensgestaltung schützt, sondern nur «**elementare Möglichkeiten**, die für die Persönlichkeitsentfaltung wesentlich sind und jedem Menschen zustehen sollen».[615] Dieses Recht

607. SGK-Schweizer, Art. 10 BV N. 33.
608. BGE 130 I 169 E. 2.2.
609. BGer 6B_35/2017 vom 26.2.2018; BGE 140 IV 1 E. 3.2.4. Siehe hierzu auch die Rechtsprechung des EGMR mit Bezug auf das «Recht auf Hoffnung» (EGMR (Grosse Kammer) *Vinter und andere gegen das Vereinigte Königreich*, Nrs. 66069/09, 130/10 und 3896/10, 9.7.2013); vgl. dazu Trotter. Zur nachträglichen Verwahrung, siehe EGMR *W.A. gegen die Schweiz*, Nr. 38958/16, 2.11.2021.
610. BGE 138 IV 13 E. 7.1.; BGE 133 I 110 E. 5.2.
611. BGE 132 III 359 E. 4.3.2.
612. BGE 90 I 29 E. 3.a; BGE 97 I 839 E. 3.
613. BGE 97 I 839 E. 3.
614. Biaggini, Art. 10 BV N. 21.

umfasst somit nicht jede nebensächliche Wahl- oder Betätigungsmöglichkeit[616] und schliesst auch nicht jegliches Missbehagen aus.[617] Anders als bei der körperlichen Integrität wenden Hertig Randall und Marquis in diesem Zusammenhang eine Mindestintensitätsschwelle an.[618] Gleichzeitig vertreten Häfelin, Haller, Keller und Thurnherr die Ansicht, dass der sachliche Schutzbereich der persönlichen Freiheit eher weit zu verstehen sei, wobei die Schwere der Betroffenheit anschliessend in die Verhältnismässigkeitsprüfung (Art. 36 Abs. 3 BV) einzufliessen habe.[619] Angesichts der Rolle von Art. 10 Abs. 2 BV als Auffanggrundrecht ist dieser Meinung zuzustimmen; nach hier vertretener Ansicht muss beim Anwendungsbereich von Art. 10 Abs. 3 BV eine minimale Schwelle an Beeinträchtigung erreicht sein.

74 Die Abgrenzung des Schutzbereiches dieses Rechts ergibt sich aus einer umfangreichen **Kasuistik**. Anerkannt wird heute, dass z.B. die reproduktive Selbstbestimmung,[620] das Betteln,[621] das Recht, zu Lebzeiten das Schicksal des eigenen Körpers festzulegen[622] und das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung[623] unter den Schutzbereich der persönlichen Freiheit fallen.[624] Auch die Beschlagnahmung eines Haustiers, zu dem der Halter eine enge emotionale Beziehung hat, kann in den Schutzbereich fallen.[625] Geschützt ist auch der Anspruch auf persönliche Entfaltung, welche die Gelegenheit erforderlich macht, am sozialen Leben teilzuhaben und zwischenmenschliche Beziehungen zu knüpfen.[626] In der Lehre werden ferner Gesundheitsbedürfnisse und die sexuelle Entfaltung zu den grundlegenden

615. BGE 101 Ia 336 E. 7a; Botschaft BV 1999 (1996), S. 148; Biaggini, Art. 10 BV N. 21.
616. Siehe oben, N. 43; BGE 101 Ia 336 E. 7a.
617. BGE 132 I 49 E. 5.2; BGE 138 IV 13 E. 7.1.
618. CR-Hertig Randall/Marquis, Art. 10 BV N. 38 und N. 43.
619. Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, S. 113, N. 364.
620. Siehe dazu unten, N. 77.
621. BGer 1C_443/2017 vom 29.8.2018 E. 4.2 (« Le fait de mendier, comme forme du droit de s'adresser à autrui pour obtenir de l'aide, doit être considéré comme une liberté élémentaire, faisant partie de la liberté personnelle »). Der EGMR teilt diese Ansicht (EGMR *Lăcătuş gegen die Schweiz*, Nr. 14065/15, 19.1.2021, N. 59.). Siehe auch BGE 134 I 214 E. 5.3.
622. BGE 123 I 112 E. 4. Dazu Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, S. 112, N. 361.
623. BGE 115 Ia 234 E. 6d; EGMR *Jäggi gegen die Schweiz*, Nr. 58757/00, 13.7.2006. Hierzu Besson.
624. Siehe dazu Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, S. 111, N. 357 ff.; Biaggini, Art. 10 BV N. 22.
625. BGE 134 I 293, 5.2., dazu SGK-Schweizer, Art. 10 BV N. 38.
626. BGE 133 I 110 E. 5.2., dazu SGK-Schweizer, Art. 10 BV N. 40.

Aspekten dieses Rechts gezählt.[627] Gemäss dem Bundesgericht gehört auch «die kindgerechte physische und psychische Entwicklung» zu Art. 10 BV, wobei hier in der Praxis Abgrenzungsprobleme zu Art. 11 BV (Schutz der Kinder und Jugendlichen) entstehen dürften.[628] Ferner geniessen Einzelne die Freiheit, ihre Erscheinung zu gestalten, indem sie z.B. Bekleidung nach eigenem Gutdünken auswählen.[629] Ob sich daraus auch ein Recht ergibt, in der Öffentlichkeit nackt zu sein bzw. nackt zu wandern, hat das Bundesgericht offengelassen.[630] Sowohl die allgemeine Pflicht zum Tragen einer medizinischen Mundmaske[631] als auch die Pflicht, einen Ausweis bei sich zu tragen,[632] stellen Eingriffe in dieses Recht dar. Diese Eingriffe lassen sich jedoch gemäss den Voraussetzungen von Art. 36 BV rechtfertigen, zum Beispiel zur Verhinderung von Gewalt an Sportveranstaltungen[633] oder zur Begrenzung der Ausbreitung des COVID-19-Virus.[634]

Ein sog. «**racial profiling**», bei welchem eine Identitätskontrolle ohne objektiven Grund und aufgrund von äusseren Merkmalen, wie z.B. der zugeschriebenen Rasse oder Ethnie, stattfindet, verstösst unter anderem gegen die persönliche Freiheit.[635] Mögliche rassistische Beweggründe für Personenkontrollen müssen ausreichend untersucht werden.[636] 75

Gewisse Tätigkeiten sind vom Schutzbereich der persönlichen Freiheit **ausgeschlossen**. Nicht elementar für die Persönlichkeitsentfaltung und somit nicht geschützt sind das Recht, mit Spielautomaten um Geld zu spielen,[637] das Recht auf Betäubungsmittelkonsum[638] oder das Recht, Hunde einer bestimmten Rasse zu halten.[639] Auch das Recht, Waffen zu erwerben, wird 76

627. SGK-Schweizer, Art. 10 BV N. 38.
628. Hierzu CR-Hertig Randall/Marquis, Art. 10 BV N. 69 ff.; BGer 2C_115/2021 vom 21.2.2022 E. 5.1; oben N. 44.
629. BGE 138 IV 13 E. 7.2.
630. Ibid. E. 7.2.
631. BGer 2C_115/2021 vom 21.2.2022 E. 5.3.
632. BGE 109 Ia 146 E. 4b.
633. BGE 140 I 2 S. 28 E. 9.3.3.
634. BGer 2C_115/2021 vom 21.2.2022 E. 5.3; BGer 2C_793/2020 vom 8.7.2021 E. 5 ff.
635. BGE 136 I 87 E. 5.2, mit Verweis auf BGE 109 Ia 146 E. 4b. Siehe hierzu auch CR-Hertig Randall/Marquis, Art. 10 BV N. 65.
636. EGMR *Basu gegen Deutschland*, Nr. 215/19, 18.10.2022; EGMR *Muhammad gegen Spanien*, Nr. 34085/17, 18.10.2022.
637. BGE 101 Ia 336 E. 7.
638. BGer 6B_946/2008 vom 313.2009 E. 3.

nicht geschützt.[640] Fraglich ist ferner, ob das Rauchen an öffentlichen Orten in den Schutzbereich dieses Rechts fällt; das Bundesgericht hält es nicht für möglich, diese Frage abstrakt zu beantworten, hat aber festgehalten, dass «il est douteux que le fait de fumer ressortisse de la liberté personnelle».[641]

77 Art. 10 Abs. 2 BV spielt eine zentrale Rolle für die **reproduktive Selbstbestimmung**. Geschützt wird der Wunsch jeder Person, frei zu entscheiden, ob sie Kinder haben möchte, und wann und wie viele Kinder sie haben möchte.[642] Geschützt wird ein Recht auf Zugang zu den Methoden der künstlichen Fortpflanzung sowie zur Empfängnisverhütung, zum Schwangerschaftsabbruch und zur freiwilligen Sterilisation.[643] Gemäss dem Bundesgericht würde eine Obliegenheit zur Abtreibung gegen den Kerngehalt von Art. 10 Abs. 2 BV verstossen und haben Schwangere in diesem Zusammenhang den Anspruch, «selber – frei – über einen Schwangerschaftsabbruch zu entscheiden».[644] Angesichts der gesetzlich vorgesehenen Fristenlösung und der Strafbarkeit einer Abtreibung nach dieser Frist (N. 17) heisst das aber nicht, dass Entscheidungen im diesem Bereich jederzeit selbstbestimmt erfolgen können. Auch die Zwangssterilisierung – z.B. wegen einer geistigen Behinderung[645] oder als Voraussetzung für eine Anerkennung der Geschlechtsidentität von trans* Personen[646] – lässt sich nicht mit dem Schutz der persönlichen Freiheit vereinbaren. Mit Bezug auf die künstliche Fortpflanzung wird dieses Recht dadurch relativiert, dass der Staat nicht dazu verpflichtet ist, entsprechende Angebote zu schaffen, und dass Art. 119 Abs. 2 BV bestimmte Techniken – insbesondere die Embryonenspende und die Leihmutterschaft – verbietet.[647]

78 Auch für Sterbewillige ist Art. 10 Abs. 2 BV von zentraler Bedeutung.[648] Wie oben ausgeführt (N. 35), ist in der Schweiz die **Suizidhilfe (oder «passive**

639. BGE 133 I 249 E. 2.
640. BGE 114 Ia 286 E. 6b.
641. BGE 133 I 110 E. 5.2.2.; dazu SGK-Schweizer, Art. 10 BV N. 41.
642. Moeckli, Schutz von Person und Persönlichkeit, N. 40; Jungo, S. 574.
643. BGE 119 Ia 460 E. 5 und E. 9.a; BGE 132 III 359 E. 4.3.2. Moeckli, Schutz von Person und Persönlichkeit, N. 40; Büchler.
644. BGE 132 III 359 E. 4.3.2.
645. Minder, S. 116.
646. EGMR *A.P., Garçon et Nicot gegen Frankreich*, Nrs. 79885/12, 52471/13 und 52596/13, 6.4.2017, N. 135. Siehe dazu Büchler/Cottier, S. 877.
647. Büchler, S. 349 ff.; Moeckli, Schutz von Person und Persönlichkeit, N. 40.
648. Belser/Egli, S. 398; Biaggini, Art. 10 BV N. 10 und 23; BSK-Tschentscher, Art. 10 BV N. 42.

Sterbehilfe») straflos, solange keine selbstsüchtigen Beweggründe vorliegen.[649] Der eigentliche Wille zur Beendigung des eigenen Lebens ist eine elementare Persönlichkeitserscheinung und die entsprechende Entscheidung höchstpersönlicher Natur.[650] Dementsprechend muss die (versuchte) Selbsttötung straflos bleiben.[651] Gleichzeitig gibt es ein Spannungsverhältnis zwischen dem Recht auf selbstbestimmtes Sterben und der staatlichen Pflicht, das Recht auf Leben gemäss Art. 10 Abs. 1 BV zu schützen.[652] Gelöst wird dieser Konflikt anhand des Grundsatzes der Selbstbestimmung, wonach die staatliche Schutzpflicht eingehalten ist, wenn gewisse Voraussetzungen an die Willensbildung der Sterbewilligen erfüllt sind.[653] Der Staat muss dazu sicherstellen, dass die betroffene Person urteilsfähig ist und einen selbständigen und dauerhaften Sterbewunsch hat, der ohne Druck von Dritten entstanden ist.[654] Auch der EGMR hat das Recht anerkannt, über den Zeitpunkt und die Art und Weise des eigenen Lebensendes zu entscheiden.[655] Der Gerichtshof stellt aber den Schutz insbesondere verletzlicher Personen in den Vordergrund, was heissen kann, dass der Staat Sterbewillige zum Weiterleben zwingt.[656]

79 Einen schweren Eingriff in die persönliche Freiheit stellt ferner die **medikamentöse Zwangsbehandlung** dar.[657] Diesbezüglich bedarf es einer Abwägung zwischen der persönlichen Freiheit und der staatlichen Sorgepflicht, die sich aus Art. 12 BV (Recht auf Hilfe in Notlagen) sowie aus Art. 7 BV (Schutz der Menschenwürde) ergibt.[658] Die Grenze zwischen staatlicher Fürsorge und Selbstbestimmung muss im Einzelfall und anhand einer umfassenden Interessenabwägung festgestellt werden.[659]

649. BSK-Tschentscher, Art. 10 BV N. 44.
650. BGE 142 I 195 E. 3.4; BGer 2C_608/2017 vom 24.8.2018 E. 6.5.2.
651. Biaggini, Art. 10 BV N. 23.
652. Gemäss Art. 36 BV. Siehe hierzu Biaggini, Art. 10 BV N. 23; Ziegler, S. 83 ff.; Pultrone, S. 179 f.
653. Teichmann/Camprubi, S. 23.
654. Moeckli, Schutz von Person und Persönlichkeit, N. 41, mit Verweisen auf BGE 133 I 58 E. 6.3.4 und BGE 142 I 195 E. 3.
655. EGMR *Haas gegen die Schweiz*, Nr. 31322/07, 20.1.2011; EGMR *Koch gegen Deutschland*, Nr. 497/09, 19.7.2012, N. 51–52.
656. EGMR *Pretty gegen das Vereinigte Königreich*, Nr. 2346/02, 29.4.2002, N. 40 (zu Art. 2) und N. 67 (zu Art. 8).
657. BGE 127 I 6 E. 5.g. und E. 9.e. Dazu BSK-Tschentscher, Art. 10 BV N. 54.
658. BGE 130 I 16 E. 5.2.
659. Ibid.

80 Auch beim **Einsatz technischer Überwachungsgeräte** spielt Art. 10 Abs. 2 BV eine wichtige Rolle. Erkennungsdienstliche Massnahmen und die Aufbewahrung der entsprechenden Daten können das Recht auf informationelle Selbstbestimmung tangieren.[660] Dieses Recht ergibt sich aus Art. 10 Abs. 2 BV und Art. 13 BV, deren Schutzbereiche sich diesbezüglich überschneiden.[661] Gemäss dem Bundesgericht ist für das Aufbewahren von erkennungsdienstlichen Daten in erster Linie Art. 13 Abs. 2 BV einschlägig.[662] Aber auch Art. 10 Abs. 2 BV ist anwendbar und verlangt in diesem Zusammenhang, dass jede Person über die Bearbeitung und Speicherung ihrer persönlichen Daten durch Dritte bestimmen können muss.[663] Werden technische Überwachungsgeräte verhältnismässig, unter richterlicher Kontrolle und unter Einhaltung der Pflicht zur nachträglichen Mitteilung angewendet, kann der entsprechende Eingriff in den Schutzbereich der persönlichen Freiheit aber gerechtfertigt werden.[664]

81 Anders verhält es sich, wenn einer Person gegen ihren Willen oder unter Umgehung ihres Willens Aussagen entlockt werden oder ihre Willensbildung ganz ausgeschaltet wird.[665] Solche Massnahmen verletzen den **Kerngehalt** des Rechts auf geistige Unversehrtheit, nämlich «den seelischen Eigenraum des Menschen».[666] Besondere Bedeutung hat dieser Schutz im Rahmen des Polizeigewahrsams. Ausgeschlossen werden z.B. staatliche Vernehmungsmethoden, die das Bewusstsein des Zeugen beeinträchtigen, wie Narkoanalysen und Wahrheitsseren. Auch der Einsatz von Lügendetektoren verletzt den Kerngehalt dieses Rechts.[667] Solche Methoden dürfen auch in Ausnahmefällen, z.B. zur Terrorismusbekämpfung, nicht zur Anwendung kommen.[668]

C. Vermittelte Ansprüche

82 Das Recht auf persönliche Freiheit ist gemäss dem Verfassungsgeber vorwiegend ein **Abwehrrecht**. Ansprüche auf staatliche Leistung entstehen

660. BGE 147 I 372 E. 2.3.2–2.3.3; Moser-Szeless, S. 139.
661. BGE 138 I 331 E. 5.1.
662. BGer 6B_908/2018 vom 7.10.2019 E. 3.1.
663. BGE 140 I 2 E. 9.1.
664. BGE 147 I 372 E. 2.2, mit Verweis auf BGE 109 Ia 273 E. 7.
665. Ibid.
666. BGE 143 I 292 E. 2.4.2.
667. Ibid. Siehe auch Riedo/Niggli, S. 766.

demgemäss nur, wenn ein besonderes Verhältnis zwischen der betroffenen Person und dem Staat vorliegt, zum Beispiel im Rahmen eines Freiheitsentzugs.[669] Das Recht auf persönliche Freiheit begründet somit kein allgemeines Recht auf Zugang zu den erforderlichen Mitteln, um diese Freiheit zu verwirklichen. So haben Einzelne zum Beispiel ein Recht auf reproduktive Selbstbestimmung; der Staat ist jedoch nicht verpflichtet, entsprechende fortpflanzungsmedizinische Angebote zu schaffen.[670] Auch der EGMR hat im Fall *Haas* festgestellt, dass Art. 8 EMRK nicht verletzt sei, wenn einer sterbewilligen Person kein rezeptfreier Zugang zu einer tödlichen Dosis des Mittels Natrium-Pentobarbital verschafft werde.[671]

83 Wie das Recht auf Leben beinhaltet auch das Recht auf persönliche Freiheit einen Anspruch auf **präventive staatliche Schutzmassnahmen** im Falle einer ernsthaften und konkreten Bedrohung durch Dritte.[672] Das heisst, dass die Rechtsordnung Schutz vor Gewalt unter Privaten bieten muss.[673] Auf schwere Misshandlungsvorwürfe, die möglicherweise die Schwelle zur unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung erreichen, sind die staatlichen Untersuchungs- und Verfolgungspflichten aus Art. 3 und 8 EMRK anwendbar.[674]

D. Einschränkungen

84 Wie andere Freiheitsrechte kann auch das Recht auf persönliche Freiheit gemäss den **Voraussetzungen von Art. 36 BV** eingeschränkt werden. Schwere Eingriffe – z.B. im Falle eines Freiheitsentzugs[675] oder einer Zwangsmedikation[676] – müssen auf einem Gesetz im formellen Sinn beruhen (Art. 36 Abs. 1 BV).[677] Ferner müssen Eingriffe in dieses Recht verhältnismässig sein, was z.B. im Rahmen einer Inhaftierung heisst, dass Einschränkungen

668. BGE 109 Ia 273 E. 7.
669. Botschaft BV 1999 (1996), S. 148.
670. Büchler, S. 349 ff.; Moeckli, Schutz von Person und Persönlichkeit, N. 40.
671. EGMR *Haas gegen die Schweiz*, Nr. 31322/07, 20.1.2011; EGMR, *Koch gegen Deutschland*, Nr. 497/09, 19.7.2012, N. 61.
672. SGK-Schweizer, Art. 10 BV N. 51; Moeckli, Schutz von Person und Persönlichkeit, N. 52.
673. EGMR (Grosse Kammer) *Söderman gegen Schweden*, Nr. 5786/08, 12.11.2013, N. 78–80.
674. Siehe z.B. EGMR *Assenov gegen Bulgarien*, Nr. 24760/94, 28.10.1998, N. 102 ff. und EGMR (Grosse Kammer) *Gäfgen gegen Deutschland*, Nr. 22978/05, 1.6.2010, N. 119, 123 ff.
675. BGE 136 IV 20 E. 3.5.
676. BGE 126 I 112 E. 3b–c.
677. Siehe hierzu SGK-Schweizer, Art. 10 BV N. 56.

nicht über das hinausgehen dürfen, «was zur Gewährleistung des Haftzwecks und zur Aufrechterhaltung eines ordnungsgemässen Anstaltsbetriebs erforderlich ist».[678]

85 In der früheren Rechtsprechung wurde das Recht auf persönliche Freiheit als «**unverjährbares und unverzichtbares Verfassungsrecht**» umschrieben. Diese Beschreibung machte es möglich, die Verfassungswidrigkeit von schwerwiegend grundrechtsverletzenden Entscheidungen in jedem Verfahrensstadium einzuklagen; sie war aber nur auf einen abschliessenden Katalog von Grundrechten anwendbar.[679] Heute wird diesbezüglich nicht mehr auf eine abschliessende Aufzählung von Rechten abgestellt, sondern auf die Schwere der in Frage stehenden Grundrechtsverletzungen.[680]

VI. ABSATZ 3: DAS VERBOT DER FOLTER

A. Grundlagen

86 Art. 10 Abs. 3 BV beinhaltet einen der grundlegendsten Werte einer demokratischen Gesellschaft: Das Verbot der Folter und der grausamen, unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung oder Strafe.[681] Dieses Verbot bietet – wie auch Art. 3 EMRK, Art. 7 UNO-Pakt II und die UNO-Antifolterkonvention – **absoluten Schutz**, der auch unter aussergewöhnlichen Umständen nicht relativiert werden darf.[682] Somit normiert diese Bestimmung verschiedene Kerngehalte der körperlichen und geistigen Unversehrtheit. Erfasst werden auch Behandlungsformen, die oftmals im Rahmen des Art. 10 Abs. 2 BV diskutiert werden, wie etwa die Zwangssterilisation, Zwangsmedikation, oder der Einsatz von Lügendetektoren.[683]

87 Das Folterverbot dient dem Schutz der Menschenwürde, wie sie in Art. 7 BV festgehalten wird.[684] Dieses Verbot gehört zum **zwingenden Völkerrecht**

678. BGE 122 I 222 E. 2aa; BGE 139 I 180 E. 2.6, insgesamt SGK-Schweizer, Art. 10 BV N. 58.
679. BGE 118 Ia 282 E. 6b; Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, S. 638, N. 1945; Minder, S. 438.
680. Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, S. 638, N. 1946; BGE 118 Ia 209 E. 2c.
681. Botschaft BV 1999 (1996), S. 149; EGMR (Grosse Kammer) *O'Keeffe gegen Irland*, Nr. 35810/09, 28.1.2014, N. 144.
682. Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, S. 113, N. 365; Biaggini, Art. 10 BV N. 25.
683. Siehe oben, N. 76 und 81. Vgl. hierzu BSK-Tschentscher, Art. 10 BV N. 58.
684. EGMR (Grosse Kammer) *Bouyid gegen Belgien*, Nr. 23380/09, 28.9.2015, N. 81.

(*ius cogens*), womit es bezüglich der Gültigkeit von Volksinitiativen und im Rahmen der Verfassungsrevision eine Rolle spielen kann.[685] So wurde z.B. die sog. «Durchsetzungsinitiative» 2013 durch die Bundesversammlung für teilungültig erklärt, weil sie eine zu enge Definition des zwingenden Völkerrechts beinhaltete.[686] Aufgrund der absoluten Natur des Folterverbot lassen sich Eingriffe in dessen Schutzbereich nie rechtfertigen. So darf niemand, auch nicht z.B. Terrorismusverdächtigte, einer solchen Behandlung ausgesetzt werden. Entsprechend ist die sog. «Rettungsfolter» zum Schutz Dritter verboten.[687]

Das Verbot der Folter und der grausamen, unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung oder Strafe wurde in verschiedenen Bestimmungen des nationalen und internationalen Rechts kodifiziert. Die **Auslegung** dieser Begriffe ist teils umstritten; einzelne Staaten versuchen, ihre diesbezüglichen Verpflichtungen zu minimieren.[688] Zwischen den verschiedenen regionalen und internationalen Instrumenten herrscht eine grundsätzliche Konvergenz.[689] 88

B. Tragweite

Unter Art. 10 Abs. 3 BV fallen Einwirkungen, die ein **Mindestmass an Schwere** erreichen und intensives physisches oder psychisches Leiden oder körperliche Verletzungen mit sich bringen.[690] Anders verhält es sich beim Schutz der körperlichen Integrität gemäss Art. 10 Abs. 2 BV, wo kein solches Mindestmass verlangt wird (N. 47). Die Schwelle von Art. 10 Abs. 3 BV ist von den gesamten Umständen des Einzelfalls abhängig und bezieht sich insbesondere auf die Dauer der Behandlung, ihre physischen und psychischen Auswirkungen und die Eigenschaften der betroffenen Person (z.B. ihr Geschlecht, Alter und Gesundheitszustand und ihre sonstige Verletzlichkeit). 89

685. Art. 139 Abs. 3 BV; Art. 193 Abs. 4 BV, Art. 194 Abs. 2 BV, hierzu BSK-Tschentscher, Art. 10 BV N. 61.
686. Bundesbeschluss über die Volksinitiative «Zur Durchsetzung der Ausschaffung krimineller Ausländer (Durchsetzungsinitiative)» BBl 2013 9509, Art. 1 Abs. 2; Botschaft des Bundesrates zur Volksinitiative «Zur Durchsetzung der Ausschaffung krimineller Ausländer (Durchsetzungsinitiative)» vom 20.11.2013, BBl 2013 9459, S. 9470–9472.
687. BGE 109 Ia 273 E. 7.
688. Zur Praxis in den Vereinigten Staaten, siehe Nowak.
689. Vgl. Maculan.
690. BGer 6B_882/2021, 6B_965/2021 vom 12.11.2021 E. 4.3.3.

691 Auch der Zweck der Behandlung und die ihr zugrundeliegende Absicht bzw. die Beweggründe dafür, sowie der Zusammenhang, in dem sie steht, müssen berücksichtigt werden.[692] Verboten ist grausames, unmenschliches oder erniedrigendes staatliches Handeln in jeglicher Form («Behandlung oder Bestrafung»), wobei nicht jede denkbare Unannehmlichkeit unter diese Bestimmung fällt.[693] Ferner werden die Begriffe der Behandlung und Bestrafung in der Praxis nicht immer deutlich voneinander unterschieden.[694]

90 Der **Begriff der Folter** gemäss Art. 10 Abs. 3 BV wird von der «unmenschlichen», «grausamen» und «erniedrigenden» Behandlung oder Bestrafung abgegrenzt. Weder die BV, die EMRK noch der UNO-Pakt II beinhalten dabei eine Definition der Folter, weshalb in der Praxis die vierteilige Definition in Art. 1 Abs. 1 der UNO-Antifolterkonvention herangezogen werden kann.[695] Darunter fällt Handeln, welches (i) «grosse körperliche oder seelische Schmerzen oder Leiden» verursacht; (ii) vorsätzlich zugefügt wird; (iii) einen verpönten Zweck verfolgt, also z.B. darauf abzielt, ein Geständnis zu erlangen, die betroffene Person zu bestrafen oder zu diskriminieren, oder sie bzw. Dritte einzuschüchtern oder zu nötigen; und (iv) von einem staatlichen Amtsträger zugefügt oder geduldet wird. Ausdrücklich vom Folterbegriff ausgeschlossen werden Schmerzen oder Leiden, die mit gesetzlich zulässigen Sanktionen einhergehen. Dieser sog. «lawful sanctions clause» ist eng auszulegen; körperliche Bestrafungen oder Verletzungen der Mindestanforderungen an die Haftbedingungen können damit nicht legitimiert werden.[696] Diese Klausel soll ausschliessen, dass eine Inhaftierung *an sich* wegen dem notwendigerweise damit verbundenen Leiden als Folter beschrieben werden kann.[697]

---

691. Ibid. Zur Verletzlichkeit, vgl. statt vieler EGMR (Grosse Kammer) *Rooman gegen Belgien*, Nr. 18052/11, 31.1.2019, N. 143–144. Siehe auch Malinverni/Hottelier/Hertig Randall/Flückiger, N. 358–359.
692. BGer 6B_882/2021, 6B_965/2021 vom 12.11.2021 E. 4.3.3.
693. Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, S. 114, N. 366. Siehe hierzu Hensler, S. 29. Auch EGMR (Grosse Kammer) *Gäfgen gegen Deutschland*, Nr. 22978/05, 1.6.2010.
694. EGMR *Keenan gegen das Vereinigte Königreich*, Nr. 27229/95, 3.4.2001, N. 116; siehe auch Villiger, S. 178.
695. Vgl. z.B. EGMR (Grosse Kammer) *Jalloh gegen Deutschland*, Nr. 54810/00, 11.7.2006, N. 48; EGMR (Grosse Kammer) *Selmouni gegen Frankreich*, Nr. 25803/94, 28.7.1999, N. 97.
696. Vgl. Bericht des UNO-Sonderberichterstatters über Folter, UN Doc. Nr. A/HRC/43/49, 20 March 2020, S. 12.
697. EGMR (Grosse Kammer) *Svinarenko und Slyadnev gegen Russland*, Nr. 32541/08 und 43441/08, 17.7.2014, N. 116.

Behandlungsformen, die den kumulativen Anforderungen des Art. 1 Abs. 1 der UNO-Antifolterkonvention entsprechen, fallen unter den formellen Folterbegriff (hier: **Folter i.e.S.**). Der Abgrenzung bedarf dieser Begriff unter anderem wegen der Tendenz, Art. 10 Abs. 3 BV bzw. Art. 3 EMRK und alle darin verpönten Handlungsformen, also auch die unmenschliche und erniedrigende Behandlung und Bestrafung, insgesamt als «Folterverbot» zu bezeichnen (hier: **Folter i.w.S.**). 91

Die UNO-Antifolterkonvention definiert die Folter i.w.S., also die **Begriffe «unmenschlich» und «erniedrigend»**, nicht. Diese Begriffe beziehen sich auf niederschwelligere Verletzungen des Folterverbots (i.w.S.); Villiger beschreibt diese Schwellen als eine Art «Leiter».[698] Die Sprossen dieser Leiter – die Begriffe der Folter i.e.S., der Unmenschlichkeit und der Erniedrigung – hat der EGMR im Rahmen seiner umfangreichen Rechtsprechung zum notstandsfesten[699] Bestand von Art. 3 EMRK konkretisiert.[700] Anders als in der BV und der UNO-Antifolterkonvention wird die Kategorie der «grausamen»
Behandlung oder Strafe in Art. 3 EMRK nicht separat aufgeführt. 92

Zwischen den verschiedenen Behandlungs- und Bestrafungsarten, die unter das Folterverbot i.w.S. fallen, findet eine *graduelle* **Abgrenzung** statt.[701] Am tiefsten ist die Schwelle zur erniedrigenden Behandlung.[702] Eine solche liegt vor, wenn eine Behandlung «Gefühle der Furcht, Angst und Unterlegenheit hervorruft und geeignet ist, zu demütigen, entwürdigen und gegebenenfalls den physischen oder psychischen Widerstand zu brechen oder jemanden dazu zu bewegen, gegen seinen Willen oder sein Gewissen zu handeln».[703] Auch rein psychisches Leiden kann dementsprechend ein Verstoss gegen das Folterverbot i.w.S. darstellen. Gerade in Bereich der Polizeigewalt zeichnet 93

698. Villiger, S. 178.
699. Art. 15 Abs. 2 EMRK.
700. Begonnen hat diese Rechtsprechung mit EGMR *Dänemark, Norwegen, Schweden und die Niederlande gegen Griechenland* ('the Greek Case'), Nrs. 3321/67 usw., 5.11.1969, N. 2 («all torture must be inhuman and degrading treatment, and inhuman treatment also degrading»).
701. Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, S. 114, N. 266; EGMR *Irland gegen das Vereinigte Königreich*, Nr. 5310/71, N. 167. Anders: Nowak/McArthur.
702. EGMR *Dänemark, Norwegen, Schweden und die Niederlande gegen Griechenland* ('the Greek Case'), Nrs. 3321/67 usw., 5.11.1969, N. 2.
703. BGer 6B_882/2021, 6B_965/2021 vom 12.11.2021 E. 4.3.3, mit Verweis auf BGE 134 I 221 E. 3.2.1; BGE 124 I 231 E.2b. Siehe hierzu EGMR *Irland gegen das Vereinigte Königreich*, Nr. 5310/71, 18.1.1978, N. 167 f.

sich eine Entwicklung in die Richtung einer Nulltoleranz ab.[704] Als erniedrigend betrachtete der EGMR im Fall *Bouyid gegen Belgien* zum Beispiel, dass Polizeibeamte einem jungen Mann eine Ohrfeige verabreicht hatten.[705]

94 Höher ist die Schwelle zur **grausamen und unmenschlichen Behandlung oder Strafe**. Unter diesen Begriff fallen Misshandlungen, die schwere seelische oder körperliche Leiden verursachen.[706] Ein Beispiel ist die Androhung von unsagbaren Schmerzen, damit ein Verdächtiger den Aufenthaltsort eines entführten Kindes preisgibt.[707] Eine klare Abgrenzung dieser Kategorie von der Erniedrigung findet aber nicht in jedem Fall statt.[708]

95 Im Vergleich zur erniedrigenden oder unmenschlichen Behandlung wird die **Folter i.e.S.** als besonders schweres Unrecht verstanden.[709] Demzufolge wird sie mit einem speziellen Stigma verknüpft.[710] Zur Abgrenzung der Folter von der erniedrigenden oder unmenschlichen Behandlung wird auf die Schwere, auf die zugrundeliegende Absicht und auf das Ziel der in Frage stehenden Handlung abgestellt. Diese Kriterien werden nicht unbedingt kumulativ angewendet. So kann Folter (i.e.S.) auch dann vorliegen, wenn die Täterschaft nicht die Absicht verfolgte, das Opfer zu nötigen oder zu bestrafen.[711] Unter Umständen findet auch keine solche Abgrenzung statt und die Art der verpönten Behandlung oder Bestrafung wird nicht näher benannt.[712] Findet eine solche Abgrenzung dennoch statt, wird in der Praxis oft,[713] aber nicht immer,[714] Bezug auf die Schwere des erfahrenen *Leidens* genommen.

96 Insbesondere mit Bezug auf die **Haftbedingungen** ist das Verbot der Folter i.w.S. von besonderer Bedeutung.[715] Art. 10 Abs. 3 BV schützt vor

704. Malinverni/Hottelier/Hertig Randall/Flückiger, N. 359.
705. EGMR (Grosse Kammer) *Bouyid gegen Belgien*, Nr. 23380/09, 28.9.2015, N. 112.
706. EGMR *Dänemark, Norwegen, Schweden und die Niederlande gegen Griechenland* ('the Greek Case'), Nrs. 3321/67 usw., 5.11.1969, N. 2; EGMR *Irland gegen das Vereinigte Königreich*, Nr. 5310/71, 18.1.1978, N. 167 f.
707. EGMR (Grosse Kammer) *Gäfgen gegen Deutschland*, Nr. 22978/05, 1.6.2010, N. 107–108.
708. Z.B. EGMR (Grosse Kammer) *Jalloh gegen Deutschland*, Nr. 54810/00, 11.7.2006, N. 82.
709. Mavronicola, S. 59.
710. EGMR *Irland gegen das Vereinigte Königreich*, Nr. 5310/71, 18.1.1978. Siehe hierzu Farrell.
711. S. z.B. EGMR *Cestaro gegen Italien*, Nr. 6884/11, 7.4.2015, N. 174 EGMR *Erdal Aslan gegen die Turkei*, Nrs. 25060/02 und 1705/03, 2.12.2008, N. 73.
712. EGMR *Ayse Tepe gegen die Türkei*, Nr. 29422/95, 22.7.2003, para 42.
713. Z.B. EGMR (Grosse Kammer) *Selmouni gegen Frankreich*, Nr. 25803/94, 287.1999, N. 100.
714. EGMR *Polonskiy gegen Russland*, Nr. 30033/05, 15.3.2009, N. 124.

menschenunwürdigen Haftbedingungen, wie sie z.B. bei überfüllten Gefängnissen vorliegen können.[716] Ferner müssen Inhaftierte vor Gewalt geschützt werden.[717] Allgemein sind unnötige Erniedrigungen und Demütigungen unzulässig. So dürfen z.B. Beschuldigte im Gerichtssaal nicht in einem Käfig zur Schau gestellt werden.[718]

97 Eine langdauernde **Isolationshaft** kann gegen das Verbot der Folter i.w.S. verstossen. Ein Praxisbeispiel ist der «Fall Brian», in dem sich ein junger Mann über Jahre hinweg in Isolationshaft befand.[719] Der UNO-Sonderberichterstatter für Folter[720] und andere zuständige Stellen der UNO[721] haben diesbezüglich Bedenken über die Einhaltung des Folterverbots geäussert. Der UNO-Sonderberichterstatter für Folter verwies dabei auf die sog. «Nelson Mandela Regeln» der UNO, die für die Isolationshaft eine Dauer von maximal 15 Tagen vorschreiben.[722] In Anschluss daran hat auch das Bundesgericht die Vollzugsbehörden in diesem Fall dazu aufgerufen, «Alternativen zur Hochsicherheitshaft zu suchen und diese nur für die kürzest mögliche Dauer anzuordnen bzw. aufrecht zu erhalten».[723] Gerade bei jungen und besonders verletzlichen Inhaftierten ist eine Isolationshaft hochproblematisch.

98 Bei der kontextabhängigen Anwendung des Folterverbots werden **Identitätsmerkmale** wie das Alter, das Geschlecht, der Gesundheitszustand, die Gruppenzugehörigkeit oder die besondere Abhängigkeit der betroffenen Person sowie verschiedene einzelfallabhängige Verletzlichkeitsgründe

715. Villiger, S. 183.
716. EGMR *Ananyev und andere gegen Russland*, Nrs. 42525/07 und 60800/08, 10.1.2012, N. 143–148.
717. Vgl. hierzu Malinverni/Hottelier/Hertig Randall/Flückiger, N. 390–393.
718. EGMR (Grosse Kammer) *Svinarenko und Slyadnev gegen Russland*, Nr. 32541/08 und 43441/08, 17.7.2014, N. 138.
719. BGer 1B_574/2021 vom 3.12.2021.
720. UNO, Press release: Switzerland: Solitary confinement of Brian K. violates Convention against Torture, UN expert says, 14 June 2021, https://www.ohchr.org/en/press-releases/2021/06/switzerland-solitary-confinement-brian-k-violates-convention-against-torture.
721. Medienerklärung der UN-Arbeitsgruppe von Sachverständigen für Menschen afrikanischer Abstammung zum Abschluss ihres offiziellen Länderbesuches in der Schweiz, 26.1.2022; UNO Arbeitsgruppe für willkürliche Inhaftierung, Brief vom 3.9.2021.
722. United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners (Nelson Mandela Rules), A/RES/70/175, 8.1.2016, Rule 43(1)(b) zusammen mit Rule 44.
723. BGer 1B_574/2021 vom 3.12.2021 E. 5.5.

berücksichtigt.[724] Diese Kontextabhängigkeit hat zur Folge, dass ein und dieselbe Behandlung oder Bestrafung, die bei einer erwachsenen Person keine Verletzung dieser Bestimmung darstellen würde, bei einem Kind unzulässig wäre.[725] Nicht nur das Kindesalter, sondern auch weitere Faktoren spielen bei dieser Beurteilung eine Rolle. Menschen mit psychischen Störungen sind in diesem Zusammenhang ebenfalls besonders verletzlich.[726]

99 Der menschenrechtliche Schutz vor Folter i.w.S. wurde mit der Zeit progressiver ausgestaltet. Das gilt insb. für den von Art. 3 EMRK vermittelten Schutz: Wie die EMRK insgesamt wird diese «lebende» Bestimmung **evolutiv und dynamisch ausgelegt**. Das heisst, dass sie gesellschaftliche Entwicklungen widerspiegelt, wobei mit der Zeit Handlungen als menschenrechtsverletzend angesehen werden können, die zu einer früheren Zeit noch als akzeptabel betrachtet worden sind.[727] Verdeutlicht wurde dieser evolutive und dynamische Ansatz schon früh im Fall *Tyrer* bezüglich einer richterlich angeordneten Prügelstrafe. In diesem Fall hat der Gerichtshof nicht bloss die Doktrin der lebenden Konvention auf Art. 3 EMRK angewandt, sondern auch festgestellt, dass eine gewisse Art der Behandlung oder Bestrafung auch dann gegen diese Bestimmung verstossen kann, wenn sie gesellschaftlich als akzeptabel betrachtet wird.[728]

10 0 Ein Teilgehalt des Folterverbots hat in Art. 25 Abs. 3 BV Niederschlag gefunden. Dies ist das **Rückschiebungsverbot oder *non-refoulement*-Gebot** als komplementäres Element zum flüchtlingsrechtlichen *non-refoulement*-Gebot in Art. 25 Abs. 2 BV.[729] Gemäss dieser Bestimmung sind Auslieferungen und Ausschaffungen an Drittstaaten ausgeschlossen, wenn der betroffenen Person dort Folter oder eine andere Art grausamer und unmenschlicher Behandlung oder Bestrafung drohen würde.[730] Bevor eine Auslieferung oder

724. EGMR (Grosse Kammer) *Blokhin gegen Russland*, Nr. 47152/06, 23.3.2016, N. 135; EGMR *Taştan gegen die Türkei*, Nr. 63748/00, 4.3.2008; EGMR (Grosse Kammer) *Center for Legal Resources im Namen von Valentin Câmpeanu gegen Rumänien*, Nr. 47848/08, 17.7.2014.

725. EGMR *Mubilanzila Mayeka und Kaniki Mitunga gegen Belgien*, Nr. 13178/03, 12.10.2006, N. 61; EGMR *A.B. und andere gegen Frankreich*, Nr. 11593/12, 12.7.2016, N. 109; BGE 143 I 437 E. 2.3.

726. Vgl. Art. 59 StGB. Siehe auch NKVF; Human Rights Committee, Concluding observations on the fourth periodic report of Switzerland, CCPR/C/CHE/CO/4, 22.8.2017; Brägger/Zangger, S. 82.

727. Hertig Randall, S. 1272.

728. EGMR *Tyrer gegen das Vereinigte Königreich*, Nr. 5856/72, 24.4.1978, N. 31.

729. Siehe hierzu Moeckli, Schutz von Person und Persönlichkeit, N. 19; De Weck.

Ausschaffung stattfinden kann, muss also die konkrete Gefährdungslage der betroffenen Person abgeklärt werden.[731] Ähnliche Anforderungen ergeben sich aus Art. 3 EMRK.[732] Liegt eine Gefährdung vor, ist die Auslieferung oder Ausschaffung grundsätzlich ausgeschlossen, wenn keine glaubwürdigen diplomatischen Zusicherungen eingeholt werden können, die eine menschenrechtskonforme Behandlung im Empfangsstaat garantieren.[733] Die Tauglichkeit solcher diplomatischen Zusicherungen wird in der Lehre zum Teil bezweifelt.[734]

C. Vermittelte Ansprüche

Aus dem Folterverbot i.w.S lassen sich **verschiedene Ansprüche** ableiten. Der Staat hat in diesem Zusammenhang Unterlassungspflichten, präventive Schutzpflichten und reaktive Leistungs- und Untersuchungspflichten. Der Staat ist nicht nur dazu verpflichtet, Misshandlungen zu unterlassen, sondern muss vertretbare Foltervorwürfe wirksam und vertieft prüfen und die Betroffenen vor Einschüchterungen schützen.[735] 10 1

Positive staatliche Schutzverpflichtungen gibt es nicht nur mit Bezug auf Gefahren, welche direkt von Behördenmitgliedern ausgehen. Vielmehr muss der Staat auch dafür sorgen, dass Private auf wirksame Weise von der Ausübung von Misshandlungen abgeschreckt werden.[736] Diese Schutzverpflichtungen sind gerade gegenüber verletzlichen Personen, inklusive bei Inhaftierten,[737] besonders intensiv.[738] Zwar dürfen diese Verpflichtungen den Staat nicht überlasten und nicht jede Form der Gewalt insb. zwischen Privaten kann verhindert werden. Die Behörden sind aber zum Eingreifen verpflichtet, wenn sie von einer Gefährdungssituation wissen oder hätten wissen müssen.[739] 10 2

730. BGE 133 IV 76 E. 4.1.
731. BGE 138 II 513 E. 1.2.1.
732. EGMR *A.A. gegen die Schweiz*, Nr. 32218/17, 5.11.2019.
733. BGE 134 IV 156 E. 6.6.2.
734. Caroni, S. 59 f.
735. Art. 13 der Antifolterkonvention; BGer 6B_882/2021, 6B_965/2021 vom 12.11.2021 E. 4.3.3; BGer 6B_507/2017, 6B_508/2017 vom 8.9.2017 E. 2.3; BGE 131 I 455 E. 1.2.5; BSK-Tschentscher, Art. 10 BV N. 61.
736. EGMR *A. gegen das Vereinigte Königreich*, Nr. 25599/94, 23.9.1998, N. 22.
737. EGMR (Grosse Kammer) *Rooman gegen Belgien*, Nr. 18052/11, 31.1.2019, N. 143.
738. EGMR (Grosse Kammer) *O'Keeffe gegen Irland*, Nr. 35810/09, 28.1.2014, N. 144.
739. Ibid.

10 3 Liegt eine besondere Abhängigkeit vom Staat vor, kann das Folterverbot i.w.S. auch **Leistungsansprüche** begründen. So begründet die Abhängigkeit einer inhaftierten Person vom Staat im Rahmen des Sonderstatusverhältnisses z.B. Ansprüche auf angemessene medizinische Versorgung und ausreichendes Essen. Der EGMR begründet diese Ansprüche mit der Verletzlichkeit der betroffenen Personen.[740]

VII. DAS VERBOT DES MENSCHENHANDELS, DER ZWANGSARBEIT UND DER SKLAVEREI

A. Grundlagen

10 4 Die BV beinhaltet kein explizites Verbot der Zwangsarbeit, das dem menschenrechtlichen Anspruch auf Schutz vor **Menschenhandel**, **Zwangsarbeit**, **Leibeigenschaft und Sklaverei** gleichkommt. Gemäss Schweizer fällt die Zwangsarbeit unter die Verbote von Art. 10 Abs. 3 BV.[741] Diese Meinung wird auch hier vertreten. Dafür spricht die besonders gravierende Natur der Beeinträchtigung der Bewegungsfreiheit, der Selbstbestimmung und der physischen und psychischen Integrität, die in diesen Zusammenhängen vorliegt.[742] Dieses Verbot weist aber auch Überschneidungen mit anderen Grundrechten auf, z.B. mit der Menschenwürde (Art. 7 BV) und dem Recht auf Schutz der Privatsphäre (Art. 13 BV). Ferner schützt Art. 27 BV (Wirtschaftsfreiheit) die Privatautonomie und die freie Berufswahl.[743]

10 5 Die **menschenrechtlichen Grundlagen** dieses Schutzes ergeben sich insbesondere aus Art. 4 EMRK, dem Übereinkommen zur Bekämpfung des Menschenhandels des Europarates[744] und dem Palermo-Protokoll der UNO.[745] Auch Art. 8 Abs. 3 UNO-Pakt II und Art. 2 ILO-Übereinkommen Nr. 29[746] beinhalten entsprechende Bestimmungen; Art. 6 Frauenrechtskonvention (CEDAW) schützt spezifisch gegen den Frauenhandel.[747] Mit dem Verbot der

740. EGMR *Sławomir Musiał gegen Polen*, Nr. 28300/06, 20.1.2009, N. 85 ff.; EGMR *Dudchenko gegen Russland*, Nr. 37717/05, 7.11.2017, N. 130.
741. SGK-Schweizer, Art. 10 BV N. 49.
742. Siehe dazu Kehl, S. 257.
743. SGK-Vallender, Art. 27 BV N. 7, 14–15 und 57.
744. Übereinkommen des Europarats zur Bekämpfung des Menschenhandels vom 16.5.2005, in Kraft getreten für die Schweiz am 1.4.2013 (SR 0.311.543).

«Ausbeutung der Arbeitskraft» in Art. 182 StGB kennt die schweizerische Rechtsordnung einen strafrechtlichen Schutz.[748]

Zu beachten sind in diesem Zusammenhang ferner die Berichte der Expertengruppe des Europarates zur Bekämpfung des Menschenhandels (GRETA). Dieses Gremium ist für die Überwachung der Umsetzung der Europaratskonvention zur Bekämpfung des Menschenhandels zuständig. Diese Expertengruppe hat bisher zwei **Länderberichte** zur Schweiz veröffentlicht. In diesen Berichten werden die innerstaatlichen Massnahmen zur Bekämpfung des Menschenhandels beurteilt und konkrete Empfehlungen für eine bessere Umsetzung der Konvention gemacht.[749] 10 6

B. Sachlicher Schutzbereich

Art. 4 EMRK betrifft den innerstaatlichen und den grenzüberschreitenden Menschenhandel, unabhängig von einer möglichen Verbindung mit der organisierten Kriminalität.[750] Im Vordergrund steht hier der Begriff des Menschenhandels («trafficking»). Dieser Begriff wird evolutiv ausgelegt; der Gerichtshof prüft nicht, ob eine Behandlung konkret «Sklaverei», «Leibeigenschaft», oder «Zwangsarbeit» darstellt.[751] Der EGMR hat eine nicht besonders umfangreiche, aber bedeutungsvolle Rechtsprechung zu Art. 4 EMRK erlassen.[752] 10 7

745. Zusatzprotokoll zur Verhütung, Bekämpfung und Bestrafung des Menschenhandels, insbesondere des Frauen– und Kinderhandels zum Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen die grenzüberschreitende organisierte Kriminalität vom 15.11.2000, in Kraft getreten für die Schweiz am 26.11.2006 (SR 0.311.542).
746. ILO Übereinkommen Nr. 29 über Zwangs- oder Pflichtarbeit vom 28.6.1930, in Kraft getreten für die Schweiz am 23.5.1941 (SR 0.822.713.9 (AS 56 956)).
747. Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau vom 18.12.1979, in Kraft getreten für die Schweiz am 26.4.1997 (SR 0.108).
748. Schultz, S. 183; Meriboute.
749. GRETA, Report Concerning the Implementation of the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings by Switzerland, 2. Evaluationsrunde, GRETA(2019)14, 9.10.2019.
750. EGMR *V.C.L. und A.N. gegen das Vereinigte Königreich*, Nrs. 77587/12 und 74603/12, 16.2.2021, N. 148; EGMR (Grosse Kammer) *S.M. gegen Kroatien*, Nr. 60561/14, 25.6.2020, N. 296.
751. EGMR *Rantsev gegen Zypern und Russland*, Nr. 25965/04, 7.1.2010, N. 282; EGMR *V.C.L. und A.N. gegen das Vereinigte Königreich*, Nrs. 77587/12 und 74603/12, 16.2.2021, N. 148. Siehe zu diesen Begriffen auch Kehl, S. 59.

10 8 Ausgelegt wird der Begriff des Menschenhandels anhand von Art. 3(a) des Palermo-Protokolls und Art. 4(a) des Übereinkommens zur Bekämpfung des Menschenhandels.[753] Diese Definition umschreibt verschiedene Handlungsweisen, welche jeweils zur **Ausbeutung** der Opfer führen. Verlangt wird alternativ das Vorliegen der sexuellen Ausbeutung, der Zwangsarbeit oder Zwangsdienstbarkeit, der Sklaverei oder sklavereiähnlicher Praktiken, der Leibeigenschaft oder der Entnahme von Organen.

10 9 Gemäss Meriboute besteht Handlungsbedarf, um der **begrifflichen Undeutlichkeit** der schweizerischen Rechtsordnung in diesem Kontext zu begegnen. Es müsse sichergestellt werden, dass die innerstaatliche Definition der Ausbeutung der Arbeitskraft gemäss Art. 182 StGB breit genug ist, um den internationalen Standards zur Verhinderung des Menschenhandels zu entsprechen.[754]

C. Vermittelte Ansprüche

11 0 Das Verbot des Menschenhandels, der Zwangsarbeit und der Sklaverei beinhaltet **mehrschichtige staatliche Verpflichtungen**.[755] Um diesen Verpflichtungen gerecht zu werden, muss die schweizerische Rechtsordnung so ausgestaltet sein, dass sie den Menschenhandel nicht fördert, sondern davor schützt.[756] Diese Dimension der staatlichen Verpflichtungen ist hier von zentraler Bedeutung, da der Menschenhandel in den meisten Fällen von Privaten begangen wird.[757] Neben dieser legislativen Dimension gibt es noch drei weitere Verpflichtungsdimensionen bezüglich des Menschenhandels.[758] Bei Verdachtsfällen muss u.a. von Amtes wegen ermittelt werden und müssen die Verantwortlichen bestraft werden (prozedurale Dimension);[759] ferner müssen die betroffenen Staaten zusammenarbeiten (transnationale

752. Vgl. z.B. EGMR *Rantsev gegen Zypern und Russland*, Nr. 25965/04, 7.1.2010; EGMR *Siliadin gegen Frankreich*, Nr. 73316/01, 26.6.2005; EGMR (Grosse Kammer) *S.M. gegen Kroatien*, Nr. 60561/14, 25.6.2020; EGMR *V.C.L. und A.N. gegen das Vereinigte Königreich*, Nrs. 77587/12 und 74603/12, 16.2.2021; EGMR *Zoletic und andere gegen Aserbaidschan*, Nr. 20116/12, 7.10.2021.
753. Frei/Graf-Brugère, S. 4–6.
754. Meriboute, S. 383.
755. Vgl. BGE 145 I 308 E. 3.4.3; Perrin.
756. BVGE 2016/27 S. 439 E. 5.2.3.
757. Frei, S. 15.
758. Ausführlicher ibid.
759. EGMR *Chowdury und andere gegen Griechenland*, Nr. 21884/15, 30.3.2017, N. 89.

Dimension)[760] und es müssen gegenüber konkret gefährdeten Personen Schutzmassnahmen ergriffen werden (operative Dimension).[761]

EMPFOHLENE WEITERFÜHRENDE LEKTÜRE

Baumann Felix, Das Grundrecht der persönlichen Freiheit in der Bundesverfassung unter besonderer Berücksichtigung der geistigen Unversehrtheit, Zürich 2011.

Baumann Felix, Inhalt und Tragweite der Bewegungsfreiheit (Art. 10 Abs. 2 BV), ZBl 105/2004, S. 505 ff.

Biaggini Giovanni, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Kommentar, Art. 10 – Recht auf Leben und auf persönliche Freiheit, 2. Aufl., Zürich 2017.

Büchler Andrea, Reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung, ZSR 2016 II, S. 349 ff.

Dubey Jacques, Droits fondamentaux : Volume II – Libertés, garanties de l'Etat de droit, droits sociaux et politiques, Basel 2017, S. 28 ff.

Häfelin Ulrich/Haller Walter/Keller Helen/Thurnherr Daniela, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10. Aufl., Zürich 2020, S. 105 ff.

Malinverni Giorgio/Hottelier Michel/Hertig Randall Maya/Flückiger Alexandre, Droit constitutionnel suisse, Volume II : Les droits fondamentaux, 4. Aufl., Bern 2021, S. 141 ff.

Hertig Randall Maya/Marquis Julien, Kommentierung zu Art. 10 BV, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Commentaire Romand, Constitution fédérale, Basel 2021.

Gavillet Aurélie, Kommentierung zu Art. 11 BV, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Commentaire Romand, Constitution fédérale, Basel 2021.

Mavronicola Natasa, Torture, Inhumanity and Degradation under Article 3 ECHR: Absolute Rights and Absolute Wrongs, Hart 2021.

760. BVGE 2016/27 S. 439 E. 5.2.4 und E. 5.2.5.
761. Ibid. E. 5.2.6. Insgesamt siehe Frei.

Moeckli Daniel, § 31 – Schutz von Person und Persönlichkeit, in: Biaggini Giovanni/Gächter Thomas/Kiener Regina (Hrsg.), Staatsrecht, 3. Aufl., Zürich 2021.

Schweizer Rainer J., Kommentierung zu Art. 10 BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (Hrsg.), St. Galler Kommentar, Die schweizerische Bundesverfassung, 3. Aufl., St. Gallen 2014.

Tschentscher Axel, Kommentierung zu Art. 10 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Basel 2015.

Villiger Mark E., Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in Schweizer Fällen, 3. Aufl., Zürich et al. 2020.

Zumsteg Patrice Martin, Das Recht auf Leben als Schranke staatlichen Handelns, Sicherheit & Recht 1/2012, S. 11 ff.

ZUR AUTORIN

Dr. iur. Corina Heri, LL.M., ist Postdoktorandin an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich. Sie studierte Jus in Zürich und London und promovierte 2017 an der Universität Zürich mit einer Dissertation zum Folterverbot und der Verletzlichkeitstheorie vor dem EGMR. Von 2017 bis 2019 war sie Postdoktorandin an der Universität Amsterdam. Seit 2020 leitet sie zusammen mit Prof. Dr. Helen Keller das ‘Climate Rights and Remedies Project’ an der Universität Zürich, wo sie eine Habilitation zur strategischen Prozessführung schreibt.

LITERATURVERZEICHNIS

Aebi-Müller Regina, Der urteilsunfähige Patient – eine zivilrechtliche Auslegeordnung, Jusletter vom 22.9.2014.

Bähr Cordelia/Brunner Ursula, Ist das Schweizer Klimaziel verfassungskonform?, AJP 2016, S. 1219 ff.

Baldegger Mirjam, Menschenrechtsschutz für juristische Personen in Deutschland, der Schweiz und den Vereinigten Staaten, Berlin 2017.

Balzaretti Sofia, in: Besson Samantha/Mausen Yves/Pichonnaz Pascal/Karametaxas Xenia (Hrsg.), Le consentement en droit, 4ème partie : Le consentement et le genre/Les opérations non consenties d'assignation sexuelle sur les enfants intersexes : enjeux actuels en droit suisse, Genf et al. 2018.

Baumann Felix, Das Grundrecht der persönlichen Freiheit in der Bundesverfassung unter besonderer Berücksichtigung der geistigen Unversehrtheit, Zürich 2011 (zit. Baumann, Das Grundrecht der persönlichen Freiheit).

Baumann Felix, Inhalt und Tragweite der Bewegungsfreiheit (Art. 10 Abs. 2 BV), ZBl 105/2004, S. 505 ff.

Belser Eva Maria/Egli Sandra, Das Recht auf einen selbstbestimmten Tod, ZBJV 156/2020, S. 379 ff.

Bernard Frédéric, Lutte contre le nouveau coronavirus et respect des droits fondamentaux, Sicherheit & Recht 3/2020, S. 130 ff.

Besson Samantha, Das Grundrecht auf Kenntnis der eigenen Abstammung, in: Jusletter 14.3.2005.

Biaggini Giovanni, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Kommentar, Art. 10 – Recht auf Leben und auf persönliche Freiheit, 2. Aufl., Zürich 2017 (zit. Biaggini, Art. 10 BV).

Biaggini Giovanni, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Kommentar, Art. 11 – Schutz der Kinder und Jugendlichen, 2. Aufl., Zürich 2017 (zit. Biaggini, Art. 11 BV).

Blattner Charlotte E./Fasel Raffael, 'Primaten als Grundrechtsträger: Überlegungen zum ersten bundesgerichtlichen Tierrechtsurteil', recht 2021, S. 61–73.

Brägger Benjamin F./Zangger Tanja, Freiheitsentzug in der Schweiz, Handbuch zu grundlegenden Fragen und aktuellen Herausforderungen, Bern 2020.

Brägger Benjamin F., Sterben hinter Gittern – Eine Analyse des rechtlichen Rahmens zur Frage des Ablebens im Freiheitsentzug, SZK 2/2018, S. 3 ff.

Büchler Andrea/Clausen Sandro, ‘Pränataler Kindesschutz’, FamPra.ch 2018, S. 652–676.

Büchler Andrea/Cottier Michelle, Transgender, Intersex und Elternschaft in der Schweiz und im Rechtsvergleich, FamPra.ch 2020, S. 875 ff.

Büchler Andrea/Michel Margot, Medizin - Mensch - Recht, Eine Einführung in das Medizinrecht der Schweiz, 2. Aufl., Zürich et al. 2020.

Büchler Andrea, Reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung, ZSR 2016 II, S. 349 ff.

Caroni Martina, Menschenrechtliche Wegweisungsverbote: Neuere Praxis, in: Jahrbuch für Migrationsrecht 2006/2007, Bern 2007, S. 539 ff.

Caroni Martina/Taylan Maya, Zwingendes Völkerrecht, recht 2015, S. 55 ff.

Chevalier-Watts Juliet, Effective Investigations under Article 2 of the European Convention on Human Rights: Securing the Right to Life or an Onerous Burden on a State?, European Journal of International Law 21(3) (2010), S. 701 ff.

Christensen Birgit/Gächter Thomas, ‘Systemwechsel bei der Organspende’ Pflegerecht 2021, S. 152 ff.

Coninx Anna, Neue Terrorismusbekämpfung in der Schweiz – Grundlagen und Kritik, ZStrR 139/2021, S. 183 ff.

De Weck Fanny, Non-Refoulement under the European Convention on Human Rights and the UN Convention against Torture, Leiden 2017.

Donatsch Andreas, Gesicherte Unterbringung von staatsgefährdenden Personen, Sicherheit & Recht 2/2022, S. 57 ff., 61 f. (zit. Donatsch, Gesicherte Unterbringung).

Donatsch Andreas, Umgang mit gefährlichen Personen – Mögliche gesetzgeberische Lösungen auf Stufe Bund und Kantone, Rechtsgutachten vom 4.4.2019, abrufbar unter https://www.kkjpd.ch/files/Dokumente/News/2020/190415%20Gemeinsames%20-%20fedpol%2BKKJPD%20%20Rechtsgutachten%20Prof.%20A.%20Donatsch%20%20zum%20Umgang%20mit%20gef%C3%A4hrlichen%20Personen.pdf, N. 10 (zit. Donatsch, Umgang mit gefährlichen Personen).

Dubey Jacques, Droits fondamentaux : Volume II – Libertés, garanties de l'Etat de droit, droits sociaux et politiques, Basel 2017, S. 28 ff.

Egger Florian, L'équilibre inachevé du régime juridique du tatouage, du piercing et des pratiques associées en droit public, Zürich 2021.

Entenza Hector, Déterminations sur l'arrêt Gross, SZIER 2014, S. 347–352.

Farrell Michelle, The Marks of Civilisation: The Special Stigma of Torture, 22(1) Human Rights Law Review 2022.

Frei Nula/Graf-Brugère Anne-Laurence, L'exploitation au travail en procédure d'asile : obligations positives et qualité de réfugié, Asyl 3/18, S. 3 ff.

Frei Nula, Identifizieren, Schützen, Unterstützen: Neue Rechtsprechung des EGMR zum Opferschutz bei Menschenhandel, Asyl 3/17, S. 15.

Galetti Benedetta S., La mort provoquée, Les limitations de la réglementation légale, leurs fondements et des propositions d'alternatives, Zürich et al. 2020.

Gewirth Alan, There are Absolute Rights, The Philosophical Quarterly 32/1982, S. 348 ff.

Giger Gianni, Legitimation staatlicher Tötung durch den finalen Rettungsschuss, Rechtslage und Erkenntnisstand zum gezielten polizeilichen Todesschuss in der Schweiz unter Berücksichtigung rechtsvergleichender Aspekte und europäischer Standards, Zürich/Basel/Genf 2013 (= ZStStr 70), S. 95–114.

Glaser Andreas, 'Bundesgericht, I. öffentlich-rechtliche Abteilung, Urteil 1C_105/2019 vom 16.9.2020 (zur Publikation vorgesehen), Heiner Vischer et al. gegen Deborah Ness et al., Zulässigkeit der kantonalen Volksinitiative «Grundrechte für Primaten», AJP 2021, S. 88–91.

Häfelin Ulrich/Haller Walter/Keller Helen/Thurnherr Daniela, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10. Aufl., Zürich 2020.

Hensler Beat, Der polizeiliche Schusswaffengebrauch vor dem Hintergrund von Menschenwürde und Rettungsfolter, Sicherheit & Recht 1/2013, S. 29 ff.

Hertig Randall Maya/Marquis Julien, Kommentierung zu Art. 10 BV, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Commentaire Romand, Constitution fédérale, Basel 2021.

Hertig Randall Maya, La Convention européenne des droits de l'homme, in: Oliver Diggelmann/Maya Hertig Randall/Benjamin Schindler (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Band 2, Zürich 2020, S. 1267–1292.

Jungo Alexandra/Reidy Julia, Covid-19-Impfung – Jugendliche können eigenständig entscheiden, recht 2021.

Jungo Alexandra, Ausschluss unverheirateter Paare und Alleinstehender vom Zugang zur Fortpflanzungsmedizin, FamPra.ch 2022, S. 574 ff.

Junod Valérie/Baud Carole-Anne/Broers Barbara/Schmitt-Koopmann Caroline/Simon Olivier, Tests urinaires dans le traitement médical de la dépendance aux opioïdes : Fin d''une pratique anachronique ?, sui generis 2021, S. 331 ff.

Kaufmann Christine/Senn Moritz, Menschenrechte im Alter, Pflegerecht 2021, S. 177 ff.

Kehl Sarah, Moderne Sklaverei, Eine rechtsvergleichende Untersuchung zu den Vorgaben unter der EMRK und in der Schweiz unter besonderer Berücksichtigung des britischen Modern Slavery Act 2015, Zürich et al. 2021.

Kiener Regina/Kälin Walter/Wyttenbach Judith, Grundrechte, 3. Aufl., Bern 2018.

Kiener Regina/Moeckli Daniel, Die Zertifikatspflicht ist keine Diskriminierung, NZZ Nr. 220 22.9.2021, S. 19.

Kolb Robert, Peremptory International Law – Jus Cogens: A General Inventory, Oxford 2015.

Koller Heinrich, Der Einleitungstitel und die Grundrechte in der neuen Bundesverfassung, AJP 1999, S. 656 ff.

Langer Lorenz, Impfung und Impfzwang zwischen persönlicher Freiheit und Schutz der öffentlichen Gesundheit, ZSR 136/I (2017) S. 87 ff.

López Larissa Isabel, 'Straf- und verfassungsrechtliche Beurteilung des Abschusses von Renegade-Flugzeugen', SVLR-Bulletin 151/2019, S. 37–58.

Maculan Elena, Judicial Definition of Torture as a Paradigm of Cross-fertilisation: Combining Harmonisation and Expansion, Nordic Journal of International Law 84(3) (2015), S. 456 ff.

Malinverni Giorgio/Hottelier Michel/Hertig Randall Maya/Flückiger Alexandre, Droit constitutionnel suisse, Volume II : Les droits fondamentaux, 4. Aufl., Bern 2021.

Mavronicola Natasa, Torture, Inhumanity and Degradation under Article 3 ECHR: Absolute Rights and Absolute Wrongs, Hart 2021.

Meriboute Nadia, La traite d''êtres humains à des fins d''exploitation du travail, Genf 2020.

Minder Liliane Denise, Sexuelle und reproduktive Selbstbestimmungsrechte von Mädchen und Frauen mit geistigen Behinderungen: Eine Bestandesaufnahme, FamPra.ch 2022, S. 107 ff.

Minelli Ludwig A., Unbegründete Kritik am Urteil Gross, SZIER 2014, S. 339–345.

Moeckli Daniel/Keller Raphael, Wegweisungen und Rayonverbote – ein Überblick, Sicherheit Recht = Sécurité droit, 3/2012, S. 231–245.

Moeckli Daniel, Grundrechte in Zeiten von Corona, ZBl 2020, S. 237 ff. (zit. Moeckli, Grundrechte in Zeiten von Corona).

Moeckli Daniel, § 31 – Schutz von Person und Persönlichkeit, in: Biaggini Giovanni/Gächter Thomas/Kiener Regina (Hrsg.), Staatsrecht, 3. Aufl., Zürich 2021 (zit. Moeckli, Schutz von Person und Persönlichkeit).

Moeckli Daniel, Persönlichkeitsschutz, in: Oliver Diggelmann/Maya Hertig Randall/Benjamin Schindler (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Band 2, Zürich 2020, S. 1383–1411 (zit. Moeckli, Persönlichkeitsschutz).

Molo Giovanni, Obbligo di vaccinazione nelle imprese?, NF 1/2022, S. 36 ff.

Moser-Szeless Margit, La surveillance comme moyen de preuve en assurance sociale, SZS 2013, S. 129 ff.

Müller Markus, Hungertod in der Zelle, ZBl 114/2013, S. 293 ff.

NKVF, Gesamtbericht über die schweizweite Überprüfung des stationären therapeutischen Massnahmenvollzugs (Art. 59 StGB) durch die Nationale Kommission zur Verhütung von Folter 2013–2016, https://www.nkvf.admin.ch/nkvf/de/home/thematische-schwerpunkte/

strafrechtliche-freiheitsentzuege--straf--und-massnahmenvollzug/stationaere-therapeutische-massnahmen.html (besucht am 1.7.2022).

Nowak Manfred/McArthur Elizabeth, The Distinction between Torture and Cruel, Inhuman or Degrading Treatment, Torture 16(3) (2006), S. 147 ff.

Nowak Manfred, What Practices Constitute Torture?: US and UN Standards, Human Rights Quarterly 28(4) (2006), S. 809 ff.

Oehen Moritz, Opfer zweiter Klasse: Opfer staatlicher Gewalt und die Beschwerde in Strafsachen, sui generis 2015, S. 34–49.

Oesch Matthias, UNO-Sanktionen und ihre Umsetzung im schweizerischen Recht, SZIER 2009, S. 337 ff.

Perrin Bertrand, La répression de la traite d'êtres humains en droit suisse, Zürich et al. 2020.

Pinto Mattia, Sowing a 'Culture of Conviction': What Shall Domestic Criminal Justice Systems Reap from Coercive Human Rights?, in: Laurens Lavrysen und Natasa Mavronicola (Hrsg.), Coercive Human Rights: Positive Duties to Mobilise the Criminal Law under the ECHR, Oxford 2020, S. 161 ff.

Piras Chiara/Breitenmoser Stephan, Das Verbot der Todesstrafe als regionales ius cogens, AJP 2011, S. 331 ff.

Pultrone Laura, Rezeptierung von NaP für die Suizidbeihilfe, Unter besonderer Berücksichtigung der Möglichkeit einer Rezeptur an gesunde Personen, in: Anna Coninx/et al. (Hrsg.), Prävention und freiheitliche Rechtsordnung, APARIUZ, Zürich 2019, S. 177 ff.

Reich Johannes, Bundesgericht, I. öffentlich-rechtliche Abteilung, 1C_37/2019, 5. Mai 2020; zur Publikation in der amtlichen Sammlung vorgesehen, ZBl 121/2020, S. 489 ff.

Renker Jana, Bewegungseinschränkende Massnahmen in der häuslichen Pflege, Pflegerecht 2019, S. 13 ff.

Rhinow René A./Schefer Markus/Uebersax Peter, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3. Aufl., Basel 2016.

Riedo Christof/Niggli Marcel Alexander, Unantastbar? Bemerkungen zum so genannten Kerngehalt von Grundrechten oder Much Ado About Nothing, AJP 2011, S. 762 ff.

Rochel Johan, Des invités dans la Constitution cantonale?, ZBl 122/2021, S. 67 ff.

Rütsche Bernhard, Rechte von Ungeborenen auf Leben und Integrität. Die Verfassung zwischen Ethik und Rechtspraxis, Zürich et al. 2009.

Sandberg Kirsten, The Rights of LGBTI Children under the Convention on the Rights of the Child, Nordic Journal of Human Rights (33/4) (2015), S. 337–352.

Savioz-Viaccoz Valérie, L'embryon in vitro: émergence d'un nouvel objet de droit, Qualification juridique et contrats, Zürich et al. 2021.

Scarpelli Samuele, Wirtschaftssanktionen gegen private Personen, Verfahren und Rechtsschutz in der Europäischen Union und in der Schweiz unter besonderer Berücksichtigung der Rolle und Befugnisse des UN-Sicherheitsrates im Rahmen der Terrorismusbekämpfung, Zürich et al. 2015.

Schultz Annatina, Die Strafbarkeit von Menschenhandel in der Schweiz, Analyse und Reformbedarf von Art. 182 StGB, Zürich et al. 2020 (= ZStStr 105).

Schweizer Rainer J., Kommentierung zu Art. 10 BV in: Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (Hrsg.), St. Galler Kommentar, Die schweizerische Bundesverfassung, 3. Aufl., St. Gallen 2014.

Skinner Stephen, Lethal Force, the Right to Life and the ECHR: Narratives of Death and Democracy, Oxford 2019.

Staub Deborah, Verfassungsrechtlicher Rahmen der Präimplantationsdiagnostik-Verfahren (PID-Verfahren), Zürich et al. 2019.

Sturm Evelyne, Untersuchung von polizeilicher Gewaltanwendung, Menschenrechtliche Vorgaben und ihre Umsetzung in der Schweiz, Zürich et al. 2019.

Teichmann Fabian/Camprubi Madeleine, Baustelle Suizidhilfe: Herausforderungen für den Gesetzgeber und die Justiz, Pflegerecht 2020, S. 22 ff.

Termacic Tatiana, The Council of Europe's Role in the Creation in a 'Death-penalty Free Zone', Council of Europe Directorate General of Human Rights and Rule of Law, Minsk, 27. August 2019, https://rm.coe.int/speech-minsk-27-august-2019/168097129c (besucht am 9.2.2023).

Trotter Sarah, 'Hope's Relations: A Theory of the 'Right to Hope' in European Human Rights Law', Human Rights Law Review 22(2) (2022).

Tschentscher Axel, Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2004 und 2005 (zusammen mit Kälin Walter/Kiener Regina/Müller Markus/Tschannen Pierre), ZBJV 141/2005, S. 654–661 (zit. Tschentscher, ZBJV 141/2005).

Tschentscher Axel, Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2007 und 2008 (zusammen mit Kälin Walter/Kiener Regina/Lienhard Andreas/Tschannen Pierre), ZBJV 144/2008, S. 733 ff. (zit. Tschentscher, ZBJV 144/2008).

Tschentscher Axel, Kommentierung zu Art. 10 BV in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Basel 2015 (zit. BSK-Tschentscher Art. 10 BV).

Tschumy Nicolas, in: Besson Samantha/Mausen Yves/Pichonnaz Pascal/Karametaxas Xenia (Hrsg.), Le consentement en droit, 8ème partie: Le consentement, la violence et la mort/Le consentement aux actes sur le cadavre, Genf et al. 2018.

Urwyler Thierry/Noll Thomas, Sterbehilfe (Suizidhilfe) im Straf- und Massnahmenvollzug, in: Jusletter 10.12.2018.

Vallender Klaus A., Kommentierung zu Art. 27 BV in: Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich et al. 2014.

Villiger Mark E., Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in Schweizer Fällen, 3. Aufl., Zürich et al. 2020.

Vokinger Kerstin Noëlle/Rohner Noah, Impfobligatorium und Impfzwang – eine staatsrechtliche Würdigung, recht 2020, S. 257 ff.

Wälty Carla Sophia, Verbot zum Tragen von Kopftuch oder Piercing durch den Arbeitgeber, Zürich et al. 2018.

Wicks Elizabeth, The Right to Life and Conflicting Interests, Oxford 2010, S. 81 ff.

Ziegler Lenka, Sterben in Würde – Wertekonflikt zwischen dem Recht auf Leben und dem Recht auf Sterben, Selbstbestimmungsrecht am Ende, in: Juana Vasella/Anne-Sophie Morand (Hrsg.), Werte im Recht – das Recht als Wert, Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft Bd. Nr. 121, Zürich 2018, S. 79 ff.

Zumsteg Patrice Martin, Das Recht auf Leben als Schranke staatlichen Handelns, Sicherheit & Recht 1/2012, S. 11 ff. (zit. Zumsteg, Recht auf Leben).

Zumsteg Patrice Martin, Verwaltungsgericht des Kantons Zürich, 3. Abteilung/ 3. Kammer, Urteil AN.2020.00011 vom 22.10.2020, A. et al. gegen Regierungsrat des Kantons Zürich, Verordnung über Massnahmen zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie, AJP 2021, S. 92 ff. (zit. Zumsteg, Verwaltungsgericht).

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 13 BV

Eine Kommentierung von Joel Drittenbass

ZITIERVORSCHLAG

Joel Drittenbass, Kommentierung zu Art. 13 BV, in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (Hrsg.), Onlinekommentar zur Bundesverfassung

Kurzzitat: OK-Drittenbass, Art. 13 BV N. XXX.

Art. 13 Schutz der Privatsphäre

[1] Jede Person hat Anspruch auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens, ihrer Wohnung sowie ihres Brief-, Post- und Fernmeldeverkehrs.

[2] Jede Person hat Anspruch auf Schutz vor Missbrauch ihrer persönlichen Daten.

GLIEDERUNG

I. Entstehungsgeschichte 189
A. Recht auf Privatsphäre (Art. 13 Abs. 1 BV) 189
B. Datenschutzgrundrecht (Art. 13 Abs. 2 BV) 191
II. Gegenstand und Gehalt von Art. 13 BV 192
A. Verfassungsrechtlicher Privatsphärenbegriff 192
B. Persönlicher Schutzbereich 196
C. Individual- und objektivrechtliche Dimensionen 197
D. Abgrenzungen 199
III. Schutz der Privatsphäre 200
A. Absatz 1: Anspruch auf Achtung der Privatsphäre 200
1. Vorbemerkungen 200
2. Privatleben 200
a. Schutzbereich 200
b. Einschränkungen 202
3. Familienleben 206
a. Schutzbereich 206
b. Einschränkungen 208
4. Wohnung 211
a. Schutzbereich 211
b. Einschränkungen 212
5. Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis 216
a. Schutzbereich 216
b. Einschränkungen 217
B. Absatz 2: Datenschutzgrundrecht 222
1. Schutzbereich 222
2. Dimensionen 225
a. Datenschutzgrundrecht als Abwehrrecht 225
b. Grundrechtliche Schutzpflicht gegenüber privater Datenbearbeitung 225
3. Einschränkungen 226
Weitere empfohlene Lektüre 231
Literaturverzeichnis 233

I. ENTSTEHUNGSGESCHICHTE

A. Recht auf Privatsphäre (Art. 13 Abs. 1 BV)

Die Bundesverfassung kennt erst seit 1999 eine ausdrückliche, grundrechtliche Garantie der Privatsphäre, die in Art. 13 BV[762] unter dem Titel «Schutz der Privatsphäre» ihren Niederschlag findet.[763] **Art. 13 Abs. 1 BV** schützt – mit fast identischem Wortlaut wie Art. 8 Abs. 1 EMRK[764] – das Privat- und Familienleben, die Wohnung sowie den Brief-, Post- und Fernmeldeverkehr.[765] Die Bundesverfassung vom 12. September 1848 (BV 1848)[766] sowie die Bundesverfassung vom 29. Mai 1874 (BV 1874)[767] enthielten demgegenüber keine allgemeine, integrale Garantie der Privatsphäre, sondern sie schützten lediglich gewisse Aspekte der Privatsphäre.[768] So schützte die BV 1848 beispielsweise in einem gewissen Umfang die Vertraulichkeit der Kommunikation, indem sie in Art. 33 Abs. 3 die Unverletzlichkeit des Postgeheimnisses statuierte.[769] Das Postgeheimnis wurde sodann in der BV 1874 durch das Telegraphengeheimnis (Art. 36 Abs. 4) erweitert.[770] Auch 1

762. Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18.4.1999 (BV; SR 101).
763. BSK-Diggelmann, Art. 13 BV N. 1.
764. Konvention vom 4. November 1950 zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK; SR 0.101). Der Begriff «Korrespondenz» gemäss Art. 8 Abs. 1 EMRK wurde in Art. 13 Abs. 1 BV durch «Brief-, Post- und Fernmeldeverkehr» ersetzt bzw. erweitert. Vgl. SGK-Breitenmoser, Art. 13 Abs. 1 BV N. 2.
765. Belser, in: Belser/Epiney/Waldmann, Datenschutzrecht, § 6 N. 30: «Das in Art. 13 BV verankerte Recht auf Schutz der Privatsphäre ist [...] Art. 8 EMRK nachgebildet. Der verfassungsmässige Schutz der Privatsphäre stimmt mit dem konventionsrechtlichen weitgehend überein, ohne jedoch mit ihm deckungsgleich zu sein». Nach SGK-Breitenmoser, Art. 13 Abs. 1 BV N. 2 m.Verw. auf BGE 146 I 20 E. 5.1 und BGE 126 II 377 E. 7 sind die Schutzbereiche von Art. 8 Abs. 1 EMRK und Art. 13 Abs. 1 BV hingegen deckungsgleich. Vgl. auch Botschaft 1996, S. 152: «Die Bestimmung [...] stimmt materiell weitgehend mit Artikel 8 EMRK überein». Vgl. ferner CR-Hertig Randall/Marquis, Art. 13 BV N. 2 m.Verw.
766. Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 12. September 1848 (BBl 1849 I 3 ff.).
767. Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874 (BBl 1874 I 699 ff.).
768. BSK-Diggelmann, Art. 13 BV N. 1.
769. BSK-Diggelmann, Art. 13 BV N. 2; Moeckli, S. 1385 m.w.H.
770. Belser, in: Belser/Epiney/Waldmann, Datenschutzrecht, § 6 N. 8 m.Verw.; Biaggini, Art. 13 BV N. 1; SGK-Breitenmoser, Art. 13 Abs. 1 BV N. 1 m.Verw. auf BGE 122 I 182 E. 3a und BGE 109 Ia 273 E. 4a; Müller/Schefer, S. 39 m.w.Verw.

zahlreiche Kantonsverfassungen verankerten mit der Unverletzlichkeit der Wohnung ab 1830 einen wesentlichen Aspekt der Privatsphäre.[771] Einzelne Aspekte der Privatsphäre wurden demnach bereits vor 1999 verfassungsrechtlich auf eidgenössischer sowie kantonaler Ebene gewährleistet.

2 Bis zur Schaffung von Art. 13 BV wurde der verfassungsrechtliche Schutz der Privatsphäre in der Schweiz insbesondere durch die **persönliche Freiheit** gewährleistet, die 1963 vom Bundesgericht als ungeschriebenes Grundrecht anerkannt wurde.[772] In den Folgejahren erweiterte das Bundesgericht den Schutzbereich der persönlichen Freiheit auf die geistige Unversehrtheit (1964) sowie auf elementare Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltung (1971).[773] Diese höchstrichterliche Rechtsprechung zur persönlichen Freiheit war massgeblich durch die EMRK und die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (EGMR) geprägt.[774] Die massgebenden Impulse für den grundrechtlichen Privatsphärenschutz in der Schweiz gingen – und gehen – demnach von der EMRK und der Konventionsrechtsprechung zu **Art. 8 Abs. 1 EMRK** aus.[775] Das Bundesgericht ist daher um eine harmonisierende Auslegung von Art. 13 Abs. 1 BV sowie Art. 8 Abs. 1 EMRK bemüht.[776]

771. Moeckli, S. 1385 m.Verw.
772. Belser, in: Belser/Epiney/Waldmann, Datenschutzrecht, § 6 N. 28; BSK-Diggelmann, Art. 13 BV N. 3 m.Verw.; Moeckli, S. 1385 f. In BGE 89 I 92 anerkannte das Bundesgericht die Garantie der persönlichen Freiheit als ungeschriebenes Verfassungsrecht des Bundes an (E. 3): «Die persönliche Freiheit im Sinne der physischen Freiheit, d.h. der Freiheit über den eigenen Körper [...], ist die Voraussetzung für die Ausübung aller andern Freiheitsrechte und bildet damit einen *unentbehrlichen Bestandteil* der *rechtsstaatlichen Ordnung* des Bundes. Nach der heute herrschenden Auffassung gehört die Garantie der persönlichen Freiheit daher wie die Eigentumsgarantie dem ungeschriebenen Verfassungsrecht des Bundes an [...] [Hervorhebungen nur hier]».
773. BSK-Diggelmann, Art. 13 BV N. 3; OK-Heri, Art. 10 BV N. 2; Moeckli, S. 1386 m.Verw. auf BGE 90 I 29 E. 3 sowie BGE 97 I 45 E. 3; Müller/Schefer, S. 39 f. m.w.Verw.
774. Belser, in: Belser/Epiney/Waldmann, Datenschutzrecht, § 6 N. 13 m.Verw. In der Allgemeinen Menschenrechtserklärung wurde erstmals eine allgemeine Privatsphärengarantie formuliert, die 1966 mit minimalen Veränderungen in den Internationalen Pakt vom 16.12.1966 über bürgerliche und politische Rechte (SR 0.103; nachfolgend: UNO-Pakt II) überführt wurde. Vgl. BSK-Diggelmann, Art. 13 BV N. 4; CR-Hertig Randall/Marquis, Art. 13 BV N. 6.
775. BSK-Diggelmann, Art. 13 BV N. 4 f. m.w.H. Vgl. zur Entstehungsgeschichte von Art. 8 EMRK Brötel, 35 ff.
776. Biaggini, Art. 13 BV N. 1 m.Verw. auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung.

B. Datenschutzgrundrecht (Art. 13 Abs. 2 BV)

Art. 13 Abs. 2 BV schützt jede Person vor Missbrauch ihrer persönlichen Daten. Vor 1999 war der grundrechtliche Anspruch auf Datenschutz in der Bundesverfassung – im Gegensatz zu gewissen Kantonsverfassungen – nicht ausdrücklich verankert. Das Bundesgericht anerkannte allerdings bereits unter der Bundesverfassung von 1874 datenschutzrechtliche Ansprüche, z.B. ein Auskunfts- und Berichtigungsrecht von Privaten bezüglich der sie betreffenden, von einer Behörde registrierten Daten.[777] 3

Das Datenschutzrecht in der Schweiz wurde und wird wesentlich durch das **internationale** und **europäische Datenschutzrecht** geprägt.[778] So wird der Schutz der persönlichen Daten auch in für die Schweiz verbindlichen völkerrechtlichen Verträgen gewährleistet. Zu nennen sind hier insbesondere Art. 17 UNO-Pakt II sowie Art. 8 EMRK.[779] Massgebliche Impulse für das Schweizer Datenschutzrecht gehen zudem vom Übereinkommen zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten («Europäische Datenschutzkonvention», DSK)[780] aus, weil die Schweiz datenschutzrechtliche Grundbegriffe (z.B. den Begriff der besonders schützenswerten Personendaten) sowie Grundprinzipien der DSK (namentlich die allgemeinen Datenbearbeitungsgrundsätze) ins nationale Datenschutzrecht überführt hat.[781] 4

In jüngster Vergangenheit wurde das Schweizer Datenschutzrecht insbesondere durch die **Datenschutz-Grundverordnung** der EU 5

777. BGE 125 I 257 E. 3b. Vgl. dazu Belser, in: Belser/Epiney/Waldmann, Datenschutzrecht, § 6 N. 57 ff.; BSK-Schönbächler/Maurer-Lambrou/Kunz, Art. 1 DSG N. 4 m.Verw.; CR-Hertig Randall/Marquis, Art. 13 BV N. 1 (FN 2); Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, § 12 N. 388 m.w.Verw.; Müller/Schefer, S. 164 m.w.Verw.; SGK-Schweizer/Striegel, Art. 13 Abs. 2 BV N. 76.

778. Drittenbass, N. 130 m.w.Verw.; Schweizer, Geschichte, § 1 N. 8.

779. Drittenbass, N. 131 m.w.Verw.; Schweizer/Rechsteiner, § 2 N. 44 m.Verw. Die einzelnen Normen der EMRK sowie des UNO-Paktes II sind grundsätzlich unmittelbar anwendbar («self-executing»). Vgl. hierzu Rhinow/Schefer/Uebersax, N. 1049 sowie N. 1069.

780. Übereinkommen vom 28.1.1981 zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten (SR 0.235.1; nachfolgend: DSK).

781. Drittenbass, N. 130 m.w.Verw.; Schweizer, Geschichte, § 1 N. 8 m.w.Verw. Die DSK gilt als «non self-executing treaty», weshalb sie keine unmittelbaren Rechte und Pflichten gegenüber dem Individuum begründet. Vgl. hierzu Meier, S. 86 m.w.Verw.; Gerschwiler, § 3 N. 8 m.Verw. Wohl a.A. SGK-Schweizer/Striegel, Art. 13 Abs. 2 BV N. 77: «Es ist grundsätzlich nicht unmittelbar anwendbar. Allerdings lassen sich u.E. doch gewisse justiziable Rechte des Einzelnen daraus ableiten, [...]».

(DSGVO)[782] beeinflusst, weil sich der Bundesgesetzgeber im Rahmen der Totalrevision des eidgenössischen Datenschutzgesetzes (DSG)[783] an den Bestimmungen der DSGVO orientierte.[784] Diese Annäherung des totalrevidierten DSG an die DSGVO erachtete der Regelungsgeber als notwendig, damit die Europäische Kommission das Datenschutzniveau der Schweiz mit Blick auf den grenzüberschreitenden Datenverkehr zwischen der Schweiz und den EU-Mitgliedstaaten weiterhin als angemessen anerkennt (sog. Angemessenheitsbeschluss).[785]

II. GEGENSTAND UND GEHALT VON ART. 13 BV

A. Verfassungsrechtlicher Privatsphärenbegriff

6 Die Bundesverfassung definiert nicht näher, was unter dem Begriff der Privatsphäre im Sinne von Art. 13 BV konkret zu verstehen ist. Ein Versuch einer Begriffsbestimmung findet sich dagegen in der Botschaft vom 20. November 1996 zur neuen BV. Diese umschreibt das Recht auf Privatsphäre als Anspruch «jeder Person, vom Staat nicht an der freien Gestaltung ihres Lebens und ihres Verkehrs mit anderen Personen gehindert zu werden, sowie die Respektierung eines persönlichen Geheimbereichs».[786] Das Recht auf Achtung und Schutz der Privatsphäre besteht indessen in erster Linie im **privaten Raum** (sachlicher Schutzbereich). Art. 13 BV schützt jedoch auch

782. Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27.4.2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung), ABl. L 119 vom 4.5.2016, S. 1–88.

783. Bundesgesetz vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz (DSG; SR 235.1).

784. SGK-Schweizer/Striegel, Art. 13 Abs. 2 BV N. 77.

785. Steiner, S. 54 m.Verw. Die Schweiz ist staatsvertraglich nicht zur integralen Übernahme der DSGVO verpflichtet, weil die DSGVO nicht Bestandteil des Schengen- und Dublin-Assoziierungsabkommens bildet. Vgl. Drittenbass, N. 137 m.w.Verw.; SGK-Schweizer/Striegel, Art. 13 Abs. 2 BV N. 77; Steiner, S. 63 ff.: «Bei der Herstellung der Gleichwertigkeit bzw. Angemessenheit oder Äquivalenz im Rahmen von Drittstaatenregimes – also ausserhalb staatsvertraglicher Regelungen – geht es regelmässig um eine *Angleichung* des Rechts der Handelspartner an das EU-Recht – *nicht um eine Übernahme* von EU-Recht». David Rosenthal zeigt in seinem Beitrag zum totalrevidierten DSG illustrativ auf, dass das revidierte DSG in gewissen Regelungsbereichen materiell von der DSGVO abweicht. Vgl. Rosenthal, Datenschutzgesetz, N. 1 ff.

786. Botschaft 1996, S. 152. Kritisch hierzu SGK-Breitenmoser Art. 13 Abs. 1 BV N. 14 m.Verw.: «Die in den Materialien gegebene Begriffsumschreibung ist denn auch kaum brauchbar».

private Tätigkeiten, die im öffentlichen Raum erfolgen. Denn Personen, die sich in der Öffentlichkeit aufhalten, geben damit noch keine implizite Einwilligung, von staatlichen Behörden überwacht, gefilmt, fotografiert oder abgehört zu werden.[787]

Eine einheitliche, wissenschaftlich allgemein anerkannte Definition des Privatsphärenbegriffs nach Art. 13 Abs. 1 BV konnte sich bisher im Schrifttum nicht durchsetzen, was – um hier die Worte von Oliver Diggelmann zu verwenden – eine «Flucht» in die Praxis zur Folge hat.[788] Mit anderen Worten hat der verfassungsrechtliche Privatsphärenbegriff in der Rechtspraxis unterschiedliche Deutungen erfahren, weil der Begriff relativ offen und unbestimmt gehalten ist.[789] Hinzu kommt, dass im Schrifttum unterschiedliche Begrifflichkeiten (z.B. Privatheit, Privatsphäre oder Privatleben) verwendet werden.[790] Diese Begriffsvielfalt birgt freilich die Gefahr von Missverständnissen und Begriffsverwirrungen, weil der verfassungsrechtliche Privatsphärenbegriff z.B. mit dem Begriff des Privatlebens als Teilgehalt von Art. 13 BV nicht deckungsgleich ist. Vorliegend wird daher der **Begriff der Privatsphäre** (in Abgrenzung zu jenem des Privatlebens) als **Oberbegriff** für sämtliche unter Art. 13 BV fallenden Lebenssachverhalte verwendet. Der unter Art. 13 Abs. 1 BV geschützte Teilgehalt des Privatlebens ist demzufolge nach dem hier vertretenen Begriffsverständnis ein wesentlicher, vom verfassungsrechtlichen Schutz auf Privatsphäre erfasster Lebensbereich. Schematisch und vereinfacht lässt sich die Abgrenzung wie folgt darstellen: 7

Die Rechtspraxis behilft sich trotz oder gerade wegen der konzeptionellen Schwierigkeit, das Grundrecht auf Achtung und Schutz der Privatsphäre konzis zu fassen, mit der Aufzählung **typischer Eingriffe** bzw. **relevanter** 8

787. Belser, in: Belser/Epiney/Waldmann, Datenschutzrecht, § 6 N. 33 m.w.Verw. Vgl. zudem Biaggini, Art. 13 BV N. 5; SGK-Breitenmoser, Art. 13 Abs. 1 BV N. 17 ff.

788. BSK-Diggelmann, Art. 13 BV N. 6. Vgl. ferner Biaggini, Art. 13 BV N. 2 m.Verw.; CR-Hertig Randall/Marquis, Art. 13 BV N. 7; Diggelmann, Privatheit, S. 53 ff.; Moeckli, S. 1403 m.Verw.; SGK-Breitenmoser, Art. 13 Abs. 1 BV N. 13 m.w.Verw. So auch für den anglo-amerikanischen Rechtskreis Angel/Calo, S. 3: «One hundred years of debating solitude yielded no single consensus definition».

789. BSK-Diggelmann, Art. 13 BV N. 6 f., der die Ursache für das Fehlen einer allgemein gültigen Begriffsumschreibung im «Hybridcharakter» des Rechts auf Privatsphäre erblickt: «Es haben sich zwei sich ergänzende Privatsphären-Grundideen zu einem Grundrecht amalgamiert, wobei zwischen ihnen teilweise auch ein Spannungsverhältnis besteht».

790. BSK-Diggelmann, Art. 13 BV N. 6.

Schutzbereiche.[791] Es erstaunt daher kaum, dass eine reichhaltige Kasuistik zu typischen Anwendungsfällen von Art. 13 BV existiert, die nachfolgend in Abschnitt III. beispielhaft dargestellt werden (vgl. unten, N. 16 ff.).

9 Auch der EGMR bestimmt von Fall zu Fall, ob ein Lebenssachverhalt den Schutzbereich von Art. 8 EMRK überhaupt berührt.[792] Art. 8 Abs. 1 EMRK umfasst das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens, der Wohnung sowie der Korrespondenz.[793] Art. 8 EMRK wird in Verfahren vor dem EGMR relativ häufig angerufen, die Anzahl an Urteile, in denen eine Verletzung von Art. 8 EMRK festgestellt wurde, hält sich allerdings in Grenzen.[794] Gemäss der Konventionsrechtsprechung fallen z.B. folgende Sachverhalte unter den Schutzbereich von Art. 8 Abs. 1 EMRK:

- Zum Recht auf Achtung des Privatlebens gemäss Art. 8 Abs. 1 EMRK gehört die Autonomie des Menschen und damit das **Selbstbestimmungsrecht**.[795] Zum Recht auf Selbstbestimmung gehört auch das Recht auf Identität und Entwicklung einer Person, wozu auch die Möglichkeit, Beziehungen zu anderen Menschen zu pflegen, auch sexueller Natur, zählt.[796]
- Art. 8 Abs. 1 EMRK umfasst auch **geschäftliche** und **berufliche Aktivitäten**.[797]
- Nach der Rechtsprechung des EGMR können **Umweltbeeinträchtigungen** (z.B. Lärm oder andere Emissionen) die

791. Biaggini, Art. 13 BV N. 5 m.Verw.; BSK-Diggelmann, Art. 13 BV N. 6; Moeckli, S. 1403 m.w.Verw. auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung.
792. Breitenmoser, Privatsphäre, S. 37; BSK-Diggelmann, Art. 13 BV N. 6; Diggelmann, Privatheit, S. 52 f. m.w.Verw.
793. Das Recht auf Achtung der Privatsphäre gemäss Art. 8 Abs. 1 EMRK kann gemäss Rechtsprechung des EGMR nicht abschliessend definiert werden. Vgl. EGMR *Peck gegen das Vereinigte Königreich*, Nr. 44647/98, 28.4.2003, N. 57: «La «vie privée» est une notion large, qui ne se prête pas à une définition exhaustive». Vgl. auch HK-EMRK/Nettesheim, Art. 8 EMRK N. 7; SGK-Breitenmoser, Art. 13 Abs. 1 BV N. 31 m.Verw. Vgl. zudem BGer 2C_157/2003 vom 23.7.2024 E. 5.4 m.w.Verw.
794. Villiger, N. 654.
795. EGMR *National Federation of Sportspersons' Associations and Unions (FNASS) und andere gegen Frankreich*, 18.1.2018, Nr. 48151/11 und Nr. 77769/13, N. 153 m.Verw.: «Article 8 protects the right to personal development, whether in terms of personality or of personal autonomy, which is an important principle underlying the interpretation of the Article 8 guarantees (...). It encompasses (...) and may include professional activities or activities taking place in a public context (...)».

Ausübung des Rechts auf Achtung des Privat- und Familienlebens sowie der Wohnung gemäss Art. 8 Abs. 1 EMRK beeinträchtigen.[798] An diese Rechtsprechung knüpfte der EGMR im Urteil vom 9.4.2024 («KlimaSeniorinnen-Urteil») an und leitete aus Art. 8 EMRK ein «Menschenrecht auf effektiven Schutz vor den nachteiligen Folgen des Klimawandels für die menschliche Gesundheit und Lebensqualität» ab.[799] Der EGMR stellte hier einen Verstoss gegen Art. 8 EMRK fest, weil die Schweiz ihre menschenrechtliche Schutzpflicht verletzte, da sie nach Auffassung des EGMR nicht genügend Massnahmen getroffen hat, um die im Pariser Klimaübereinkommen[800] festgelegten Ziele zu erreichen.[801] Damit unbeantwortet blieb jedoch die Frage, *wie weit* eine solche *Schutzpflicht* des Staates im Zusammenhang mit dem Klimawandel reicht.[802] Denn das Pariser Klimaübereinkommen, auf welches sich der EGMR im KlimaSeniorinnen-Urteil u.a. abstützte, gibt den Vertragsstaaten und damit der Schweiz weder konkrete Emissionsreduktionspflichten noch

797. EGMR *Niemietz gegen Deutschland*, Nr. 13710/88, 16.12.1992, N. 29: «Il paraît, en outre, n'y avoir aucune raison de principe de considérer cette manière de comprendre la notion de "vie privée" comme excluant les activités professionnelles ou commerciales: après tout, c'est dans leur travail que la majorité des gens ont beaucoup, voire le maximum d'occasions de resserrer leurs liens avec le monde extérieur».

796. HK-EMRK/Nettesheim, Art. 8 EMRK N. 7 m.w.Verw.

798. EGMR *Cordella und andere gegen Italien*, Nr. 54414/13 und Nr. 54264/15, 24.1.2019, N. 157-160.
Vgl. auch Villiger, N. 666 m.w.Verw., der darauf hinweist, dass Art. 8 EMRK vor allem *nachbarrechtliche* Funktion aufweist. Daher ist mit Villiger festzustellen, dass sich Art. 8 EMRK weniger als Hebel für grundsätzliche Anliegen des Umweltschutzes eignet (a.a.O.). Vgl. auch HK-EMRK/Nettesheim, Art. 8 EMRK N. 18 m.w.H. Daran ändert das EGMR-Urteil vom 9.4.2024 («KlimaSeniorinnen-Urteil») nichts. Denn einerseits liefert das Urteil *keinen justiziablen Massstab* zur Beurteilung der konkret zu ergreifenden Massnahmen zum Schutz des Klimas (vgl. hierzu Biaggini, Rätsel, S. 461 f.). Andererseits betonte der EGMR im KlimaSeniorinnen-Urteil zwar, dass Umweltbelastungen *menschenrechtsrelevant* sind. Allerdings bietet die EMRK selbst keinen «allgemeinen Schutz der Umwelt als solche». Vgl. Zimmermann, S. 501 m.w.Verw.

799. EGMR (Grosse Kammer), *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz und andere gegen die Schweiz*, Nr. 53600/20, 9.4.2024, N. 519: «(...) Article 8 must be seen as encompassing a right for individuals to effective protection by the State authorities from serious adverse effects of climate change on their life, health, well-being und quality of life». Vgl. dazu Müller, S. 472 m.Verw.

800. Übereinkommen von Paris vom 12. Dezember 2015 (Klimaübereinkommen; SR 0.814.012).

801. Seiler, S. 486.

konkrete Instrumente vor, mit denen die im Abkommen festgelegten Ziele erreicht werden sollen.[803]

- Art. 8 Abs. 1 EMRK schützt eine Person auch vor **Telefonüberwachung** bzw. dem Einsatz anderer technischer Überwachungsgeräte durch staatliche Akteure.[804]

10 Das Recht auf Achtung des Familienlebens gemäss Art. 8 Abs. 1 EMRK schützt die vielfältigen Formen des menschlichen Zusammenlebens in einer Familie, wozu auch die Achtung einer **partnerschaftlichen Gemeinschaft** eines gleich- oder verschiedengeschlechtlichen Paares zählt. [805]

B. Persönlicher Schutzbereich

11 Trägerinnen und Träger des Rechts auf Achtung und Schutz der Privatsphäre sind sowohl **natürliche** als auch **juristische Personen** des Privatrechts.[806]

802. Seiler, S. 487 f.: «Generell ist festzustellen, dass die ganze in Literatur und Rechtsprechung geführte Diskussion über die grundrechtliche Schutzpflicht des Staates bisher keine brauchbaren Antworten gegeben hat auf die entscheidende Frage, *wie weit* diese Schutzpflicht geht und wie sie sich gegenüber gegenläufigen Interessen verhält». Vgl. ferner Biaggini, Rätsel, S. 461: «Wie man aus Art. 8 EMRK einen justiziablen Massstab zur Beurteilung der Klimafrage gewinnen kann, bleibt rätselhaft – es sei denn, man behilft sich mit externen Kriterien, wie sie etwa das Pariser Klimaübereinkommen von 2015 bereithält».

803. Art. 4 Abs. 4 des Pariser Klimaübereinkommens, wonach «Vertragsparteien, die entwickelte Länder sind, [...] weiterhin die Führung übernehmen [sollen], indem sie sich zu absoluten gesamtwirtschaftlichen Emissionsreduktionszielen verpflichten», ist völkerrechtlich unverbindlich. Deutlich wird dieser Umstand nicht in der deutschen Übersetzung, sondern bei Konsultation der verbindlichen englischen Ausfertigung des Abkommens, die das unverbindliche «should» – statt dem verbindlichen «shall» – verwendet. Vgl. SGK-Hettich, Vorbemerkungen zu Umwelt und Raumplanung, N. 14.

804. EGMR *Malone gegen das Vereinigte Königreich*, Nr. 8691/79, 2.8.1984, N. 64; EGMR *Halford gegen das Vereinigte Königreich*, Nr. 20605/92, 25.6.1997, N. 44; EGMR *Zubkov und andere gegen Russland*, Nr. 29431/05, 5.3.2018, N. 122-133.

805. EGMR *Emonet und andere gegen die Schweiz*, Nr. 39051/03, 13.6.2007, N. 34: «It points out that the notion of a "family", for the purposes of Article 8, is not confined solely to marriage-based relationships but may also encompass other *de facto* "family ties" where partners live together without being married».

806. BGE 137 II 371 E. 6.1: «Non seulement, les personnes physiques, mais encore les personnes morales bénéficient de la protection de la sphère privée, bien que ces dernières ne soient pas titulaires de tous les aspects protégés par l'art. 13 Cst. [...]». Vgl. hierzu CR-Hertig Randall/Marquis, Art. 13 BV N. 14 ff.; Moeckli, in: Biaggini/Gächter/Kiener, Staatsrecht, § 31 N. 57. Auch Personen in sog. Sonderstatusverhältnissen (z.B. Armeeangehörige oder Straf-/Untersuchungshäftlinge) können sich auf den Schutz der Privatsphäre berufen. Vgl. Kiener/Kälin/Wyttenbach, N. 692 m.Verw. auf BGE 122 II 299 E. 3c.

Letztere können sich allerdings nur auf diejenigen Teilgehalte von Art. 13 BV berufen, die nicht an Eigenschaften anknüpfen, welche typischerweise natürlichen Personen eigen sind. So steht juristischen Personen des Privatrechts die Achtung der Geschäftsräumlichkeit, die Achtung des Brief-, Post- und Fernmeldeverkehrs sowie der Schutz vor Missbrauch persönlicher Daten, nicht aber der Schutz des Privat- und Familienlebens zu.[807]

12 Juristische Personen des öffentlichen Rechts wie öffentlich-rechtliche Körperschaften oder öffentlich-rechtliche Anstalten können sich grundsätzlich nicht auf Art. 13 BV berufen, weil diese in der Regel nicht grundrechtsberechtigt sind.[808] Ausnahmsweise können sich juristische Personen des öffentlichen Rechts jedoch auf Grundrechte und damit auf Art. 13 BV berufen, «wenn sie sich auf dem Boden des Privatrechts bewegen und durch den angefochtenen staatlichen Akt gleich wie eine Privatperson betroffen sind».[809]

C. Individual- und objektivrechtliche Dimensionen

13 Nach allgemein anerkannter Auffassung begründet Art. 13 BV neben reinen Abwehransprüchen (sog. subjektivrechtliche bzw. individualrechtliche Dimension eines Grundrechts) überdies bestimmte **Leistungs**- und **Schutzpflichten** (sog. konstitutiv-institutionelle bzw. objektivrechtliche Dimension eines Grundrechts).[810] In der Rechtsprechung wurden positive Schutzpflichten im Bereich des Privat- und Familienlebens anerkannt.[811] Der EGMR bejahte z.B. im Zusammenhang mit der geheimen Videoüberwachung am Arbeitsplatz eine Pflicht der Konventionsstaaten, für einen Ausgleich zwischen den Interessen der Mitarbeitenden und jenen der Arbeitgeberin zu sorgen.[812] Weiter anerkannte der EGMR beispielsweise die Pflicht des Staates, dafür zu sorgen, dass sich Beziehungen zwischen Mitgliedern einer Familie

807. Belser, in: Belser/Epiney/Waldmann, Datenschutzrecht, § 6 N. 31 und N. 35; Kiener/Kälin/Wyttenbach, N. 693 m.Verw.; Moeckli, S. 1388 f. m.w.Verw. Vgl. ferner z.B. BGE 141 I 201 E. 4.1 (Recht auf informationelle Selbstbestimmung gemäss Art. 13 Abs. 2 BV).
808. Kiener, in: Biaggini/Gächter/Kiener, Staatsrecht, § 30 N. 48 m.Verw. auf BGE 125 I 173 E. 1b.
809. Kiener, in: Biaggini/Gächter/Kiener, Staatsrecht, § 30 N. 48 m.Verw. auf BGE 142 II 259 E. 4.2.
810. Biaggini, Art. 13 BV N. 3 m.Verw.; BSK-Diggelmann, Art. 13 BV N. 8 m.w.Verw.; SGK-Breitenmoser, Art. 13 Abs. 1 BV N. 6 m.w.Verw. Vgl. BGE 137 I 305 E. 2.4 und E. 2.5; BGE 126 II 300 E. 5.

normal entwickeln können und dass ein Familienleben zwischen Elternteilen und Kindern möglich ist.[813]

14 Zu beachten ist, dass grundrechtliche Schutzpflichten gegenüber privaten Gefährdungen des Rechts auf Schutz der Privatsphäre in einem Spannungsfeld zu grundrechtlich geschützten Freiheitssphären Privater (z.B. Art. 10 Abs. 2 BV, Art. 26 BV oder Art. 27 BV) stehen. Damit rückt die Frage ins Zentrum, nach welchem Massstab der Regelungsgeber einen Ausgleich zwischen grundrechtlich geschützten Freiheitssphären Privater und grundrechtlichen Schutzpflichten gegenüber privaten Gefährdungen des Rechts auf Achtung der Privatsphäre finden soll.[814] Oder plastischer formuliert:
Nach welchen Kriterien soll der Regelungsgeber Personen vor den **Risiken neuartiger Technologien durch Private** schützen, ohne die Chancen aus derartigen Anwendungen und damit die Ausübung von verfassungsmässigen Freiheitsrechten zu vereiteln? Diese Fragestellung gewinnt in jüngerer Zeit durch das Aufkommen innovativer Technologien – zu nennen sind hier etwa das «Internet der Dinge» («IoT»; engl. «Internet of Things»), «Big Data» oder

811. EGMR *Eremia und andere gegen die Republik Moldova*, Nr. 3564/11, 28.8.2013, N. 73 (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens nach Art. 8 EMRK): «As regards respect for private life, the Court has previously held, in various contexts, that the concept of private life includes a person's physical and psychological integrity, which *the States have a duty to protect*, *even if the danger comes from the acts of others*. To that end they are to maintain and apply in practice an adequate legal framework affording protection against acts of violence by private individuals [...] [Hervorhebungen nur hier]». Vgl. zudem EGMR *Lozovyye gegen Russland*, Nr. 4587/09, 24.4.2018, N. 40-42; EGMR (Grosse Kammer), *Bărbulescu gegen Rumänien*, Nr. 61496/08, 5.9.2017, N. 112; EGMR *Ernst August von Hannover gegen Deutschland*, Nr. 53649/09, 19.2.2015, N. 46; EGMR, *Evans gegen das Vereinigte Königreich*, Nr. 6339/05, 10.4.2007, N. 75: «Although the object of Article 8 is essentially that of protecting the individual against arbitrary interference by the *public authorities*, it does not merely compel the State to abstain from such interference: in addition to this *primarily negative undertaking*, there may be *positive obligations* inherent in an effective respect for private life. *These obligations may involve the adoption of measures designed to secure respect for private life even in the sphere of the relations of individuals between themselves* [Hervorhebungen nur hier]». Vgl. zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung BGE 118 V 206 E. 5.

812. EGMR (Grosse Kammer), *López Ribalda u. a. gegen Spanien*, Nr. 1874/13 und Nr. 8567/13, 17.10.2019, N. 109 ff.

813. HK-EMRK/Nettesheim, Art. 8 EMRK N. 68 m.Verw. auf EGMR *P. und andere gegen das Vereinigte Königreich*, Nr. 56547/00, 16.7.2002, N. 116; EGMR *Haase gegen Deutschland*, Nr. 11057/02, 8.4.2004, N. 82; EGMR *K. und T. gegen Finnland*, Nr. 25702/94, 12.7.2001, N. 168.

814. Vgl. Drittenbass, N. 143 m.Verw.

«Künstliche Intelligenz» («KI»; engl. «Artificial Intelligence», «AI») – erheblich an Bedeutung,[815] weil auch Private das Recht auf Privatsphäre durch den Einsatz solcher Technologien bedrohen können, ohne allerdings direkt an Art. 13 BV gebunden zu sein. Zugleich können Private durch die Verwendung von innovativen Technologien zur Verwirklichung von Chancen (z.B. die Aussicht auf wirtschaftliche Erfolge, auf neue wissenschaftliche Erkenntnisse oder auf neue Verfahren im Umgang mit Krankheiten) beitragen und sich dabei verfassungsmässigen Freiheitsrechten bedienen. An dieses Spannungsfeld knüpft der **Risk-Based Approach** an, weil dieser für einen möglichst rationalen und wissenschaftsbasierten Ausgleich zwischen grundrechtlichen Schutzpflichten gegenüber privaten Gefährdungen der Privatsphäre und grundrechtlich geschützten Freiheitssphären Privater sorgt. Denn eines der Ziele des Ansatzes ist es, den rechtlichen Umgang mit neuen Technologien so auszugestalten, dass Einbussen an Gemeinwohlverträglichkeit und Verluste an Handlungsoptionen möglichst minimiert werden.[816]

D. Abgrenzungen

Der verfassungsrechtliche Privatsphärenschutz weist Verbindungslinien zum Recht auf persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) sowie zum Recht auf Ehe und Familie (Art. 14 BV) auf, weshalb sich im Wesentlichen zwei Abgrenzungsfragen stellen: 15

- Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist das Recht auf persönliche Freiheit gemäss Art. 10 Abs. 2 BV ein **subsidiäres Auffangrecht** gegenüber Art. 13 BV.[817] Die überwiegende Lehre folgt dieser Rechtsprechung.[818]

815. Vgl. Drittenbass, N. 45 ff. («KI-Begriff»), N. 189 f. («Big Data») sowie N. 225 («IoT-Begriff»).
816. Eingehend dazu Drittenbass, N. 527 ff.
817. BGE 138 I 256 E. 4 m.w.Verw.; BGE 133 I 77 E. 3.2 m.w.Verw. (im Verhältnis zwischen Art. 10 Abs. 2 und Art. 13 Abs. 2 BV); BGE 126 I 50 E. 5a m.Verw. (im Verhältnis zwischen Art. 10 Abs. 2 BV und Art. 13 Abs. 1 BV).
818. Biaggini, Art. 13 BV N. 2 m.Verw.; BSK-Diggelmann, Art. 13 BV N. 10 m.w.Verw.; Moeckli, S. 1390 m.Verw. So wohl auch Müller/Schefer, S. 139 m.w.Verw.: «Damit stellt die Garantie des Privatlebens nach Art. 13 Abs. 1 BV eine spezifische Konkretisierung (right to privacy) des umfassenderen Rechts auf selbstbestimmte Entfaltung der Persönlichkeit nach Art. 10 Abs. 2 BV dar». A.M. SGK-Breitenmoser, Art. 13 Abs. 1 BV N. 4 m.Verw.: «Vielmehr sollte Art. 13 seinerseits wegen seiner Anknüpfung an die Rechtsprechung zu Art. 8 EMRK und seines entsprechend weitreichenden Schutz- und Anwendungsbereichs als subsidiäres Auffangrecht gegenüber Art. 10 Abs. 2 qualifiziert werden».

- Was die Abgrenzung des Rechts auf Privatsphäre vom Recht auf Ehe und Familie nach Art. 14 BV betrifft, so schützt Letzteres die **Gründung einer Familie**, wohingegen Art. 13 Abs. 1 BV das familiäre Zusammenleben gewährleistet.[819] Die zwei Grundrechte schützen demzufolge unterschiedliche Lebenssachverhalte.

III. SCHUTZ DER PRIVATSPHÄRE

A. Absatz 1: Anspruch auf Achtung der Privatsphäre

1. Vorbemerkungen

16 Die grundrechtliche Garantie der Privatsphäre umfasst **fünf Teilgehalte**; vier Teilgarantien sind in Absatz 1, eine weitere in Absatz 2 von Art. 13 BV verankert.[820] Art. 13 Abs. 1 BV schützt dabei das Privat- und Familienleben (vgl. unten, N. 17 ff. und N. 21 ff.), die Wohnung (vgl. unten, N. 27 ff.) sowie das Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis (vgl. unten, N. 33 ff.). Absatz 2 gewährleistet ausserdem den Schutz vor Missbrauch persönlicher Daten (vgl. unten, N. 43 ff.).[821] Die Aufzählung der Teilgarantien in Art. 13 BV scheint zwar abschliessender Natur zu sein. Gemäss Biaggini und Diggelmann steht Absatz 1 von Art. 13 BV allerdings einer «abrundenden Erweiterung» durch die Rechtspraxis nicht entgegen.[822]

2. Privatleben

a. Schutzbereich

17 Art. 13 Abs. 1 BV statuiert einen grundrechtlich geschützten Anspruch auf Achtung des Privatlebens. Dieses Recht schützt gemäss Bundesgericht «l'identité, les relations sociales et les comportements intimes de chaque personne physique, l'honneur et la réputation, ainsi que notamment toutes les informations se rapportant à une personne qui ne sont pas accessibles au public».[823] Zu den zentralen Gehalten des Anspruchs auf Achtung des

819. BSK-Diggelmann, Art. 13 BV N. 10 m.Verw.
820. BSK-Diggelmann, Art. 13 BV N. 8.
821. BSK-Diggelmann, Art. 13 BV N. 8.
822. Biaggini, Art. 13 BV N. 4 m.Verw.; BSK-Diggelmann, Art. 13 BV N. 8 m.Verw., die diese Auffassung allerdings weder begründen noch belegen.

Privatlebens gehört das Recht auf Wahrung der **Geheim**- und **Intimsphäre** des Einzelnen.[824] Jeder Mensch hat mit anderen Worten das Recht, selbst darüber zu entscheiden, welchen Personen er wann welche persönlichen Lebenssachverhalte offenbart.[825]

Das Recht auf Achtung des Privatlebens schützt ausserdem die **Freiheit** des **Beziehungslebens**. Daher hat jede Person das Recht, persönliche Beziehungen zu anderen Menschen ihrer Wahl einzugehen, zu pflegen oder abzulehnen.[826] Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung umfasst die Freiheit des Beziehungslebens auch gleichgeschlechtliche Beziehungen.[827] Geschützt ist zudem der Entscheid über die geschlechtliche Identität, indem der Staat z.B. operative oder hormonelle Massnahmen zur Anpassung des Geschlechts nicht übermässig erschweren darf[828] und die Geschlechtsidentität anerkennen muss.[829] Allerdings lässt sich aus dem Recht auf Achtung des Privatlebens kein Anspruch auf Rückerstattung der Kosten für die operative Geschlechtsumwandlung ableiten.[830] Aus Art. 13 Abs. 1 BV lässt sich zudem gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung kein Anspruch auf Einführung eines dritten Geschlechts bzw. auf Streichung des Geschlechts im Zivilstandsregister ableiten.[831] Bereits zuvor stellte der EGMR fest, dass die 18

823. BGE 135 I 198 E. 3.1. Der Begriff des Privatlebens i.S.v. Art. 8 EMRK wird umfassend ausgelegt, weshalb eine abschliessende Definition des Begriffs nicht möglich ist. Vgl. EGMR *Peck gegen das Vereinigte Königreich*, Nr. 44647/98, 28.1.2003, N. 57: «Private life is a *broad term not susceptible to exhaustive definition*. The Court has already held that elements such as *gender identification*, *name*, *sexual orientation* and *sexual life* are important elements of the personal sphere protected by Article 8. That Article also protects a *right to identity* and *personal development*, and the *right to establish and develop relationships with other human beings* and the outside world and it may *include activities of a professional or business nature* [Hervorhebungen nur hier]». Vgl. auch HK-EMRK/Nettesheim, Art. 8 EMRK N. 7.
824. BGE 138 I 331 E. 5.1; BGE 133 I 58 E. 6.1; BGE 120 Ia 147 E. 2.
825. Belser, in: Belser/Epiney/Waldmann, Datenschutzrecht, § 6 N. 37; Kiener/Kälin/Wyttenbach, N. 701.
826. BSK-Diggelmann, Art. 13 BV N. 11 m.w.H.; CR-Hertig Randall/Marquis, Art. 13 BV N. 21; Kiener/Kälin/Wyttenbach, N. 703; Moeckli, S. 1404 m.Verw. Ausführlich dazu Müller/Schefer, S. 143 ff.
827. BGE 126 II 425 E. 4c.
828. Kiener/Kälin/Wyttenbach, N. 703 m.Verw. auf EGMR *Schlumpf gegen die Schweiz*, Nr. 29002/06, 8.1.2009, N. 115 sowie BGE 137 I 86 E. 5.3; Moeckli, in: Biaggini/Gächter/Kiener, Staatsrecht, § 31 N. 60 m.Verw.
829. Kiener/Kälin/Wyttenbach, N. 711 m.Verw. auf EGMR *Christine Goodwin gegen das Vereinigte Königreich*, Nr. 28957/95, 11.7.2002, N. 93.
830. BSK-Diggelmann, Art. 13 BV N. 14 m.Verw.

Pflicht zur binären Eintragung des Geschlechts im Register mit Art. 8 EMRK vereinbar ist.[832] Der EGMR begründete diese Auffassung damit, dass es in den Staaten der europäischen Gesellschaften in Bezug auf die Einführung eines dritten Geschlechts an einem hinreichend klaren Konsens mangelt, an dem sich der EGMR bei rechtspolitischen Fragen wie vorliegend orientiert.[833] Denkbar ist daher, dass der EGMR zukünftig die Pflicht, im Register entweder als männlich oder weiblich eingetragen zu werden, als Verletzung des Rechts auf Anerkennung der sexuellen Identität und damit von Art. 8 EMRK qualifizieren wird.

19 Schliesslich gehören gemäss höchstrichterlicher Rechtsprechung auch die **Achtung** des **Namens**[834] sowie die **Achtung** des **sozialen Ansehens**[835] zum sachlichen Schutzbereich des Privatlebens gemäss Art. 13 Abs. 1 BV. Das Bundesgericht stellte beispielsweise fest, dass der Staat den Namen eines Verlustscheinschuldners nicht im Amtsblatt veröffentlichen darf, weil eine solche Bekanntmachung geeignet sei, das öffentliche Ansehen einer Person zu beeinträchtigen.[836] Das Recht auf Privatleben schützt allerdings nicht allgemein vor Reputationsverlusten aufgrund eigenen Fehlverhaltens.[837]

b. Einschränkungen

20 Einschränkungen des Grundrechts auf Schutz und Achtung des Privatlebens können **vielfältiger** Natur sein. Es erstaunt daher kaum, dass Lehre und Rechtsprechung unterschiedlich gelagerte Einschränkungen des Rechts auf

831. BGer 5A_391/2021 vom 8.6.2023 E. 3.6.5. Vgl. ferner Braun Binder/Laukenmann, S. 244 f.
832. EGMR *Y. gegen Frankreich*, Nr. 76888/17, 31.1.2023, N. 92.
833. EGMR *Y. gegen Frankreich*, Nr. 76888/17, 31.1.2023, N. 77.
834. BGE 143 III 3 E. 3.4.1; BGE 124 I 85 E. 2b.
835. BGE 135 I 198 E. 3.1.
836. BGE 107 Ia 52 E. 3c f.
837. EGMR (Grosse Kammer), *Gillberg gegen Schweden*, Nr. 41723/06, 3.4.2012, N. 104 ff.; BGer 1C_448/2008 vom 13.3.2009 E. 3.5: «Dieser beklagt zu Unrecht, er habe eine unverhältnismässige Rufschädigung im Hinblick auf seine anderweitige Gutachtertätigkeit bei den Empfängern des Schreibens vom 2. Mai 2005 erlitten. Sofern in der Folge sein berufliches Ansehen bei diesem Personenkreis geschmälert war, kann er dies nicht der Kantonsregierung anlasten, sondern hat es letztlich *seinem eigenen Verhalten* zuzuschreiben [Hervorhebungen nur hier]».

Achtung des Privatlebens herausgearbeitet haben.[838] Zu nennen sind hier insbesondere folgende Einschränkungen:

- Ein Eingriff in das Recht auf Achtung des Privatlebens liegt gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung bei **verdeckten Ermittlungstätigkeiten** durch die Polizei (z.B. Observation, verdeckte Fahndung oder verdeckte Vorermittlung)[839] oder durch Privatdetektive zwecks Abklärung der Leistungspflicht der Unfallversicherung[840] vor,[841] selbst wenn die Überwachung im öffentlichen Raum erfolgt.[842]
- Auch eine **Testpflicht** für Personal in Gesundheits- und Sozialeinrichtungen ohne Covid-Zertifikat stellt gemäss höchstrichterlicher Rechtsprechung einen Eingriff ins Recht auf Achtung des Privatlebens der betroffenen Personen dar,[843] wobei dieser durch den Schutz der öffentlichen Gesundheit gerechtfertigt werden kann, sofern die übrigen Voraussetzungen nach Art. 36 BV erfüllt sind.[844] Gemäss der Konventionsrechtsprechung zu Art. 8 EMRK begründet eine allgemeine gesetzliche **Impfpflicht** für Kinder gegen neun in der Medizin altbekannte Krankheiten einen Eingriff in das Recht auf Achtung des Privatlebens.[845] So erblickte auch das Bundesgericht in der Pflicht zur Covid-19-Impfung und der im Unterlassungsfall angedrohten Entlassung einen Eingriff in die

838. Vgl. für eine detaillierte Übersicht der im Schrifttum und in der Rechtsprechung diskutierten Eingriffshandlungen SGK-Breitenmoser, Art. 13 Abs. 1 BV N. 16 ff.
839. BGE 140 I 381 E. 4.3, bestätigt in BGE 147 I 103 E. 15.2 sowie BGer 1C_39/2021 vom 29.11.2022 E. 4.3 (m.w.H. zur Abgrenzung der Observation, verdeckten Fahndung sowie verdeckten Vorermittlung durch die Polizei, E. 4.2).
840. BGE 135 I 169 E. 4.4 (Observation einer versicherten Person durch Privatdetektive). Ausführlich zum Einsatz von Privatdetektiven Belser, in: Belser/Epiney/Waldmann, Datenschutzrecht, § 6 N. 40 ff.
841. Das Bundesgericht hat bereits 1983 entschieden, dass der Einsatz von technischen Überwachungsgeräten durch den Staat in die durch Art. 8 EMRK geschützte Privatsphäre eingreift. Vgl. hierzu Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, § 12 N. 381 m.Verw. auf BGE 109 Ia 273 E. 4a.
842. EGMR *Vukota-Bojic gegen die Schweiz*, Nr. 61838/10, 18.10.2016, N. 52 ff. Massgeblich ist dabei, ob das Individuum vernünftigerweise erwarten kann, dass ein Lebenssachverhalt als Privatsphäre geschützt ist. Vgl. Moeckli, in: Biaggini/Gächter/Kiener, Staatsrecht, § 31 N. 59 m.Verw.
843. BGer 2C_886/2021 vom 12.12.2022 E. 4.4.2.
844. BGer 2C_886/2021 vom 12.12.2022 E. 4.4.3 ff.
845. SGK-Breitenmoser, Art. 13 Abs. 1 BV N. 24 m.Verw. auf EGMR *Vavřička u.a. gegen die Tschechische Republik*, Nr. 47621/13, 8.4.2021.

Grundrechte eines Berufsmilitärs (insbesondere in die durch Art. 10 Abs. 2 BV garantierte persönliche Freiheit),[846] der allerdings im konkreten Fall gerechtfertigt war, weil die Impfpflicht darauf abzielte, die sofortige Einsatzbereitschaft für kurzfristige Einsätze im Ausland zu gewährleisten.[847] Dem ist insoweit beizupflichten, als dass im *konkreten Kontext* keine mildere Massnahme zur Verfügung stand, um die sofortige Bereitschaft als Angehöriger einer *Spezialeinheit* der Schweizer Armee (Kommando Spezialkräfte) für kurzfristige Einsätze im Ausland zu gewährleisten. Die höchstrichterlichen Erwägungen deuten jedoch an, dass eine allgemeine Pflicht zur Covid-19-Impfung für sämtliche Armeeangehörige wohl kaum einer Rechtfertigung zugänglich wäre.[848]

- Der EGMR stellte sodann fest, dass die Weigerung der Schweizer Behörden, das von einem amerikanischen Gericht festgestellte Kindesverhältnis zwischen dem nicht-genetischen Vater und dem aus einer **Leihmutterschaft** hervorgegangenen Kind anzuerkennen, unverhältnismässig in das Recht des Kindes auf Achtung seines Privatlebens nach Art. 8 EMRK eingreift.[849]
- Auch die Weitergabe von **Bankkundendaten** ins Ausland stellt einen Eingriff in die Privatlebensgarantie dar.[850]
- Schliesslich kann nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts die **vorläufige Aufnahme**[851] den grundrechtlich geschützten Anspruch auf Achtung des Privatlebens beeinträchtigen, wenn damit rechtliche oder faktische Nachteile (z.B. Hindernisse bei der schrittweisen Integration, Einschränkungen bei der Mobilität, Schwierigkeiten auf dem Arbeitsmarkt) verbunden sind.[852] Eine solche Beeinträchtigung des Rechts auf Privatleben bejahte das Bundesgericht in einem konkreten Fall eines 15-jährigen Mädchens aus Syrien, das vor zehn Jahren zusammen mit seiner Familie in der Schweiz vorläufig aufgenommen wurde. Das Bundesgericht begründete die Beeinträchtigung des Rechts auf Privatleben im vorliegenden Fall im Wesentlichen damit, dass mit dem baldigen Erreichen

846. Vgl. OK-Heri, Art. 10 BV N. 54.
847. BGer 8C_327/2022, 8C_340/2022 vom 22.2.2023 E. 3.
848. BGer 8C_327/2022, 8C_340/2022 vom 22.2.2023 E. 3.5.
849. EGMR *D.B. und andere gegen die Schweiz*, Nr. 58817/15 und Nr. 58252/15, 22.11.2022, N. 42 ff.
850. BGE 139 II 404 E. 7.1; BGE 137 II 431 E. 2.1.2.

des Endes der obligatorischen Schulzeit Hindernisse im Zusammenhang mit der Suche nach einer Lehrstelle oder mit einem Studium auftreten können.[853] Im konkreten Fall führte die vorläufige Aufnahme somit zu konkreten Nachteilen, die die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung an das 15-jährige Mädchen als vorläufig aufgenommene Person rechtfertigten. Wird eine Beeinträchtigung des Rechts auf Privatleben aufgrund der konkreten Umstände wie vorliegend bejaht, so kann die betroffene Person gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung – gestützt auf das Recht auf Privatleben – einen **Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung** haben. Mit Blick auf die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung an vorläufig aufgenommene Personen sind die Integration, die familiären Verhältnisse und die Zumutbarkeit einer Rückkehr in den Herkunftsstaat zu berücksichtigen.[854] Daneben kommt bei Wegweisungen der bisherigen Aufenthaltsdauer eine erhebliche Bedeutung bei der Frage zu, ob der Anspruch auf Achtung des Privatlebens i.S.v. Art. 13 Abs. 1 BV bzw. Art. 8 Ziff. 1 EMRK verletzt ist.[855] In BGE 144 I 266 hat das Bundesgericht im Sinne einer Leitlinie festgehalten, dass bei einer **rechtmässigen Aufenthaltsdauer von rund zehn Jahren** die sozialen Beziehungen in der Schweiz in der Regel so eng sind, «dass es für eine Aufenthaltsbeendigung besonderer Gründe bedarf».[856] Diese zeitliche

851. Die vorläufige Aufnahme bildet eine «grundsätzlich zeitlich beschränkte Ersatzmassnahme, wenn der Vollzug der Wegweisung undurchführbar ist. Sie tritt neben die rechtskräftige Wegweisung und berührt deren Bestand nicht, sondern setzt ihn voraus». Die vorläufige Aufnahme ist keine Aufenthaltsbewilligung, sondern – gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung – ein vorübergehender Status, «der die Anwesenheit regelt, solange der Wegweisungsvollzug – d.h. die exekutorische Massnahme der Wegweisung zur Beseitigung des rechtswidrigen Zustands – nicht zulässig, nicht zumutbar oder nicht möglich erscheint». Nicht restlos klar erscheint jedoch, ob es sich bei der vorläufigen Aufnahme um eine zeitlich beschränkte Ersatzmassnahme für eine nicht mögliche Wegweisung oder um einen vorübergehenden Status handelt, weil das Bundesgericht auch von einem vorübergehenden Status spricht. Vgl. BGE 147 I 268 E. 4.2.1; BGE 141 I 49 E. 3.5; BGE 138 I 246 E. 2.3. Im rechtspolitischen Diskurs wird die vorläufige Aufnahme in jüngerer Zeit kritischer betrachtet, weil es politisch schwierig zu vermitteln ist, wenn ausländische Personen nicht in ihr Herkunftsland zurückgeführt werden, obschon ihr Gesuch um Asyl abgewiesen wurde.
852. BGE 147 I 268 E. 1.2.5, bestätigt in BGE 150 I 93 E. 6.6 sowie BGer 2C_157/2003 vom 23.7.2024 E. 5.6 m.w.Verw.
853. BGer 2C_157/2003 vom 23.7.2024 E. 5.8 und E. 5.9.
854. BGer 2C_157/2003 vom 23.7.2024 E. 6.
855. BGE 144 I 266 E. 3.9 m.w.Verw.
856. BGE 144 I 266 E. 3.9.

Schwelle leitete das Bundesgericht unter anderem aus Art. 34 Abs. 2 AIG[857], wonach die Niederlassungsbewilligung in der Regel nach zehnjährigem Aufenthalt erteilt werden kann. Im Einzelfall kann der grundrechtlich geschützte Anspruch auf Achtung des Privatlebens gemäss Bundesgericht bereits zu einem früheren Zeitpunkt verletzt sein, wenn eine Bewilligung nicht erneuert wird, z.B. im Falle einer besonders ausgeprägten Integration.[858]

3. Familienleben

a. Schutzbereich

21 Art. 13 Abs. 1 BV gewährleistet weiter einen grundrechtlichen Anspruch auf Schutz des Familienlebens. Dieser schützt die persönlichen Beziehungen zwischen Familienmitgliedern sowie die Art des Zusammenlebens, aber auch den Entscheid, nicht zusammenzuleben oder keine Kontakte zu pflegen.[859] Der Begriff der Familie im Sinne von Art. 13 Abs. 1 BV umfasst neben der traditionellen Kernfamilie (Zwei-Eltern-Familie mit minderjährigen Kindern) auch andere Beziehungsformen (z.B. Ein-Eltern-Familie, Patchwork-Familie oder Grossfamilie), soweit die Beziehung **tatsächlich gelebt** und eine gewisse Intensität sowie Stabilität aufweist.[860] Unter diesen Voraussetzungen sind auch Konkubinatsverhältnisse geschützt.[861] Für ein verfassungsrechtlich geschütztes Familienleben i.S.v. Art. 13 Abs. 1 BV sprechen z.B. das

857. Bundesgesetz vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration (Ausländer- und Integrationsgesetz, AIG; SR 142.20).

858. BGE 144 I 266 E. 3.9.

859. Belser, in: Belser/Epiney/Waldmann, Datenschutzrecht, § 6 N. 39; BSK-Diggelmann, Art. 13 BV N. 17; Kiener/Kälin/Wyttenbach, N. 723; Moeckli, in: Biaggini/Gächter/Kiener, Staatsrecht, § 31 N. 61 m.Verw.

860. Biaggini, Art. 13 BV N. 6 m.w.Verw.; Moeckli, in: Biaggini/Gächter/Kiener, Staatsrecht, § 31 N. 61 m.Verw.; Müller/Schefer, S. 234 f.; SGK-Breitenmoser, Art. 13 Abs. 1 BV N. 38 m.w.Verw. Vgl. zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung BGE 135 I 143 E. 3.1: «Geschützt wird nicht in erster Linie rechtlich begründetes, sondern *tatsächlich* gelebtes Familienleben. Neben der eigentlichen Kernfamilie werden auch weitere familiäre Verhältnisse erfasst, sofern eine genügend nahe, echte und tatsächlich gelebte Beziehung besteht. Hinweise für solche Beziehungen sind das Zusammenleben in einem gemeinsamen Haushalt, eine finanzielle Abhängigkeit, speziell enge familiäre Bande, regelmässige Kontakte oder die Übernahme von Verantwortung für eine andere Person» [Hervorhebung nur hier]. Vgl. ferner BGE 115 Ib 1 E. 1d; BGE 120 Ib 257 E. 1d.

861. SGK-Breitenmoser, Art. 13 Abs. 1 BV N. 38 m.Verw.

Zusammenleben im gemeinsamen Haushalt, gegenseitige Fürsorgepflicht, finanzielle Abhängigkeiten sowie regelmässige Kontakte.[862]

Gleichgeschlechtliche Partnerschaften sind nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichts durch das Recht auf Achtung des Privatlebens gemäss Art. 13 Abs. 1 BV (vgl. oben, N. 17 ff.), nicht aber – im Gegensatz zur Rechtsprechung des EGMR – durch jenes auf Achtung des Familienlebens geschützt.[863] In Anlehnung an die neuere Konventionsrechtsprechung des EGMR[864] und in Anbetracht der Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare auf Gesetzesstufe («Ehe für alle»)[865] erscheint diese Rechtsprechung allerdings überholt zu sein. Dies muss umso mehr gelten, als gleichgeschlechtliche Paare heute auch (Stief-)Kinder adoptieren dürfen. Aus diesen Gründen ist – angesichts gesellschaftlich gewandelter Wertevorstellungen – eine dynamische Auslegung des Familienbegriffs nach Art. 13 Abs. 1 BV geboten. Daher ist das Zusammenleben von gleichgeschlechtlichen Paaren nach der hier vertretenen Auffassung sowohl durch das Recht auf Privatleben als auch durch das Recht auf Familienleben grundrechtlich geschützt,[866] zumal zwischen dem Recht auf Privatleben und dem Recht auf Familienleben enge Verflechtungen bestehen[867] (vgl. oben, N. 17 ff.). 22

862. BSK-Diggelmann, Art. 13 BV N. 18 m.w.Verw.; Kiener/Kälin/Wyttenbach, N. 719; SGK-Breitenmoser, Art. 13 Abs. 1 BV N. 38 m.Verw.

863. BGE 126 II 425 E. 4b und E. 4c. Die Begründung des BGer scheint inzwischen aus der Zeit gefallen zu sein: «Auch wenn der rechtliche Status gleichgeschlechtlicher Partner in verschiedenen Rechtsbereichen im Sinne einer Beseitigung ungerechtfertigter Diskriminierungen verbessert worden ist, kann doch nicht von einer generellen Gleichstellung mit der Ehe bzw. einer entsprechenden Ausdehnung des traditionellen Familienbegriffs gesprochen werden. Die Ehe und Familie tragen aus biologischen Gründen immer noch und natürlicherweise in anderer Form zum Fortbestand der Gesellschaft bei als die gleichgeschlechtliche Partnerschaft». Vgl. ferner SGK-Breitenmoser, Art. 13 Abs. 1 BV N. 42 m.w.Verw.; Moeckli, in: Biaggini/Gächter/Kiener, Staatsrecht, § 31 N. 61 m.Verw.

864. EGMR (Grosse Kammer), *X. und andere gegen Österreich*, Nr. 19010/07, 19.2.2013, N. 95; EGMR *Schalk und Kopf gegen Österreich*, Nr. 30141/04, 24.6.2010, N. 94; EGMR *P.B. und J.S. gegen Österreich*, 22.7.2010, Nr. 18984/02, N. 30.

865. AS 2021 747.

866. Ähnlich argumentierend im Kontext von Art. 13 und/oder Art. 14 BV Märkli, S. 470 ff.; Schoder, S. 1289 ff.; Ziegler, S. 653 f. Wohl a.A. Häner/Bundi, S. 10 ff. m.w.Verw. Vgl. weiter Bundesamt für Justiz (BJ), Gutachten, S. 2 ff. mit einer Übersicht zum umstrittenen Ehebegriff gemäss Art. 14 BV.

867. So auch Belser, in: Belser/Epiney/Waldmann, Datenschutzrecht, § 6 N. 39 m.Verw.

b. Einschränkungen

23 Von erheblicher praktischer Bedeutung sind Einschränkungen des Rechts auf Familienleben aufgrund **ausländerrechtlicher** Massnahmen,[868] weil sich aus Art. 13 Abs. 1 BV unter bestimmten Voraussetzungen ein Anspruch auf Anwesenheit in der Schweiz bzw. ein Anspruch auf Erteilung einer ausländerrechtlichen Bewilligung ergibt.[869] Das Recht auf Familienleben gemäss Art. 13 Abs. 1 BV vermittelt – analog zu Art. 8 EMRK – somit kein absolutes Anwesenheitsrecht[870] oder einen absoluten Anspruch auf Familiennachzug[871].[872]

24 Ein Eingriff in das Recht auf Schutz des Familienlebens nach Art. 13 Abs. 1 BV wird praxisgemäss angenommen, «wenn eine staatliche Entfernungs- oder Fernhaltemassnahme eine nahe, echte und tatsächlich gelebte familiäre Beziehung einer in der Schweiz *gefestigt anwesenheitsberechtigten Person* beeinträchtigt, ohne dass es dieser möglich bzw. zumutbar wäre, das entsprechende Familienleben andernorts zu pflegen».[873] Eine hinreichend gefestigte Anwesenheit der betroffenen Person besteht nach einem, das Recht auf Privatleben nach Art. 13 Abs. 1 BV betreffenden Urteil des Bundesgerichts bei einer **rechtmässigen Aufenthaltsdauer** von rund **zehn Jahren**, weil davon ausgegangen werden kann, «dass die sozialen Beziehungen in diesem Land so eng geworden sind, dass es für eine Aufenthaltsbeendigung besondere Gründe bedarf» (vgl. oben, N. 20).[874] Diese höchstrichterliche Rechtsprechung, wonach ab einem rechtmässigen Aufenthalt von rund zehn Jahren besondere Gründe vorliegen müssen, um einen Aufenthalt in der Schweiz zu beenden, lässt sich nach der hier vertretenen Auffassung auf das

868. Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, § 12 N. 382 m.Verw.; Kiener/Kälin/Wyttenbach, N. 731.
869. Biaggini, Art. 13 BV N. 7 m.Verw. In diesem Zusammenhang stellt sich einerseits die Frage, ob eine in der Schweiz lebende, ausländische Person auf der Grundlage von Art. 13 Abs. 1 BV einen rechtlich geschützten Anspruch vor *Ausweisung* aus der Schweiz hat, wenn die betroffene Person familiäre Beziehungen in der Schweiz pflegt. Andererseits geht es um die Frage, ob eine hier nicht lebende, ausländische Person gestützt auf Art. 13 Abs. 1 BV einen Rechtsanspruch auf *Erteilung* einer *Aufenthaltsbewilligung* in der Schweiz hat, wenn sie in der Schweiz familiäre Bindungen hat. Vgl. Kiener/Kälin/Wyttenbach, N. 731.
870. BGer 2C_239/2007 vom 5.10.2007 E. 3.2 m.w.Verw.
871. BGE 137 I 284 E. 2.1 m.w.Verw.
872. SGK-Breitenmoser, Art. 13 Abs. 1 BV N. 52 m.Verw. auf die Konventionsrechtsprechung zu Art. 8 EMRK.
873. BGE 139 I 330 E. 2.1 m.w.Verw.
874. BGE 144 I 266 E. 3.9, bestätigt in BGE 146 I 185 E. 5.2. Vgl. dazu Schlegel, 38 ff.

Recht auf Familienleben im Sinne von Art. 13 Abs. 1 BV übertragen.[875] Denn wenn eine ausländische Person gestützt auf das Recht auf Privatleben i.S.v. Art. 13 Abs. 1 BV einen Anspruch auf dauerhaften Aufenthalt in der Schweiz hat, so hat diese Person gemäss höchstrichterlicher Rechtsprechung auch einen aus dem Recht auf Familienleben (Art. 13 Abs. 1 BV) fliessenden Anspruch auf Familiennachzug. Ein solcher Anspruch besteht allerdings nur, wenn die vom innerstaatlichen Recht festgelegten Voraussetzungen für einen Familiennachzug[876] erfüllt sind.[877] Diese innerstaatlichen Voraussetzungen müssen freilich mit Art. 13 BV sowie Art. 8 EMRK vereinbar sein. Im Umkehrschluss lässt sich daraus schliessen, dass eine ausländische Person, die selbst kein Aufenthaltsrecht in der Schweiz hat, auch keinen Anspruch auf Familienzusammenführung gestützt auf das Recht auf Familienleben i.S.v. Art. 13 Abs. 1 BV hat.[878]

Der EGMR hat in einem Urteil vom 17. September 2024 zudem entschieden, dass die Schweiz bei der **Anordnung** einer **Landesverweisung** gegen einen aus Bosnien und Herzegowina stammenden Mann dessen Recht auf Achtung des Familienlebens i.S.v. Art. 8 EMRK verletzt hat.[879] Der Mann wurde zuvor der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz (BetmG)[880] schuldig gesprochen, weshalb er zugleich gestützt auf Art. 66 Abs. 1 lit. o des Strafgesetzbuches (StGB)[881] für fünf Jahre des Landes verwiesen wurde.[882] Denn bei der qualifizierten Widerhandlung gegen das BetmG 25

875. In diesem Sinne SGK-Breitenmoser, Art. 13 Abs. 1 BV N. 52 ff., der diese bundesgerichtliche Rechtsprechung systematisch unter der Garantie des Familienlebens abhandelt. In der Praxis hat sich eine reichhaltige Kasuistik zur Frage entwickelt, wann ein Anspruch auf Anwesenheit in der Schweiz nach Massgabe von Art. 13 Abs. 1 BV besteht, auf welche vorliegend verwiesen wird. Vgl. für einen Überblick zur Rechtsprechung des Bundesgerichts BSK-Diggelmann, Art. 13 BV N. 20 ff.; Biaggini, Art. 13 BV N. 7 m.w.Verw.; SGK-Breitenmoser, Art. 13 Abs. 1 BV N. 52 ff.; Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, § 12 N. 382 m.Verw.; Zünd/Hugi Yar, S. 10 ff.
876. Zu nennen sind hier insbesondere die Voraussetzungen gemäss Art. 44 AlG, die gemäss Bundesgericht mit Art. 8 EMRK vereinbar sind. Vgl. 137 I 284 E. 2.6, bestätigt in BGE 146 I 185 E. 6.2.
877. BGE 146 I 185 E. 6.1 und E. 6.2 m.Verw. auf BGE 130 II 281 E. 3.2.2.
878. BGE 146 I 185 E. 6.2.
879. EGMR *P.J. und R.J. gegen die Schweiz*, Nr. 52232/20, 17.9.2024, N. 48 ff.
880. Bundesgesetz vom 3.10.1951 über die Betäubungsmittel und die psychotropen Stoffe (Betäubungsmittelgesetz, BetmG), SR 812.121.
881. Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0).
882. BGer 6B_191/2020 vom 17.6.2020 Sachverhalt A. Vgl. zur Landesverweisung Caroni et al., N. 706.

handelt es sich um eine Anlasstat, die von Verfassung und Gesetzes wegen – unter Vorbehalt eines persönlichen Härtefalles – zur Anordnung einer Landesverweisung führt. Bisher hat sich das Bundesgericht bei solchen Straftaten von ausländischen Personen hinsichtlich der Anordnung einer Landesverweisung besonders streng gezeigt.[883] Aus diesem Grund hat es auch vorliegend die Anordnung der Landesverweisung geschützt.[884] Das Bundesgericht liess insbesondere die Einwände des Mannes gegen eine Landesverweisung, wonach sein Verschulden gering sei und nur eine bedingte Freiheitsstrafe von 20 Monaten ausgesprochen wurde, nicht gelten.[885]

26 Dem Urteil des Bundesgerichts vermochte allerdings eine Mehrheit des EGMR nicht zu folgen. Der Gerichtshof begründete seine gegenteilige Auffassung damit, dass das Verschulden des Mannes gering war, nur eine bedingte Freiheitsstrafe ausgesprochen wurde, der Mann weder vorbestraft war noch eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit darstellte und er seit längerem in der Schweiz lebte, weshalb sich die fünfjährige Landesverweisung nachteilig auf das Familienleben auswirken würde und damit mit dem Recht auf Familienleben nicht vereinbar sei.[886] Die überzeugend vertretene Minderheitsmeinung im Rahmen einer «dissenting opinion» hält dieser Sichtweise allerdings entgegen, dass im vorliegenden Fall *keine triftigen Gründe* ersichtlich sind, um als Gerichtshof von der Gesamtbewertung der Schweizer Gerichte abzuweichen, weil die Schweizer

883. BGer 6B_371/2018 vom 21.8.2018 E. 2.3, bestätigt in BGer 6B_191/2020 vom 17.6.2020 E. 1.4.

884. BGer 6B_191/2020 vom 17.6.2020 E. 1.8.

885. BGer 6B_191/2020 vom 17.6.2020 E. 1.4 und E. 1.8: «Die obligatorische Landesverweisung wegen einer Katalogtat im Sinne von Art. 66a Abs. 1 StGB greift grundsätzlich *unabhängig* von der *konkreten Tatschwere* [...]. Zudem muss sie *unabhängig* davon ausgesprochen werden, ob die *Strafe bedingt, unbedingt* oder *teilbedingt* ausfällt [...]. Soweit der Beschwerdeführer seine Rückfallgefahr damit in Frage stellt, dass seine Strafe bedingt ausgesprochen wurde, verkennt er, dass sich aufgrund der *unterschiedlichen Zielsetzungen* von *Straf-* und *Ausländerrecht* im *ausländerrechtlichen Bereich* ein *strengerer Beurteilungsmassstab* ergibt. Der Aufschub des Strafvollzugs setzt nicht eine günstige, sondern nur das Fehlen einer ungünstigen Prognose voraus. Demgegenüber kann ausländerrechtlich gerade bei schweren Straftaten ein geringes Rückfallrisiko genügen, das auch bei einem Ersttäter, wie dem Beschwerdeführer, vorliegen kann. Je schwerer eine vernünftigerweise absehbare Rechtsgutsverletzung wiegt, umso weniger ist die Möglichkeit eines Rückfalls in Kauf zu nehmen. Der qualifizierte Drogenhandel aus rein pekuniären Motiven - wie vorliegend - gilt als schwere Straftat, von welcher eine schwerwiegende Gefahr für die öffentliche Ordnung ausgeht [...] [Hervorhebungen nur hier]».

886. EGMR *P.J. und R.J. gegen die Schweiz*, Nr. 52232/20, 17.9.2024, N. 55.

Gerichte die konkreten Umstände sorgfältig geprüft und die öffentlichen sowie privaten Interessen für respektive gegen eine Landesverweisung im Lichte der Konventionsrechtsprechung abgewogen haben.[887] Namentlich der Umstand, dass der Mann erst im Alter von 30 Jahren in die Schweiz gekommen ist und damit seine lebensprägenden Jahre in seinem Heimatland verbrachte, mässig in die Schweizer Gesellschaft integriert war, während er gleichzeitig enge Verbindungen zu seinem Heimatland aufrechterhielt, aber auch der Umstand, dass seine Ehefrau sowie seine kleinen Kinder Serbisch sprachen und mit der Kultur von Bosnien und Herzegowina gut vertraut waren, lassen einen Umzug in dessen Heimatland nicht ohne Weiteres als unzumutbar erscheinen. Nach der hier vertretenen Auffassung erscheint insgesamt daher eine Landesverweisung im konkreten Fall – in Übereinstimmung mit dem Bundesgericht sowie der Minderheit des Gerichtshofes – vertretbar.[888] Gegen den Verbleib des Mannes in der Schweiz und damit für dessen Wegweisung spricht vorliegend zudem, dass der Mann 186 Gramm reines Kokain entgegengenommen und nach Zürich transportierte und damit eine schwere Straftat begangen hat, da die Grenze zum schweren Fall bei 18 Gramm Kokain liegt.[889]

4. Wohnung

a. Schutzbereich

Der in Art. 13 Abs. 1 BV ausdrücklich statuierte Anspruch auf Achtung der Wohnung gewährleistet dem Einzelnen einen **physischen Rückzugsort**, der ihm das Alleingelassenwerden, aber auch die Pflege sozialer Kontakte jenseits der Öffentlichkeit ermöglicht.[890] Unter den sachlichen Schutzbereich fallen neben ständig oder vorübergehend bewohnten Wohnungen (Wohnung im engeren Sinne) auch offene Räume, die aufgrund ihrer Nutzung objektiv als 27

887. EGMR *P.J. und R.J. gegen die Schweiz*, Nr. 52232/20, 17.9.2024, Dissenting Opinion N. 3 und N. 6.

888. BGer 6B_191/2020 vom 17.6.2020 E. 1.4 ff. So auch die überzeugend vertretene Minderheitsmeinung in EGMR *P.J. und R.J. gegen die Schweiz*, Nr. 52232/20, 17.9.2024, Dissenting Opinion N. 3.

889. BGer 6B_191/2020 vom 17.6.2020 E. 1.4.

890. BSK-Diggelmann, Art. 13 BV N. 25; Moeckli, in: Biaggini/Gächter/Kiener, Staatsrecht, § 31 N. 62. Im Schrifttum wird auch von der *Garantie der Unverletzlichkeit der Wohnung* als Teilgehalt der Privatsphäre gesprochen. Vgl. hierzu Belser, in: Belser/Epiney/Waldmann, Datenschutzrecht, § 6 N. 47 m.Verw.; Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, § 12 N. 383.

Privaträume zu betrachten sind. Als Aussenräume zu nennen sind etwa Balkone, Terrassen oder Gärten.[891] Geschützt sind grundsätzlich auch Geschäftsräumlichkeiten, wobei deren Schutz gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung bei primär geschäftlicher Nutzung weniger weit reicht als bei (rein) privatem Gebrauch.[892] Unerheblich ist, ob die betroffene Person Eigentümerin oder Mieterin der Wohnung ist.[893]

28 Der EGMR versteht unter dem Begriff der Wohnung i.S.v. Art. 8 Abs. 1 EMRK einen **räumlich abgegrenzten Bereich**, in dem das Privat- und Familienleben stattfindet.[894] Gemäss Rechtsprechung des EGMR sind unter Art. 8 EMRK neben Zweit- und Ferienwohnungen[895] auch gewerbliche Räume von juristischen Personen[896] geschützt. Im Einzelfall können auch Trainingscenter sowie Hotelräume von Art. 8 EMRK geschützt sein.[897]

b. Einschränkungen

29 Ein Eingriff in das Recht auf Achtung der Wohnung liegt z.B. beim physischen Eindringen des Staates in die Wohnung im Rahmen von Hausdurchsuchungen sowie beim Ausspähen oder Aushorchen durch staatliche Akteure von aussen

891. Belser, in: Belser/Epiney/Waldmann, Datenschutzrecht, § 6 N. 47 m.Verw.; SGK-Breitenmoser, Art. 13 Abs. 1 BV N. 69 m.w.Verw.
892. BGE 137 I 167 E. 3.3: «Peuvent, dans certaines circonstances, bénéficier de la protection du domicile des locaux dédiés à un usage professionnel ou commercial, auquel cas l'intérêt public permet de justifier *plus facilement une ingérence des autorités*, par exemple pour contrôler le respect de certaines normes sanitaires ou de droit du travail [Hervorhebungen nur hier]». So auch Biaggini, Art. 13 BV N. 9 m.w.Verw.; BSK-Diggelmann, Art. 13 BV N. 25 m.Verw.; Kiener/Kälin/Wyttenbach, N. 740 m.Verw.; differenzierend(er) Müller/Schefer, S. 189 ff.
893. BGE 137 I 167 E. 3.3 m.w.Verw.
894. EGMR *Gaida gegen Deutschland*, Nr. 32015/02, 3.7.2007: «A home will usually be the place, the physically defined area, where private and family life develops. The individual has a right to respect for his home, meaning not just the right to the actual physical area, but also to the quiet enjoyment of that area».
895. EGMR *Demades gegen die Türkei*, Nr. 16219/90, 31.7.2003, N. 31-34, bestätigt in EGMR *Fägerskiöld gegen Schweden*, Nr. 37664/04, 26.2.2008: «Hence, in the *Demades* case, the Court considered that it might not always be possible to draw precise distinctions, since a person may divide his time between two houses or form strong emotional ties with a second house, treating it as his home. Therefore, a secondary house, which is fully furnished and equipped and used, *inter alia*, as a holiday home, can qualify as a "home" within the meaning of Article 8 (§§ 31-34)».
896. EGMR *Delta Pekárny A.S. gegen die Tschechische Republik*, Nr. 97/11, 2.10.2014, N. 77.
897. EGMR *FNASS und andere gegen Frankreich*, Nr. 48151/11 und Nr. 77769/13, 18.1.2018, N. 158.

vor.[898] Insbesondere das heimliche Überwachen staatlicher Behörden mittels technischer Geräte gewinnt durch das Aufkommen **neuartiger Technologien** erheblich an Bedeutung, weil dadurch neue Bedrohungen für das Recht auf Achtung der Wohnung entstehen, die von der Eingriffsintensität her weiter gehen können als traditionelle Überwachungsmassnahmen des Staates. So können Behörden z.B. **Drohnen** zur Entdeckung von baulichen Veränderungen an Grundstücken einsetzen, die Einblicke in Schlaf- und Wohnzimmer sowie Balkone, Terrassen oder Gärten ermöglichen. Der Datenschutzbeauftragte des Kantons Zürich hat daher festgestellt, dass dies ein Eingriff in die Privatsphäre (oder präziser: in das Recht auf Achtung der Wohnung) darstellt.[899] Die französischen Steuerbehörden sollen Medienberichten zufolge nicht deklarierte private Schwimmbäder mittels **KI-basierter Software** entdeckt haben; diese Software soll zukünftig auch dazu genutzt werden, andere rechtswidrig erstellte Bauten und Anlagen zu identifizieren.[900]

Ein weiteres, im Kontext des Rechts auf Achtung der Wohnung bislang kaum diskutiertes Problemfeld stellt der Einsatz von **Smart Meters** – auch als intelligente Messsysteme bzw. intelligente Stromzähler bezeichnet[901] – dar.[902] Denn durch intelligente Messsysteme werden Daten zum Stromverbrauch von Endkundinnen und Endkunden automatisch an (staatliche) Netzbetreiber übermittelt.[903] Diese Daten geben Aufschluss darüber, welche elektronischen Geräte wann in welchem Umfang in einem Haushalt genutzt werden.[904] Intelligente Messsysteme können folglich das **subjektive Gefühl** des **ständigen Überwachtseins** fördern und damit die freie persönliche 30

898. SGK-Breitenmoser, Art. 13 Abs. 1 BV N. 69 m.w.Verw. Vgl. weiter Belser, in: Belser/Epiney/Waldmann, Datenschutzrecht, § 6 N. 48 f.; BSK-Diggelmann, Art. 13 BV N. 26; Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, § 12 N. 383.

899. Datenschutzbeauftragter des Kantons Zürich, S. 24.

900. Spiegel, Geldsegen für Steuerbehörden: Künstliche Intelligenz entlarvt illegale Pools in Frankreich, https://www.spiegel.de/netzwelt/kuenstliche-intelligenz-entlarvt-illegale-pools-in-frankreich-geldsegen-fuer-steuerbehoerden-a-ffa4fae4-c046-4e31-b57c-05a7fc45d0e0, 30.8.2022, besucht am 27.3.2023. Vgl. zum KI-Begriff Drittenbass, N. 45 ff.

901. Als intelligentes Messsystem im Elektrizitätsbereich gilt «eine Messeinrichtung zur Erfassung elektrischer Energie, die eine bidirektionale Datenübertragung unterstützt und den tatsächlichen Energiefluss und dessen zeitlichen Verlauf erfasst» (vgl. Art. 17a Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 23. März 2007 über die Stromversorgung (Stromversorgungsgesetz, StromVG; SR 734.1). Der Bundesrat hat in Art. 8a ff. der Stromversorgungsverordnung vom 14. März 2008 (StromVV; SR 734.71) Vorgaben für den Einsatz intelligenter Messsysteme festgelegt.

Entfaltung des Menschen innerhalb der eigenen Wohnung beeinträchtigen, indem z.B. Betroffene bestimmte Gewohnheiten – aus Angst vor (missbräuchlicher) Überwachung – in der eigenen Wohnung anpassen.

31 Aus grundrechtlicher Sicht problematisch sind zudem **verdeckte Observationen** von **Versicherten durch Sozialversicherungen** i.S.v. von Art. 43a sowie Art. 43b ATSG[905], weil diese nicht nur an allgemein zugänglichen Orten zulässig sind, sondern auch an Orten, die von einem allgemein zugänglichen Ort aus frei einsehbar sind.[906] Das ATSG lässt somit das Filmen von öffentlich einsehbaren Balkonen sowie Gartenplätzen von Versicherten durch Sozialversicherungen zu,[907] worin ein Eingriff in das Recht auf Achtung der Wohnung von versicherten Personen zu erblicken ist.[908] Es wird sich weisen, ob diese neuen Bestimmungen zur Observation im Sozialversicherungsbereich, die der Bundesgesetzgeber aufgrund des EGMR-Urteils «*Vukota-Bojic*» erlassen hat, einer Überprüfung durch den EGMR standhalten werden. Denn der Gesetzgeber hat zwar mit Art. 43a sowie Art. 43b ATSG eine formell-gesetzliche Grundlage geschaffen, weil der EGMR

902. Der Bundesrat verpflichtet die Netzbetreiber dazu, ab einem bestimmten Zeitpunkt bei allen Endverbrauchern, Erzeugern und Speicherbetreibern intelligente Messsysteme (Smart Meter) zu verwenden (vgl. Art. 17a^{bis} Abs. 2 Satz 3 des Bundesgesetzes vom 23. März 2007 über die Stromversorgung (Stromversorgungsgesetz, StromVG), SR 734, Änderung vom 29. September 2023, in: BBl 2023 2301 [Inkrafttreten voraussichtlich am 1. Januar 2025]. In Art. 31e der Stromversorgungsverordnung (StromVV), SR 734.71, ist dieser Zeitpunkt auf den 1. Januar 2028 festgelegt. Bis zu diesem Zeitpunkt müssen 80 Prozent aller Messeinrichtungen in einem Netzgebiet den Anforderungen für intelligente Messsysteme gemäss Art. 8a und Art. 8b StromVV entsprechen. Bis zum 1. Januar 2028 bestimmt der Netzbetreiber selbst, wann er Endverbraucher, Erzeuger und Speicherbetreiber mit intelligenten Messsystemen ausstatten will.

903. Harasgama/Tamò, S. 119 m.w.Verw. Betreiber des intelligenten Messsystems beim Endverbraucher sind die (staatlichen) Netzbetreiber (vgl. Art. 8 Abs. 1 StromVV).

904. Harasgama, S. 32 m.w.Verw.; Harasgama/Tamò, S. 125 ff., die Smart Grids sowie Smart Meters unter dem Aspekt des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung vertieft analysieren. So auch Lubian, S. 263 ff.

905. Bundesgesetz vom 6.10.2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG; SR 830.1).

906. Art. 43a Abs. 4 ATSG.

907. Heusser, 35; Kieser, 314. Demgegenüber dürfen Wohn- und Schlafzimmer von versicherten Personen nicht durch Sozialversicherungen observiert werden. Vgl. dazu Art. 7h Abs. 2 lit. a der Verordnung vom 11. September 2002 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSV; SR 830.11).

908. In diesem Sinne BGE 143 I 377 E. 3.1 u.a. m.Verw. auf EGMR *Vukota-Bojic gegen Schweiz*, 16.10.2016, Nr. 61838/10, N. 69-77; BGE 137 I 327 E. 4.4 m.w.Verw.

zuvor rügte, dass eine versicherte Person ohne hinreichende gesetzliche Grundlage vom Unfallversicherer oberserviert worden war.[909] Der EGMR liess allerdings im erwähnten Urteil offen, inwiefern verdeckte Observationen im Sozialversicherungsbereich zur Verhinderung von Sozialversicherungsmissbrauch tatsächlich erforderlich sind.[910] An der Erforderlichkeit solcher Überwachungen können – trotz des gewichtigen öffentlichen Interesses an der Bekämpfung von Sozialversicherungsmissbrauch – insoweit Zweifel bestehen, als dass der unrechtmässige Bezug von Sozialversicherungsleistungen (Sozialversicherungsmissbrauch gemäss Art. 148a StGB) bereits durch die zuständigen Strafverfolgungsbehörden im Rahmen von Observationen gemäss Art. 282 f. StPO[911] verfolgt und strafrechtlich sanktioniert werden kann.[912] Oder in den Worten von Pierre Heusser: «Die [...] neuen Überwachungsmöglichkeiten sind [...] unnötig, weil die notwendigen Ermittlungen auch ohne weiteres mit den bestehenden gesetzlichen Grundlagen von den Strafverfolgungsbehörden durchgeführt werden können».[913] Dem ist allerdings entgegenzuhalten, dass verdeckte Observationen von Versicherten durch Sozialversicherungen womöglich weniger intensiv in das Recht auf Achtung der Wohnung als Observationen durch Strafverfolgungsbehörden eingreifen.

Bemerkenswert und problematisch ist schliesslich, mit welcher Selbstverständlichkeit der Staat in jüngerer Zeit Regelungen erlässt bzw. zu erlassen gedenkt, die in (höchst-)private Bereiche einer Wohnung als physischen Rückzugsort hineinreichen. Zu nennen sind hier etwa Vorgaben zur zulässigen Anzahl an Personen in Wohnräumen im Rahmen der Bewältigung der Covid-19-Pandemie oder die vom Bundesrat im Entwurf der Verordnung über Beschränkungen und Verbote der Verwendung elektrischer Energie vorgesehenen Massnahmen für den Fall einer schweren Strommangellage wie Temperaturvorschriften für Wohn- und Büroräume. Solche Regelungen offenbaren ein zunehmend **interventionistisches Staatsverständnis**, das mit einer liberalen Verfassungskonzeption wohl kaum zu vereinen ist. Denn solche Gebote schränken das Recht der Menschen, 32

909. Gächter, S. 216 m.Verw.
910. Heusser, S. 40.
911. Schweizerische Strafprozessordnung vom 5.10.2007 (Strafprozessordnung, StPO; SR 312.0).
912. So zutreffend Heusser, S. 27 ff.; Pärli, 121 f.
913. Heusser, S. 40. A.M. Waldenmeyer/Kühne/Bär, S. 214, die die Verhältnismässigkeit bejahen.

selbst darüber zu entscheiden, wie sie ihr Leben in der eigenen Wohnung führen, in ganz grundsätzlicher Weise ein.

5. Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis

a. Schutzbereich

33 Das Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis schützt die **vertrauliche Kommunikation** zwischen Individuen.[914] Der Anspruch erfasst neben traditionellen Kommunikationsformen (Post, Telefon sowie Telefax) auch moderne Kommunikationsmittel wie E-Mail, SMS, MMS, Pager, Internet-Telefonie oder virtuelle Kommunikationsplattformen mit beschränktem Benutzerkreis.[915] Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung fallen demgegenüber «Homepages sowie öffentlich zugängliche Newsgroups» nicht unter das Kommunikationsgeheimnis,[916] weil hier nicht mit der Vertraulichkeit der Kommunikation gerechnet werden kann.[917] Massgeblich ist daher mit Blick auf den Schutzumfang des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses, ob die betroffene Person nach objektiven Gesichtspunkten von einer *vertraulichen* Kommunikation ausgehen durfte.[918]

34 Der Begriff des Brief-, Post- und Fernmeldeverkehrs wird – in Anlehnung an Art. 8 Ziff. 1 EMRK[919] – von Lehre und Rechtsprechung zu Recht **technikneutral** ausgelegt.[920] Aus diesem Grund fallen auch neuartige Kommunikationsmittel unter das Kommunikationsgeheimnis, die seit Inkrafttreten von Art. 13 Abs. 1 BV eine erhebliche praktische Bedeutung erlangt haben. Insoweit ist der Umstand, dass der Wortlaut der Bestimmung eher auf traditionelle Kommunikationsformen abstellt und daher bedingt zeitgemäss erscheint, nicht weiter problematisch. Sollte Art. 13 BV dereinst

914. BSK-Diggelmann, Art. 13 BV N. 29 m.w.Verw.

915. Moeckli, in: Biaggini/Gächter/Kiener, Staatsrecht, § 31 N. 63 m.Verw. auf BGE 140 I 353 E. 8.3 f. Vgl. ferner Belser, in: Belser/Epiney/Waldmann, Datenschutzrecht, § 6 N. 50 m.w.Verw.; Biaggini, Art. 13 BV N. 10 m.w.Verw. Vgl. auch BGE 140 IV 181 E. 2.3: «Die Geheimsphäre der E-Mail-Benützer ist durch das Fernmeldegeheimnis verfassungsrechtlich geschützt [...]».

916. BGE 140 I 353 E. 8.3.

917. Moeckli, S. 1405 m.Verw.

918. BSK-Diggelmann, Art. 13 BV N. 29 m.w.Verw.

919. BGE 140 I 353 E. 8.3.

920. In diesem Sinne SGK-Breitenmoser, Art. 13 Abs. 1 BV N. 70 m.Verw. auf BGE 140 I 353 E. 8.3: «Auszugehen ist von der Achtung des *umfassend* zu verstehenden Fernmeldeverkehrs [Hervorhebung nur hier]».

jedoch revidiert werden, so ist in Erwägung zu ziehen, in Art. 13 BV einen technikneutraleren Begriff zu verwenden, analog etwa zu Art. 7 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRCh)[921], der den Begriff der Kommunikation vorsieht und deren Vertraulichkeit schützt.

Das Kommunikationsgeheimnis schützt in sachlicher Hinsicht sowohl den **Inhalt** als auch die **Randdaten** der Kommunikation. Im Telefonverkehr als Randdaten geschützt sind daher auch Informationen betreffend Telefonnummer, Aufenthaltsorte sowie Dauer des Telefongesprächs oder im Internetverkehr E-Mail- sowie IP-Adressen.[922] 35

Der grundrechtliche Anspruch auf Achtung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses gilt zwar auch für Personen in **Sonderstatusverhältnissen** (z.B. Untersuchungs- und Strafgefangene oder Angehörige der Armee). Für Untersuchungs- und Strafgefangene gilt das Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis allerdings nur eingeschränkt.[923] 36

Private Dienstleistungserbringer im Post- und Fernmeldewesen sind zwar nicht unmittelbar an das Kommunikationsgeheimnis gebunden. Der Gesetzgeber hat allerdings nach Massgabe von Art. 35 BV für entsprechenden Schutz zu sorgen.[924] 37

b. Einschränkungen

In jüngerer Vergangenheit hat der Bundesgesetzgeber in Anbetracht der Weiterentwicklung moderner Kommunikationstechnologien, aber auch 38

921. Charta der Grundrechte der Europäischen Union, in: ABl. 2012 C 326 vom 26.10.2012, 391-407.

922. BSK-Diggelmann, Art. 13 BV N. 29 m.w.Verw.; Kiener/Kälin/Wyttenbach, N. 747 m.Verw.; Moeckli, S. 1405 m.w.Verw.; SGK-Breitenmoser, Art. 13 Abs. 1 BV N. 74. Vgl. zum grundrechtlich garantierten Schutz von Randdaten BGE 144 I 126 E. 4.1 m.w.Verw.; BGE 140 I 369 E. 8.3 m.Verw.; BGE 130 III 28 E. 4.2 m.Verw.; BGE 126 I 50 E. 6b. Vgl. zur Konventionsrechtsprechung EGMR *Big Brother Watch und andere gegen Vereinigtes Königreich*, Nr. 58170/13, 62322/14 und 24960/15, 13.9.2018, N. 355 f.

923. Belser, in: Belser/Epiney/Waldmann, Datenschutzrecht, § 6 N. 51; SGK-Breitenmoser, Art. 13 Abs. 1 BV N. 75 m.w.H. Vgl. hierzu auch BGer 6B_264/2021 vom 30.3.2022 E. 2.4.4: «Zwar stellt die Öffnung der ein- oder ausgehenden Post ohne Zweifel einen Eingriff in das Recht des Gefangenen auf persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) sowie auf Achtung des Brief-, Post- und Fernmeldeverkehrs (Art. 13 Abs. 1 BV, Art. 8 EMRK) dar. Diese Öffnung entspricht jedoch dem Verhältnismässigkeitsprinzip: Das von dieser Massnahme angestrebte öffentliche Interesse – Sicherheit der Strafanstalt – geht dem privaten Interesse des Beschwerdeführers auf die Vertraulichkeit seiner Korrespondenz vor [...]».

aufgrund neuartiger Bedrohungsformen durch Terrorismus und organisierte Kriminalität die gesetzlichen Grundlagen zur Anordnung von präventiven sowie repressiven **verdeckten Überwachungsmassnahmen** ausgebaut. So kann die Überwachung von Kommunikationsmitteln im Rahmen eines *Strafverfahrens* (Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs i.S.v. Art. 269 ff. StPO), aber auch aus Gründen des *Staatsschutzes* präventiv gestützt auf das Nachrichtendienstgesetz (NDG)[925] angeordnet werden.[926] Solche Überwachungen durch staatliche Behörden stellen in der Regel einen *schwerwiegenden* Eingriff in das Recht auf Schutz des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses dar,[927] der einer hinreichend präzisen, formell-gesetzlichen Grundlage bedarf.[928]

39 Der EGMR hat in jüngerer Zeit in mehreren Urteilen die Zulässigkeit verschiedener Formen **staatlicher Kommunikationsüberwachung** beurteilt.[929] So befand der Gerichtshof, dass das britische System zur Massenüberwachung von Kommunikationsdaten sowie deren Beschaffung bei Kommunikationsdienstanbietern mit Art. 8 EMRK nicht vereinbar ist, weil keine wirksamen Garantien gegen Missbräuche vorhanden waren und unabhängige Kontrollmechanismen fehlten.[930] Auch im Verfahren «*Centrum*

924. Biaggini, Art. 13 BV N. 10 m.w.Verw. Nicht restlos klar BGE 140 I 353 E. 8.3: «Mit dem Verfassungsanspruch gemäss **Art. 13 Abs. 1 BV** soll gewährleistet werden, dass die Kommunikation mit fremden Mitteln gegenüber Drittpersonen geheim erfolgen kann, auch wenn technische Mittel zur Kommunikationsüberwachung bestehen. [...]. Dieser Geheimbereich ist unabhängig davon zu wahren, ob die Kommunikation durch eine staatliche Organisation (wie die früheren PTT-Betriebe) oder wie heute durch private Anbieter von Fernmeldedienstleistungen vermittelt wird [...]». Wohl ähnlich BSK-Diggelmann, Art. 13 BV N. 31; Müller/Schefer, S. 207 ff.

925. Bundesgesetz vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst (Nachrichtendienstgesetz, NDG; SR 121).

926. Moeckli, S. 1406. Vgl. weiter Biaggini, Art. 13 BV N. 10a ff.; BSK-Diggelmann, Art. 13 BV N. 29 m.w.Verw.; Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, § 12 N. 385 m.w.Verw. Vgl. zur Abgrenzung zwischen *präventiver* Überwachung und *repressiver* Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs Isenring/Quiblier, S. 129.

927. Kiener/Kälin/Wyttenbach, N. 752.

928. BSK-Diggelmann, Art. 13 BV N. 30 m.w.Verw. auf die einschlägige Rechtsprechung.

929. Frei, S. 44 m.w.Verw.

930. EGMR *Big Brother Watch und andere gegen Vereinigtes Königreich*, Nr. 58170/13, 62322/14 und 24960/15, 13.9.2018, N. 347; bestätigt durch EGMR (Grosse Kammer), *Big Brother Watch und andere gegen Vereinigtes Königreich*, Nr. 58170/13, 62322/14 und 24969/15, 25.5.2021, N. 377-382 und N. 424-427. Vgl. dazu auch Frei, S. 63; Meyer/Staffler, S. 321; Moeckli, S. 1406 m.Verw.

för Rättvisa gegen Schweden» stellte die Grosse Kammer – anders als noch eine Kammer des Gerichtshofes im Juni 2018[931] – eine Verletzung von Art. 8 EMRK fest, weil die schwedische Regelung zur Überwachung der Telekommunikation durch den staatlichen Geheimdienst mitunter keine wirksame nachträgliche Kontrolle garantierte.[932] Der EGMR betonte allerdings in beiden Urteilen, dass die Vertragsstaaten über einen *weiten Ermessensspielraum* bei der Ausgestaltung staatlicher Überwachungsmassnahmen verfügen, wenn und solange die vom Gerichtshof festgelegten Mindestkriterien erfüllt sind.[933]

---

931. EGMR *Centrum för Rättvisa gegen Schweden*, Nr. 352552/08, 19.6.2018, N. 179-181. Vgl. auch Frei, S. 63 m.Verw.: «Im Verfahren *Centrum för rättvisa gegen Schweden* hatte eine Kammer im Juni 2018 die Beschwerde abgewiesen, da die schwedische Regelung zur Massenüberwachung privater Kommunikation von genügend klaren gesetzlichen Vorgaben, Sicherheitsmassnahmen gegen Missbrauch und Rechtsschutzmöglichkeiten begleitet sei». Unklar daher SGK-Breitenmoser, Art. 13 Abs. 1 BV N. 74 m.w.Verw.: «Auch die gesetzlich vorgesehene Möglichkeit der Überwachung der Telekommunikation durch den staatlichen Geheimdienst stellt gemäss Gerichtshof einen Eingriff in Art. 8 EMRK dar (EGMR *Centrum för Rättvisa c. Suède*, 35252/08 [2018], Ziff. 90 ff. [...]».

932. EGMR (Grosser Kammer), *Centrum för Rättvisa gegen Schweden*, 25.5.2021, N. 359-364 und N. 374.

933. Frei, S. 62 f.; Meyer/Staffler, S. 319. Das Bundesamt für Justiz (BJ), S. 6, fasste die Rechtsprechung des EGMR in Bezug auf die *rechtsstaatlichen Anforderungen* an die staatliche Massenüberwachung konzis zusammen: «Die Anwendung eines Regimes der Massenüberwachung steht somit nicht per se im Widerspruch zu Artikel 8 EMRK. Dennoch hielt der Gerichtshof fest, dass angesichts der ständigen Weiterentwicklung der modernen Kommunikationstechnologien sein üblicher Lösungsansatz betreffend gezielte Überwachungen an die Besonderheiten eines Regimes der Massenüberwachung anzupassen ist, und zwar sowohl wegen der dieser Art von Überwachung innewohnenden Missbrauchsgefahr als auch wegen des legitimen, sie kennzeichnenden Geheimhaltungsbedürfnisses. Insbesondere muss der Prozess von «umfassenden Garantien» begleitet sein, das heisst, auf nationaler Ebene müssen die Notwendigkeit und die Verhältnismässigkeit der ergriffenen Massnahmen in jeder Prozessetappe beurteilt werden, die Massenüberwachungstätigkeiten müssen von vornherein – sobald Zweck und Ausmass der Operation festgelegt sind – der *Bewilligung einer unabhängigen Behörde* unterstellt werden, und die Vorgänge müssen Gegenstand einer *Aufsicht* und einer *nachträglichen unabhängigen Kontrolle* sein. Der Gerichtshof hat somit mehrere wesentliche Kriterien herausgearbeitet, die vom nationalen Recht klar definiert sein müssen, damit das fragliche Regime mit den Anforderungen der Konvention als vereinbar betrachtet werden kann [Hervorhebungen nur hier]». Vgl. auch BGE 147 I 280 E. 7.1: Zu prüfen ist, ob das Gesetz angemessene und wirksame Garantien gegen Missbrauch vorsieht, unter Berücksichtigung nicht nur der materiellen Garantien (Umfang, Dauer und Art der Überwachungsmassnahmen, Voraussetzungen ihrer Anordnung, usw.), sondern auch der innerstaatlich zur Verfügung stehenden Kontroll- und Beschwerdemöglichkeiten und ihrer Effizienz [...].

40 Das neue NDG erlaubt dem Nachrichtendienst des Bundes (NDB), den Post- und Fernmeldeverkehr (in Echtzeit) zu überwachen[934] oder mittels «Trojanern» in private Computersysteme einzudringen, um z.B. «dort vorhandene oder von dort aus übermittelte Informationen zu beschaffen».[935] Der NDB hat neu zudem die Möglichkeit, die elektronische Kommunikation – zu nennen sind hier E-Mails, Suchanfragen oder Internet-Telefonie – verdachtsunabhängig bzw. anlasslos zu überwachen (sog. **Kabelaufklärung**).[936] Von dieser Kabelaufklärung sind potentiell sämtliche Personen in der Schweiz betroffen, die das Internet nutzen.[937] Das Bundesgericht erblickte jüngst in der Kabelaufklärung einen Eingriff in das Fernmeldegeheimnis sowie in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung gemäss Art. 13 Abs. 2 BV.[938] Das Gericht hiess eine Beschwerde des Vereins «Digitale Gesellschaft» gut und wies die Sache zur materiellen Beurteilung an das Bundesverwaltungsgericht zurück.[939]

41 Angesichts der weiten Verbreitung von **Smartphones** erstaunt es kaum, dass politische Bestrebungen bestehen, der Polizei im Rahmen der *polizeirechtlichen* Tätigkeit zu erlauben, Mobiletelefone (in Echtzeit) zu überwachen. Denn Smartphones hinterlassen Datenspuren im digitalen Raum, die Rückschlüsse auf das Kommunikationsverhalten eines Menschen und dessen Aufenthaltsort erlauben, welche zur *präventiven* Verhinderung von strafbaren Handlungen genutzt werden können. Bereits heute ist es technisch möglich, Handys im Rahmen eines Polizeieinsatzes präventiv

934. Vgl. Art. 26 Abs. 1 lit. a NDG.
935. Vgl. Art. 26 Abs. 1 lit. d NDG.
936. Vgl. Art. 39 ff. NDG. Vgl. auch Isenring/Quiblier, S. 126 und S. 137 ff.
937. Isenring/Quiblier, S. 126 und S. 139, die zu Recht darauf hinweisen, dass das im NDG statuierte *Verbot der Inlandüberwachung* elektronischer Kommunikation toter Buchstabe ist, weil es gar kein Schweizer Internet gibt. So auch BGE 147 I 280 E. 6.2.2 m.w.Verw.: «Bei der Funk- und Kabelaufklärung handelt es sich um eine anlasslose Massenüberwachung von grenzüberschreitenden Telekommunikationsströmen». Wie die Beschwerdeführenden zutreffend darlegen, wird auch ein Grossteil der inländischen Kommunikation erfasst, der z.B. über Netzwerke und Server im Ausland erfolgt [...]».
938. BGE 147 I 280 E. 8.1 sowie E. 8.2.
939. BGE 147 I 280 E. 9.3: «Gegenstand der Prüfung ist nicht das Gesetz als solches, sondern die vermutete Erfassung von Daten der Beschwerdeführenden in der Funk- und Kabelaufklärung. Gefragt ist deshalb nicht, ob die Bestimmungen des NDG zur Funk- und Kabelaufklärung verfassungs- und konventionskonform gehandhabt werden könnten, sondern ob die (vermutete) Bearbeitung von Daten der Beschwerdeführenden im aktuellen System der Funk- und Kabelaufklärung deren Grundrechte verletzt».

einzusehen[940] oder Kommunikationsinhalte bei Hosting- oder interpersonellen Kommunikationsdiensten (z.B. WhatsApp, TikTok, Instagram, E-Mail-Dienste etc.) zur Eindämmung der Verbreitung von Kinderpornografie im Internet zu durchsuchen (umgangssprachlich auch als Chatkontrolle bezeichnet)[941]. Trotz der berechtigten Interessen (Wahrung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit), die die Polizei mit der verdeckten Überwachung von Smartphones verfolgt, darf nicht übersehen werden, dass solche Überwachungstätigkeiten der Polizei gegenwärtig verfassungsrechtlich problematisch
sein können. Denn in den meisten Kantonen dürfte hierzu eine **formell-gesetzliche Grundlage** im jeweiligen Polizeigesetz sowie wirksame Garantien gegen Missbräuche und unabhängige Kontrollmechanismen fehlen. Fraglich ist zudem, ob und inwieweit solche Überwachungstätigkeiten erforderlich sind.

Mit dem Einsatz von «**Smart-Home-Technologien**» (auch als digitale Assistenten bezeichnet)[942] stellt sich (zukünftig) wohl auch die Frage, ob und inwiefern Strafverfolgungsbehörden Informationen, die durch «Smart-Home-Technologien» gesammelt werden, zur Aufklärung von Straftaten verwerten dürfen.[943] Dieselbe Frage stellt sich, wenn der Staat zukünftig solche «Smart-Home-Anwendungen» zur präventiven Überwachung nutzen will.[944] Zugriffe des Staates auf «Smart-Home-Technologien» im Rahmen eines Strafverfahrens und/oder aus Gründen des Staatsschutzes führen zu **schwerwiegenden Eingriffen** in das verfassungsrechtlich geschützte Kommunikationsgeheimnis (sowie in das Recht auf Achtung der Wohnung), die zwingend gesetzlich zu regeln und in Bezug auf Dauer sowie Verwendungszweck zu beschränken sind. Ausserdem sind gesetzlich wirksame Garantien gegen Missbräuche und unabhängige Kontrollmechanismen vorzusehen. 42

940. Christian Kamm, Das Handy in Polizeihänden: Das Thurgauer Parlament hat sich verwählt, in: Tagblatt, www.tagblatt.ch, besucht am 16. Mai 2023.
941. Kampf gegen Kindesmissbrauch: EU-Kommissarin verteidigt Vorschlag, in: NZZ Online vom 5. Juni 2022, verfügbar auf www.nzz.ch, besucht am 17. Mai 2023.
942. Der Begriff der Smart-Home-Technologien weist keine klaren Konturen auf. Darunter werden z.B. smarte Haushaltsgeräte zur Steuerung der Heizung oder der Wohnraumbeleuchtung, aber auch Sprachassistenzsysteme wie «Alexa» von Amazon oder «Siri» von Apple verstanden. Vgl. Ametsbichler, S. 170 m.w.H.
943. Gless/Stagno, S. 291 ff.
944. Gless/Stagno, S. 293 ff.

B. Absatz 2: Datenschutzgrundrecht

1. Schutzbereich

43 Die BV verankert in Art. 13 Abs. 2 einen grundrechtlich geschützten Anspruch auf Datenschutz, der als **Unterfall** des Rechts auf Privat- bzw. Geheimnissphäre (Art. 13 Abs. 1 BV) konzipiert ist.[945] In Lehre und Rechtsprechung wird das in Art. 13 Abs. 2 BV statuierte Datenschutzgrundrecht in Anlehnung an die Terminologie des deutschen Bundesverfassungsgerichts im Volkszählungsurteil auch als «Recht auf informationelle Selbstbestimmung»[946] bezeichnet.[947] Florent Thouvenin weist jedoch zu Recht darauf hin, dass die Idee des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung, «d.h. das Recht der betroffenen Person, grundsätzlich selbst zu bestimmen, ob und zu welchen Zwecken Daten über sie bearbeitet werden dürfen»,[948] einer näheren Überprüfung kaum standhält.[949] Einerseits zeigt er anhand der historischen Entwicklung des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung, dass weder das Bundesgericht noch die Lehre je eine Begründung für dessen Bestehen vorgelegt haben, sondern sich

945. Biaggini, Art. 13 BV N. 11; BSK-Diggelmann, Art. 13 BV N. 32 beide m.Verw. auf BGE 128 II 259 E. 3.2; Drittenbass, N. 138 m.w.Verw.

946. Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung wurde 1983 vom deutschen Bundesverfassungsgericht im Volkszählungsurteil formuliert als «die Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen». Vgl. hierzu BVerfGE, Urteil des Ersten Senats vom 15.12.1983, 65, 1, 155. Vgl. auch Drittenbass, N. 138 (FN 515) m.w.Verw.

947. Vgl. zur Lehre BSK-Diggelmann, Art. 13 BV N. 32 (die Terminologie sei aber «sprachlich unschön»); Flückiger, S. 844 ff.; Meier, S. 65; Schwegler, S. 371. Vgl. zudem BSK-Schönbächler/Maurer-Lambrou/Kunz, Art. 1 DSG N. 20 m.Verw. Kritisch zum Begriff Rudin, S. 248 f. Vgl. zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung BGE 113 Ia 1 E. 4a/bb, bestätigt in BGE 120 II 118 E. 3a; BGE 128 II 259 E. 3.2; BGE 133 I 77 E. 5.3; BGE 138 II 346 E. 8.2; BGE 140 I 2 E. 9.1; BGE 142 II 340 E. 4.2; BGE 144 I 126 E. 4.1.

948. BBl 2017 7010 m.Verw. auf BGE 140 I 2 E. 9.1.

949. Thouvenin, S. 2 ff.: «Der Gehalt der Idee wird allerdings kaum je konkretisiert. Vielmehr begnügt man sich meist damit, den Begriff anzuführen und dem Gegenüber zu überlassen, was er oder sie darunter verstehen mag. In der Verbindung von *intuitiver Überzeugungskraft* und *inhaltlicher Offenheit* liegt denn auch die Stärke des Begriffs [...]: Es kommt gar nicht darauf an, *was* der Gehalt eines Rechts auf informationelle Selbstbestimmung ist und sein kann – vielmehr reicht es, den Begriff in den Raum zu stellen und daraus Schlüsse zu ziehen oder Forderungen abzuleiten. Die informationelle Selbstbestimmung ist damit in der Schweiz (und darüber hinaus) zu einem *Axiom* der *Informationsgesellschaft* geworden, das nicht mehr zu hinterfragen ist. Ebendies tut dieser Beitrag aus drei Perspektiven: einer historischen, einer rechtstatsächlichen und einer normativen. [...] [Hervorhebungen nur hier]».

lediglich mit einem Verweis auf das Volkszählungsurteil des deutschen Bundesverfassungsgerichts begnügten.[950] Aus diesem Grund steht das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung – so Florent Thouvenin – «auf äusserst tönernen Füssen», weil Lehre und Rechtsprechung mangels entsprechender Begründung nur auf der intuitiven Überzeugungskraft des Begriffs der informationellen Selbstbestimmung beruhen, was für den Bestand eines Grundrechts nicht genügt.[951] Andererseits zeigt seine Analyse der Kernbestimmungen des eidgenössischen DSG, dass die Idee eines Rechts auf informationelle Selbstbestimmung für die Datenbearbeitung durch Bundesorgane gar nicht und jene durch Private nur punktuell umgesetzt worden ist. Folglich kann auch nicht davon gesprochen werden, dass der Bundesgesetzgeber ein solches Recht mit Erlass des eidgenössischen DSG implizit anerkannt hat.[952] Mit Florent Thouvenin ist daher an dieser Stelle festzuhalten, dass mit dem grundrechtlich gewährleisteten **Schutz** der **Privatsphäre** i.S.v. Art. 13 Abs. 1 BV bereits eine sinnvolle konzeptionelle Grundlage besteht, die geeignet ist, alle Aspekte der Privatsphäre und damit auch die Bearbeitung von Personendaten – also das Datenschutzrecht – zu erfassen.[953]

Nach herrschender Lehre und bundesgerichtlicher Rechtsprechung 44
beschränkt sich der Schutzbereich von Art. 13 Abs. 2 BV – entgegen seines Wortlautes – nicht nur auf den Schutz vor Missbrauch persönlicher Daten, sondern erfasst jede staatliche Bearbeitung von persönlichen Daten (z.B. Erheben, Sammeln, Aufbewahren, Speichern sowie Bekanntgabe von Personendaten an Dritte, ungeachtet der jeweils angewandten Mittel und Verfahren).[954] Im Zeitalter der Digitalisierung stellt sich allerdings zunehmend

950. Das Bundesgericht anerkannte in BGE 128 II 259 sowie in BGE 129 I 232 und damit nach Inkrafttreten der totalrevidierten BV erstmals ein Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung an, ohne allerdings darin eine Begründung für das neu geschaffene Grundrecht zu liefern. Das Bundesgericht verwies stattdessen in BGE 129 I 232 (E. 4.3.1) auf die Kommentierung von Rainer J. Schweizer zu Art. 13 Abs. 2 BV im St.Galler Kommentar zur Bundesverfassung, in der dieser festhielt, dass das Bundesgericht bereits seit 1987 ein Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung anerkannte, obschon die von ihm angeführten Bundesgerichtsurteile eine solche Aussage nicht stützen. Vgl. Thouvenin, S. 8 ff. Auch der Bundesrat hat sich diesem Verständnis in der Botschaft des totalrevidierten DSG angeschlossen. Vgl. BBl 2017 7010 m.Verw.
951. Thouvenin, S. 5 ff.
952. Thouvenin, S. 15 ff.
953. Thouvenin, S. 43 f.

die Frage, ob und inwiefern der Schutzbereich von Art. 13 Abs. 2 BV überhaupt tangiert ist, wenn mit einer staatlichen Datenbearbeitung keine Gefahren für die betroffenen Personen einhergehen, z.B. wenn staatliche Akteure Personendaten im ausschliesslichen Interesse der betroffenen Person bearbeiten.[955] Denn Art. 13 Abs. 2 BV bezweckt in erster Linie den **Schutz vor Benachteiligungen** der betroffenen Person durch staatliche Datenbearbeitungen.[956]

45 Als **persönliche Daten** bzw. Personendaten i.S.v. Art. 13 Abs. 2 BV gelten alle Angaben, die sich auf eine bestimmte oder bestimmbare Person beziehen und «ihr zugeordnet werden können»,[957] wozu auch IP-Adressen[958] sowie Randdaten der Telekommunikation[959] zählen. Dieser Personenbezug weist auf die grundrechtsberechtigte Person, weshalb Daten von juristischen Personen unter Art. 13 Abs. 2 BV (weiterhin) geschützt sind.[960] Daran ändert nämlich der Umstand, dass das totalrevidierte DSG auf den Schutz von Daten juristischer Personen verzichtet (vgl. Art. 1 e contrario DSG),[961] nichts.[962]

---

954. Epiney/Civitella/Zbinden, S. 17; Meier, S. 65; Moeckli, S. 1406; Müller/Schefer, S. 167 f.; Schweizer/Rechsteiner, § 2 N. 2 alle m.w.Verw.; SGK-Schweizer/Striegel, Art. 13 Abs. 2 BV N. 79 m.w.Verw. Vgl. ferner BSK-Schönbächler/Maurer-Lambrou/Kunz, Art. 1 DSG N. 5 und N. 20 m.Verw. Ein Teil der Lehre will dagegen Art. 13 Abs. 2 BV wortgetreu als Norm zum Schutz vor Missbrauch persönlicher Daten verstanden wissen. So erstmal Gächter/Egli, N. 24 ff.; grundlegend dazu Belser, S. 34 ff. Vgl. zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung BGE 144 I 126 E. 4.1; BGE 142 II 340 E. 4.2; BGE 138 II 346 E. 8.2.
955. Ähnlich im Kontext des eidgenössischen DSG Brunner, S. 38. «Es fragt sich indessen, ob das Datenschutzgesetz von seinem Zweck her überhaupt Anwendung finden kann, wenn eine Datenbearbeitung durch eine Behörde klarerweise *keine* Persönlichkeitsverletzung darstellt». A.M. Müller Lucien, S. 125 m.Verw.
956. Schweizer, Persönlichkeitsschutz, S. 704. Vgl. auch BGE 138 I 331 E. 5.1. A.M. Gächter/Egli, N. 25, wonach der Schutzzweck von Art. 13 Abs. 2 BV informationsorientiert und nicht verhaltensbezogen konzipiert sei.
957. SGK-Schweizer/Striegel, Art. 13 Abs. 2 BV N. 87 m.Verw. Im Gegensatz zum eidgenössischen Datenschutzgesetz (DSG) differenziert Art. 13 Abs. 2 BV demnach nicht zwischen «gewöhnlichen» und «besonders schützenswerten Personendaten». Als besonders schützenswerte Personendaten gelten z.B. Daten über religiöse und politische Ansichten oder Gesundheitsdaten. Vgl. hierzu Biaggini, Art. 13 BV N. 12.
958. BGE 136 II 508 E. 3.2 ff.
959. BGE 144 I 126 E. 4.2.
960. SGK-Schweizer/Striegel, Art. 13 Abs. 2 BV N. 87 m.Verw. auf BGE 144 II 77 E. 5.1; BGE 142 II 268 E. 6.1. Der Verweis auf BGE 142 II 268 überzeugt hier allerdings nicht restlos, weil sich das Bundesgericht in der erwähnten Erwägung lediglich zum Schutz von Daten juristischer Personen unter dem alten DSG äusserte, auf den im totalrevidierten DSG verzichtet wird.
961. Rosenthal, Datenschutzgesetz, N. 19.

2. Dimensionen

a. Datenschutzgrundrecht als Abwehrrecht

Das Datenschutzgrundrecht als **Abwehrrecht** (subjektivrechtliche bzw. individualrechtliche Dimension) schützt das Individuum vor der Bearbeitung von Personendaten durch den Staat. In dieser Funktion bietet das Datenschutzgrundrecht jedoch keinen Schutz vor privater Datenbearbeitung.[963] 46

b. Grundrechtliche Schutzpflicht gegenüber privater Datenbearbeitung

Seit Mitte des vergangenen Jahrhunderts anerkennt die schweizerische Rechtspraxis sowie Lehre – unter dem Einfluss der deutschen Rechtslehre – eine objektivrechtliche Dimension von Grundrechten: Grundrechte begründen neben ihrer abwehrrechtlichen Dimension auch **staatliche Schutzpflichten** gegen Gefährdungen, die von privaten Dritten ausgehen.[964] Dieses erweiterte Grundrechtsverständnis hat seinen rechtlichen Niederschlag in Art. 35 Abs. 1 BV gefunden, der bestimmt, dass Grundrechte «in der ganzen Rechtsordnung» zur Geltung kommen müssen.[965] Die objektivrechtliche Dimension des Datenschutzgrundrechts i.S.v. Art. 13 Abs. 2 BV i.V.m. Art. 35 Abs. 1 BV vermittelt somit eine Pflicht des Staates, Individuen vor Benachteiligungen von Datenbearbeitungen durch **Private** zu schützen.[966] 47

Diese grundrechtliche Schutzpflicht gegenüber privater Datenbearbeitung richtet sich freilich an den demokratisch legitimierten Gesetzgeber und nicht 48

962. BBl 2017 7011: «Auch bleibt für juristische Personen ein umfassender Schutz unverändert bestehen, wie er durch die Artikel 28 ff. des Zivilgesetzbuchs (ZGB) (...), das UWG, das Urheberrechtsgesetz vom 9.10.1992 oder durch die Bestimmungen zum Schutz von Berufs-, Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnissen sowie Artikel 13 BV auf Verfassungsebene gewährleistet wird».
963. Drittenbass, N. 142 m.w.Verw. Nach Biaggini, Art. 13 BV N. 11, erfasse Art. 13 Abs. 2 BV «grundsätzlich jede *staatliche Bearbeitung* von persönlichen Daten». So auch BSK-Diggelmann, Art. 13 BV N. 34.
964. Koller/Schindler, S. 279 f. Vgl. zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung BGE 126 II 300 E. 5a; BGE 140 II 315 E. 4.8. Vgl. auch Müller, S. 14 f. sowie S. 43 ff., der aufzeigt, dass das Bundesgericht bereits im 19. Jahrhundert fallweise eine objektivrechtliche Dimension von Grundrechten anerkannte.
965. Egli, S. 138. Koller/Schindler, S. 279 (FN 10), verweisen zudem auf Art. 36 Abs. 2 BV.
966. Egli, S. 164 m.Verw.; Schweizer/Kradolfer/Sutter, S. 238; Weber, S. 28.

an Private. Der Bundesgesetzgeber ist dieser Pflicht mitunter durch den Erlass des eidgenössischen DSG nachgekommen.[967] Damit unbeantwortet ist die Frage, nach welchem Massstab ein Ausgleich zwischen den grundrechtlich geschützten Freiheitssphären privater Datenbearbeiter und der grundrechtlichen Schutzpflicht gegenüber privater Datenbearbeitung stattfinden soll.[968] An dieser Stelle kann der **Risk-Based Approach**[969] (vgl. oben, N. 14) einen Beitrag zur teilweisen Auflösung dieses Spannungsfeldes leisten, weil dieser Regulierungsansatz einen Ausgleich zwischen den berechtigten Interessen auf Schutz der personenbezogenen Daten von Privaten und dem berechtigten Interesse an der Nutzung von Personendaten durch private Datenbearbeiter schafft. So sieht der Risk-Based Approach nämlich *strengere* Anforderungen bei *hohen* Datenschutzrisiken zum Schutz der betroffenen Personen, *reduzierte* Anforderungen dagegen bei *geringen* Datenschutzrisiken zur Sicherung von Freiheitssphären privater Datenbearbeiter vor. Der normative Gehalt des Risk-Based Approach ist somit, den Umfang sowie die Intensität von datenschutzrechtlichen Bestimmungen in Abhängigkeit des jeweiligen Risikos unterschiedlich auszugestalten.[970] Eine **risikobasierte** Ausdifferenzierung datenschutzrechtlicher Regelungen hat den Vorteil, dass Gefährdungen der Persönlichkeitsrechte der betroffenen Person risikoproportional durch angemessene Datenschutzbestimmungen minimiert werden, ohne die Freiheitssphären privater Datenbearbeiter zu vereiteln.[971]

3. Einschränkungen

49 Mit dem Einsatz neuartiger (Massen-)Überwachungssystemen im öffentlichen Raum verfügen staatliche Behörden über Instrumente, die zwar der öffentlichen Sicherheit und Ordnung und damit dem Schutz von klassischen Polizeigütern dienen, die aber auch das Datenschutzgrundrecht (erheblich) beeinträchtigen können.[972] In jüngster Zeit wird insbesondere die

967. Moeckli, S. 1409; Schweizer/Kradolfer/Sutter, S. 238; Weber, S. 28 m.w.Verw. Die grundrechtliche Schutzpflicht ist aus Sicht des Grundrechtsträgers zugleich ein aus der subjektivrechtlichen Dimension eines Grundrechts abgeleiteter *Schutzanspruch*, der sich gegen den *Staat* und nicht gegen Private richtet. Vgl. hierzu Müller, S. 127 f.
968. Drittenbass, N. 143 m.Verw.
969. Vgl. dazu eingehend Drittenbass, N. 527 ff.
970. Drittenbass, N. 554.
971. Drittenbass, N. 555.
972. In diesem Sinne BGer 1C_39/2021 vom 29.11.2022 E. 4.3.3.

automatische Gesichtserkennung[973] kontrovers diskutiert.[974] Automatische Gesichtserkennungstechnologien können zur präventiven Überwachung öffentlich zugänglicher Räume, zur Gefahrenabwehr oder zur Aufklärung von Straftaten eingesetzt werden.[975] Von automatischer Gesichtserkennung wird gesprochen, wenn digitale Gesichtsbilder natürlicher Personen automatisch zur Identifizierung oder Verifizierung der betreffenden Person bearbeitet werden.[976] Im Schrifttum wird die Auffassung vertreten, dass der Einsatz solcher Gesichtserkennungssysteme zu einem schwerwiegenden Eingriff in Art. 13 Abs. 2 BV führt,[977] wobei auch das Diskriminierungsverbot (Art. 8 Abs. 2 BV) sowie die Meinungs- und Versammlungsfreiheit (Art. 16 sowie Art. 22 BV) betroffen sein können.[978] Der EGMR hat sich im Verfahren «*Glukhin gegen Russland*» erstmalig zur automatischen Gesichtserkennung durch Strafverfolgungsbehörden geäussert. Der Gerichtshof befand, dass die Bearbeitung von personenbezogenen Daten mit Hilfe einer Gesichtserkennungstechnologie zur Aufklärung einer *Ordnungswidrigkeit* im Rahmen eines *Administrativverfahrens* – zum einen, um die betroffene Person anhand der auf Telegram veröffentlichten Fotos und des Videos zu identifizieren, und zum anderen, um sie während der Fahrt mit der Moskauer U-Bahn ausfindig zu machen und festzunehmen – mit Art. 8 EMRK nicht vereinbar ist. Denn eine solche Datenbearbeitung durch eine

973. Statt von Gesichtserkennung («Face Recognition») wird auch von «Gesichtsbildabgleich» gesprochen. Vgl. Simmler/Canova, Strafverfahren, S. 204 (FN 16).

974. So erfuhr z.B. die angebliche Absicht der SBB, an bestimmten Bahnhöfen Kameras zur Gesichtserkennung einzusetzen, in den Medien erhebliche Kritik, wobei unklar bleibt, ob und in welchem Umfang die SBB tatsächlich eine solche Technologie an Bahnhöfen einsetzen wollte. Vgl. hierzu Barnaby Skinner, Datenkrake SBB? – Mehr Mut zu digitalen Lösungen, in: NZZ Online vom 23.2.2023, verfügbar auf www.nzz.ch, besucht am 4.8.2023. Oder der Bundesrat hat anlässlich seiner Sitzung vom 5.4.2023 einen Verpflichtungskredit zur Finanzierung des Projektes AFIS2026 gutgeheissen. Dieses Projekt soll Gesichtsbildabgleiche ermöglichen, wozu eine Gesichtserkennungstechnologie eingesetzt werden soll. Vgl. hierzu Medienmitteilung vom 6.4.2023, Bundesrat heisst Verpflichtungskredit zur Erneuerung des AFIS-Systems gut, verfügbar auf www.admin.ch, besucht am 4.8.2023.

975. Simmler/Canova, Strafverfahren, S. 206. Vgl. zur Gesichtserkennung durch die Polizei im Besonderen Karaboga/Frei/Ebbers/Rovelli/Friedewald/Runge, S. 108 ff.

976. Braun Binder/Kunz/Obrecht, N. 5 und N 10 ff.; Simmler/Canova, Strafverfahren, S. 203 m.Verw.

977. Braun Binder/Kunz/Obrecht, N. 25 f.; Kühne, S. 13; Matter, S. 15; Simmler/Canova, Gesichtserkennungstechnologie, S. 112 f.

978. Braun Binder/Kunz/Obrecht, N. 25.

Gesichtserkennungstechnologie zur Aufklärung einer Ordnungswidrigkeit ist nach Auffassung des EGMR in einer demokratischen Gesellschaft nicht notwendig.[979] Der EGMR anerkannte allerdings im Urteil das berechtigte Bedürfnis der Vertragsstaaten, Gesichtserkennungstechnologien zur Aufklärung von Straftaten, insbesondere im Zusammenhang mit Terrorismus und organisierter Kriminalität, einzusetzen,[980] was jedoch – so der Gerichtshof – detaillierte Regelungen mit Blick auf die konkreten Anwendungsformen der Gesichtserkennungstechnologie und strenge Schutzvorkehrungen gegen Missbrauch und Willkür voraussetzt.[981] Auch aus diesem Grund qualifizierte der EGMR im konkreten Fall den Einsatz einer Gesichtserkennungstechnologie als konventionswidrig, weil solche Regelungen in Russland weitestgehend fehl(t)en.[982] Der Gesetzgeber wird

979. EGMR *Glukhin gegen Russland*, Nr. 11519/20, 4.7.2023, N. 90 f.: «In the light of all the above considerations the Court concludes that the *use of highly intrusive facial recognition technology* in the context of the applicant exercising his Convention right to freedom of expression is incompatible with the ideals and values of a democratic society governed by the rule of law, which the Convention was designed to maintain and promote. The processing of the applicant's personal data using facial recognition technology in the framework of *administrative offence proceedings* – first, to identify him from the photographs and the video published on Telegram and, secondly, to locate and arrest him while he was travelling on the Moscow underground – *cannot* be regarded as "*necessary in a democratic society*" [Hervorhebungen nur hier]». Auch das deutsche Bundesverfassungsgericht erklärte die Regelungen im Bundesland Hessen sowie im Bundesland Hamburg zur automatischen Gesichtserkennung durch die Polizei (vgl. § 49 Absatz 1 Alternative 1 des Hamburgischen Gesetzes über die Datenverarbeitung der Polizei in der Fassung des Gesetzes über die Datenverarbeitung der Polizei und zur Änderung weiterer polizeirechtlicher Vorschriften vom 12. Dezember 2019 [Gesetz- und Verordnungsblatt Hamburg Seite 485] sowie § 25a Absatz 1 Alternative 1 des Hessischen Gesetzes über die öffentliche Sicherheit und Ordnung [HSOG] in der Fassung des Gesetzes zur Neuausrichtung des Verfassungsschutzes in Hessen vom 25. Juni 2018 [Gesetz- und Verordnungsblatt Hessen Seite 302]) für verfassungswidrig. Vgl. BVerfGE vom 16. Februar 2023 1547/19 und 2634/20.

980. EGMR *Glukhin gegen Russland*, Nr. 11519/20, 4.7.2023, N. 85: «The Court finds it to be beyond dispute that the fight against crime, and in particular against organised crime and terrorism, which is one of the challenges faced by today's European societies, depends to a great extent on the use of modern scientific techniques of investigation and identification. However, while it recognises the importance of such techniques in the detection and investigation of crime, the Court must delimit the scope of its examination».

981. EGMR *Glukhin gegen Russland*, Nr. 11519/20, 4.7.2023, N. 82: «[...] the Court considers that it is essential in the context of implementing facial recognition technology to have *detailed rules* governing the scope and application of measures as well as *strong safeguards against the risk of abuse and arbitrariness*. The need for safeguards will be all the greater where the use of live facial recognition technology is concerned [Hervorhebungen nur hier]».

folglich die schwierige Aufgabe haben, einen Ausgleich zwischen dem berechtigten Anliegen des Schutzes verfassungsrechtlich gewährleisteter Freiheitsrechte und dem öffentlichen Interesse an Sicherheit zu finden, damit der Einsatz automatischer Gesichtserkennungstechnologie in menschen- und grundrechtskonformer Weise erfolgt.

Bei der **automatisierten Fahrzeugfahndung** und **Verkehrsüberwachung** (AFV) werden durch mobile oder stationäre Geräte die Kontrollschilder von vorbeifahrenden Fahrzeugen systematisch mittels Kamera erfasst. Neben der Identität des Fahrzeughalters oder der Fahrzeughalterin können auch weitere Daten – zu nennen sind hier etwa der Zeitpunkt der Kontrolle, Standort, die Fahrtrichtung sowie weitere Fahrzeuginsassen – erhoben werden.[983] Die AFV beschränkt sich allerdings nicht auf die Bearbeitung solcher erkennungsdienstlichen Informationen. Vielmehr werden die mittels der AFV erfassten Personendaten mit anderen Datensammlungen zusammengeführt und automatisiert abgeglichen, d.h. die AFV ermöglicht eine «serielle und simultane Verarbeitung grosser und komplexer Datensätze innert Sekundenbruchteilen». Darin erblickte das Bundesgericht einen schwerwiegenden Eingriff in das Datenschutzgrundrecht gemäss Art. 13 Abs. 2 BV, weil die AFV weder anlassbezogen noch aufgrund eines konkreten Verdachtes personenbezogene Daten erfasst, was eine abschreckende Wirkung entfaltet (sog. «chilling effect»), zumal die spätere (geheime) Verwendung solcher Personendaten durch die Behörden ein Gefühl des Überwachtseins auslösen kann. Weiter besteht gemäss Bundesgericht das Risiko, dass betroffene Personen aufgrund einer dem System immanenten Fehlerquote zu Unrecht in Verdacht geraten.[984] 50

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung berührt die Entnahme der für die DNA-Analyse notwendigen körpereigenen Vergleichsproben (z.B. Wangenschleimhautabstrichs [WSA] oder Blutprobe) das in Art. 10 Abs. 2 BV verankerte Grundrecht der körperlichen Integrität,[985] die darauf folgende **Erstellung** eines **DNA-Profils** und dessen Bearbeitung durch staatliche Akteure das Datenschutzgrundrecht gemäss Art. 13 Abs. 2 BV.[986] 51

982. EGMR *Glukhin gegen Russland*, Nr. 11519/20, 4.7.2023, N. 83.
983. BGer 1C_39/2021 vom 29.11.2022 E. 8.1.1.
984. BGE 146 I 11 E. 3.2; bestätigt durch BGer 1C_39/2021 vom 29.11.2022 E. 8.1.1 m.w.Verw.
985. OK-Heri, Art. 10 BV N. 49.
986. BGer 1B_508/2022 vom 16.12.2022 E. 2.2 m.Verw. auf BGE 128 II 259 E. 3.2.

52 Mit dem Einsatz **datenbasierter Technologien** können neuartige Bedrohungen für das Datenschutzgrundrecht i.S.v. Art. 13 Abs. 2 BV entstehen. So berühren KI-basierte Analysen bzw. Auswertungen von Social Media Massendaten durch staatliche Akteure (auch als «social media intelligence» [*SOCMINT*] bezeichnet) den Schutzbereich von Art. 13 Abs. 2 BV.[987] Künstliche Intelligenz findet zunehmend auch im Gesundheitswesen Anwendung, zum Beispiel um eine Blutvergiftung (Sepsis), Lungenentzündung oder Krebs frühzeitig zu erkennen und personalisierte Therapien vorzuschlagen, wozu solche KI-Prognoseinstrumente allerdings eine Menge an Patientendaten benötigen, damit die Algorithmen solcher Prognoseinstrumente anhand von Patientendaten trainiert werden können.[988] Noch weitgehend unerforscht sind die Risiken für den grundrechtlich geschützten Anspruch auf Datenschutz gemäss Art. 13 Abs. 2 BV, die aus der Bearbeitung von Personendaten mithilfe von ChatGPT und vergleichbaren KI-gestützten Anwendungen durch staatliche Behörden resultieren können.[989]

Zum Autor

Dr. Joel Drittenbass arbeitet als Rechtsanwalt im Regulatory Team von VISCHER AG in Zürich. Er berät und vertritt Parteien in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten, insbesondere im Wasser- und Umweltrecht, Gesundheitsrecht sowie Datenschutzrecht. Sein Schwerpunkt liegt in der Beratung von Unternehmen, die in regulierten Märkten tätig sind, insbesondere in der Energiebranche und im Gesundheitswesen. Daneben lehrt, forscht und publiziert er in den Bereichen des Staats- und Verwaltungsrechts unter besonderer Berücksichtigung des Rechts der neuen Technologien (z.B. autonome Roboter, Künstliche Intelligenz). Der Autor vertritt hier seine persönliche Auffassung.

Joel Drittenbass studierte Rechtswissenschaft an der Universität St.Gallen (M.A. HSG in Law 2017). Vor und während seines Doktorates arbeitete er als

987. Vgl. Gerrit Hornung, S. 19, der den Einsatz von KI zur Auswertung von Social Media Massendaten unter deutschem Recht untersucht.

988. Christian J. Meier, KI im Spital: Stellen Computer bald die besseren Diagnosen?, in: NZZ Online vom 9.3.2023, verfügbar auf www.nzz.ch, besucht am 13.9.2023. Vgl. zu Big Data in der Medizin auch Drittenbass, N. 186 ff.

wissenschaftlicher Assistent am Lehrstuhl für öffentliches Wirtschaftsrecht an der Universität St.Gallen (ILE-HSG). In seiner Dissertation, die mit dem Professor Walther Hug Preis 2021 ausgezeichnet wurde, beschäftigte er sich vertieft mit datenschutz- und medizinprodukterechtlichen Aspekten bei autonomen Medizinrobotern. Gewisse Ausführungen des vorliegenden Beitrages zu Art. 13 Abs. 2 BV stützen sich daher auf die Dissertation des Verfassers.[990]

Dank

Der Autor dankt herzlich Damian Wyss, M.A. HSG in Law, Antonia Straden, M.A. HSG in Law and Economics, Céline Kehl, B.A. HSG in Law and Economics, Andrea Chawla, BLaw, Timo Tschopp, B.A. HSG in Law, sowie Giulia Odermatt, MLaw, für die Unterstützung bei der Recherche und redaktionellen Aufbereitung der vorliegenden Kommentierung. Herzlich gedankt sei auch Belinda Bachmann für das von ihr mit grosser Kompetenz und Effizienz ausgeübte Lektorat. Der Autor dankt weiter David Rosenthal, Partner bei VISCHER AG, für wertvolle Hinweise zur vorliegenden Kommentierung. Ein ganz besonderer Dank gebührt schliesslich den Herausgebern, Prof. Dr. Odile Ammann, LL.M., sowie Dr. Stefan Schlegel, für die kritische Durchsicht dieser Kommentierung. Ihre Anmerkungen haben zu wesentlichen Verbesserungen dieser Kommentierung geführt.

WEITERE EMPFOHLENE LEKTÜRE

Auberson Géraldine, Personnalitées publiques et vie privée: Étude de droit privé suisse à la lumière du droit américain, Diss. Zürich 2013.

Baumann Felix, Das Grundrecht der persönlichen Freiheit in der Bundesverfassung unter besonderer Berücksichtigung der geistigen Unversehrtheit, Diss. Fribourg 2011, Zürich et al. 2011.

Bondallaz Stéphane, La protection des personnes et de leurs données dans les télécommunications, Diss. Zürich 2007.

989. Vgl. hierzu Eidgenössischer Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter (EDÖB), Einsatz von ChatGPT und vergleichbaren KI-gestützten Anwendungen, verfügbar auf www.edoeb.admin.ch, besucht am 14. September 2023. Vgl. zum Datenschutz beim Einsatz generativer künstlicher Intelligenz Rosenthal, Einsatz, N. 1 ff.

990. *Anregungen und Bemerkungen zu den Inhalten dieser Kommentierung werden gerne unter der E-Mail joel.drittenbass@vischer.com | joel.drittenbass@unisg.ch entgegengenommen.*

Bundesamt für Justiz (BJ), Gutachten vom 7. Juli 2016 zur Ehe für alle – Fragen zur Verfassungsmässigkeit, Bern 2016.

Bussani Mauro, Le passé et les inconnus : quelle protection pour la vie privée?, in: Belser Eva Maria/Pichonnaz Pascal/Stöckli Hubert (Hrsg.), Le droit sans frontières: Mélanges pour Franz Werro, Bern 2022, S. 117-126.

Caderas Claudia/Hürzeler Marc, Rüge für die Schweiz mangels hinreichender Gesetzesgrundlage für Observationen durch Versicherer, HAVE 2016, S. 425-427.

Caroni Martina, Privat- und Familienleben zwischen Menschenrecht und Migration: Eine Untersuchung zu Bedeutung, Rechtsprechung und Möglichkeiten von Art. 8 EMRK im Ausländerrecht, Diss. Bern 1998, Berlin 1999.

Diggelmann Oliver/Cleis Maria Nicole, How the Right to Privacy Became a Human Right, in: Human Rights Law Review 2024, S. 441-458.

Flückiger Alexandre, L'autodétermination en matière de données personnelles: un droit (plus si) fondamental à l'ère digitale ou un nouveau droit de propriété? AJP 6 (2013), S. 837-864.

Häner Isabelle/Bundi Livio, Rechtsgutachten vom 4. November 2020 über die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Einführung der «Ehe für alle» sowie der Samenspende für lesbische Ehepaare auf Gesetzesebene, Zürich 2020.

Hansjakob Thomas, Überwachungsrecht der Schweiz: Kommentar zu Art. 269 ff. StPO und zum BÜPF, Zürich/Basel/Genf 2018.

Jaggi Emanuel, Geheime Überwachungsmassnahmen, ZBJV 147 (2011), S.1-38.

Mahon Pascal, L'information par les autorités, ZSR 118 II (1999), S. 199-352.

Märkli Benjamin, Ehe gegen alle? Zur Öffnung der Ehe ohne Verfassungsänderung, AJP 4 (2020), S. 466-476.

Moreham Nicole Anna, The Right to Respect for Private Life in European Convention on Human Rights: A Re-Examination, European Human Rights Law Review 14 (2008), S. 44-79.

Rochel Johan, L'intégrité numérique dans la Constitution: Entre liberté et technologies numériques, in: Guillaume Florence/Mahon Pascal (Hrsg.), Le

droit à l'intégrité numérique: Réelle innovation ou simple évolution du droit?, Basel/Genf/Zürich 2021, S. 13-41.

Rudin Beat, Die Erosion der informationellen Privatheit – oder: Rechtsetzung als Risiko?, in: Sutter-Somm Thomas/Hafner Felix/Schmid Gerhard/Seelmann Kurt (hrsg. im Auftrag der Juristischen Fakultät der Universität Basel), Risiko und Recht – Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2004, Basel et al. 2004, S. 277 ff.

Schoder Charlotte, Die Bedeutung des Grundrechts auf Ehe für das Ehe- und Familienrecht: Eine Untersuchung insbesondere im Hinblick auf die Verbesserung der rechtlichen Stellung gleichgeschlechtlicher Paare, AJP 11 (2002), S. 1287-1296.

von Gunten Jean-Marc, Das Grundrecht der Unverletzlichkeit der Wohnung, Diss. Zürich 1992.

Ziegler Andreas R., Sexuelle Orientierung und schweizerische Rechtsordnung, AJP 5 (2013), S. 649-658.

Zünd Andreas/Hugi Yar Thomas, Aufenthaltsbeendende Massnahmen im schweizerischen Ausländerrecht, insbesondere unter dem Aspekt des Privat- und Familienlebens, EuGRZ 2013, S. 1-19.

LITERATURVERZEICHNIS

Ametsbichler Eva, Rechtliche Fragestellungen beim Einsatz von «Smart-Home-Technologie», InTeR 2019, S. 169-174.

Angel María P./Calo Ryan, Distinguishing Privacy Law: A Critique of Privacy as Social Taxonomy, Columbia Law Review, S. 1-44.

Belser Eva Maria, Zur rechtlichen Tragweite des Grundrechts auf Datenschutz: Missbrauchsschutz oder Schutz auf informationelle Selbstbestimmung?, in: Epiney Astrid/Fasnacht Tobias/Gaetan Blaser (Hrsg.), Instrumente zur Umsetzung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung, Zürich et al. 2013, S. 19-45.

Belser Eva Maria/Epiney Astrid/Waldmann Bernhard, Datenschutzrecht: Grundlagen und öffentliches Recht, Bern 2011 (zit. Verfasser, in: Belser/Epiney/Waldmann, Datenschutzrecht, § N.).

Biaggini Giovanni, BV: Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017.

Biaggini Giovanni, Ein «bahnbrechender» Klima-Richterspruch voller Rätsel, ZBl 125 (2024), S. 461-462 (zit. Rätsel).

Biaggini Giovanni/Gächter Thomas/Kiener Regina (Hrsg.), Staatsrecht, 3. Aufl., Zürich et al. 2021 (zit. Verfasser, in: Biaggini/Gächter/Kiener, Staatsrecht, § N.).

Botschaft zum Bundesgesetz über die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz, BBl 2017 6941 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2017/2057/de, besucht am 26.9.2024.

Braun Binder Nadja/Kunz Eliane/Obrecht Liliane, Maschinelle Gesichtserkennung im öffentlichen Raum, sui generis 2022, S. 53-61.

Braun Binder Nadja/Laukenmann Nina, Schweizer Praxis zu den Menschenrechten 2023, SRIEL 2024, S. 231-253.

Breitenmoser Stephan, Der Schutz der Privatsphäre gemäss Art. 8 EMRK: Das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens, der Wohnung und des Briefverkehrs, Diss. Basel 1985, Basel 1986 (zit. Privatsphäre).

Brötel Achim, Der Anspruch auf Achtung des Familienlebens, Diss. Heidelberg 1990/91, Baden-Baden 1991.

Brunner Stephan C., Öffentlichkeit der Verwaltung und informationelle Selbstbestimmung, in: Sutter Patrick (Hrsg.), Selbstbestimmung und Recht: Festgabe für Rainer J. Schweizer zum 60. Geburtstag, Zürich et al. 2003, S. 31 ff.

Bundesamt für Justiz (BJ), Ausgewählte Urteile und Entscheide des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte: 2. Quartal 2021, S. 1-8, https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/staat/menschenrechte/egmr.html, besucht am 15.4.2023.

Caroni Martina/Scheiber Nicole/Preisig Christa/Plozza Monika, Migrationsrecht, 5. Aufl., Bern 2022.

Datenschutzbeauftragter des Kantons Zürich, Tätigkeitsbericht 2021, Zürich 2021, abrufbar unter https://www.datenschutz.ch/die-datenschutzbeauftragte/taetigkeitsbericht, besucht am 28.10.2022.

Diggelmann Oliver, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Basel 2015 (zit. BSK-Diggelmann).

Diggelmann Oliver, Grundrechtsschutz der Privatheit, in: VVDStRL (Hrsg.), Der Schutzauftrag des Rechts: Referate und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Berlin vom 29. September bis 2.10.2010, Band 70, Berlin et al. 2011, S. 50-81 (zit. Privatheit).

Drittenbass Joel, Regulierung von autonomen Robotern: Angewendet auf den Einsatz von autonomen Medizinrobotern: Eine datenschutzrechtliche und medizinprodukterechtliche Untersuchung, Diss. St.Gallen 2020, Zürich et al. 2021.

Egli Patricia, Drittwirkung von Grundrechten: Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten im Schweizer Recht, Diss. Zürich 2002, Zürich et al. 2002.

Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung: Kommentar, 4. Aufl., Zürich/St.Gallen 2023 (zit. SGK-Bearbeiter).

Epiney Astrid/Civitella Tamara/Zbinden Patrizia, Datenschutzrecht in der Schweiz: Eine Einführung in das Datenschutzgesetz des Bundes, mit besonderem Akzent auf den für Bundesorgane relevanten Vorgaben, Freiburg 2009.

Flückiger Alexandre, L'autodétermination en matière de données personnelles: un droit (plus si) fondamental à l'ère digitale ou un nouveau droit de propriété? AJP 6 (2013), S. 837-864.

Frei Nula, Staatliche Massenüberwachung im Spiegel der jüngsten Rechtsprechung von EuGH und EGMR, in: Epiney Astrid/Rovelli Sophia (Hrsg.), Künstliche Intelligenz und Datenschutz, Zürich/Basel/Genf 2021, S. 43-63.

Gächter Thomas, Schnell, schwammig, schlecht, HAVE 2018, S. 216-221.

Gächter Thomas/Egli Philipp, Informationsaustausch im Umfeld der Sozialhilfe, in: Jusletter vom 6.9.2010.

Gerschwiler Stefan, Prinzipien der Datenbearbeitung durch Privatpersonen und Behörden, in: Passadelis Nicolas/Rosenthal David/Thür Hanspeter (Hrsg.), Datenschutzrecht: Beraten in Privatwirtschaft und öffentlicher Verwaltung, Basel 2015, S. 73-88.

Gless Sabine/Stagno Dario, Digitale Assistenten und strafprozessuale Beweisführung, SJZ 114(2018), S. 289-297.

Häfelin Ulrich/Haller Walter/Keller Helen/Thurnherr Daniela, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10.Aufl., Zürich et al. 2020.

Harasgama Rehana C., Erfahren - Wissen – Vergessen: Zur zeitlichen Dimension des staatlichen Informationsanspruches, Diss. St.Gallen 2017, Zürich/St.Gallen 2017.

Harasgama Rehana C./Tamò Aurelia, Smart Metering und Privacy by Design im Big-Data-Zeitalter: Ein Blick in die Schweiz, in: Weber Rolf H./Thouvenin Florent, Big Data und Datenschutz - Gegenseitige Herausforderungen, Zürich 2014, S. 117-149.

Heri Corina, Kommentierung zu Art. 10 BV, in: Schlegel Stefan/Odile Ammann (Hrsg.), Onlinekommentar zur Bundesverfassung, Version vom 16.3.2023, https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/bv10, besucht am 19.12.2023.

Hertig Randall Maya/Marquis Julien, Art. 13 BV, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Constitution fédérale: Préambule – art. 80 Cst., Commentaire Romand, Basel 2021 (zit. CR-Hertig Randall/Marquis).

Heusser Pierre, Observationen: Der neue Art. 43a ATSG auf dem Prüfstand, in: Kieser Ueli/Pärli Kurt/Uttinger Ursula, Datenschutztagung 2018: Ein Blick auf aktuelle Rechtsentwicklungen, Zürich/St.Gallen 2019, S. 17-41.

Hornung Gerrit, Künstliche Intelligenz zur Auswertung von Social Media Massendaten: Möglichkeiten und rechtliche Grenzen des Einsatzes KI-basierter Analysetools durch Sicherheitsbehörden, Archiv des öffentlichen Rechts 147 (2022), 1-69.

Karaboga Murat/Frei Nula/Ebbers Frank/Rovelli Sophia/Friedewald Michael/Runge Greta, Automatisierte Erkennung von Stimme, Sprache und Gesicht: Technische, rechtliche und gesellschaftliche Herausforderungen, Zürich 2022.

Kiener Regina/Kälin Walter/Wyttenbach Judith, Grundrechte, 4. Aufl., Bern 2024.

Kieser Ueli, ATSG-Revision – das Wechseln des Rades am laufenden Wagen, HAVE 2019, S. 313-318.

Koller Heinrich/Schindler Benjamin, Umgang des Gesetzgebers mit Risiken im Spannungsfeld zwischen Freiheit und Sicherheit, in: Sutter-Somm Thomas/Hafner Felix/Schmid Gerhard/Seelmann Kurt (hrsg. im Auftrag der Juristischen Fakultät der Universität Basel), Risiko und Recht – Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2004, Basel et al. 2004, S. 277-290.

Kühne Stefan, Automatisierte Bearbeitung von Personendaten im Strafprozess- und Polizeirecht, Sicherheit & Recht 2022, S. 13-24.

Lubian Federico, Legal Aspects of Smart Grids for Electricity: Privacy and Sharing Economy Platforms Trading, in: Dunand Jean-Philippe/Dupont Anne-Sylvie/Mahon Pascal (Hrsg.), Le droit face à la révolution 4.0, Genf/Zürich/Basel 2019, S. 259–276.

Malinverni Giorgio/Hottelier Michel/Hertig Randall Maya/Flückiger Alexandre, Droit constitutionnel suisse: Volume II: Les droits fondamentaux, 4. Aufl., Bern 2021.

Matter Livia, Gesichtserkennung auf dem Vormarsch, digma 2019, S. 14-19.

Meier Philippe, Protection des données: Fondements, principes généraux et droit privé, Bern 2011.

Meyer Frank/Staffler Lukas, Die Rechtsprechung des EGMR in Strafsachen im Jahr 2018, forumpoenale 2019, S. 312-323.

Moeckli Daniel, Persönlichkeitsschutz, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Band II, Zürich et al. 2020, S. 1383-1411.

Müller Andreas Th., Von Geburtstagen, Gerichten und Gegenwind: Die Schweiz im internationalen Menschenrechtssystem, ZBl 125 (2024), S. 463-484.

Müller Jörg Paul, Verwirklichung der Grundrechte nach Art. 35 BV: Der Freiheit Chancen geben, Bern 2018.

Müller Jörg Paul/Schefer Markus, Grundrechte in der Schweiz: Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4. Aufl., Bern 2008.

Müller Lucien, Videoüberwachung in öffentlich zugänglichen Räumen – insbesondere zur Verhütung und Ahndung von Straftaten, Diss. St.Gallen 2011, Zürich et al. 2011.

Pärli Kurt, Observationen von Versicherten – Der Gesetzgeber auf Abwegen, recht 2018, S. 120-122.

Rhinow René/Schefer Markus/Uebersax Peter, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3. Aufl., Basel 2016.

Rosenthal David, Das neue Datenschutzgesetz, in: Jusletter vom 16. November 2020 (zit. Datenschutzgesetz).

Rosenthal David, Datenschutz beim Einsatz generativer künstlicher Intelligenz, in: Jusletter 6. November 2023 (zit. Einsatz).

Rudin Beat, Kollektives Gedächtnis und informationelle Integrität: Zum Datenschutz im öffentlichen Archivwesen, AJP 3 (1998), S. 247-260.

Schlegel Stefan, Migrationsrecht: Erstarkendes Recht auf Privatleben, plädoyer 3 (2020), S. 38-43.

Schönbächler Matthias R./Maurer-Lambrou Urs/Kunz Simon, in: Blechta Gabor P./Vasella David (Hrsg.), Basler Kommentar, Datenschutzgesetz/Öffentlichkeitsgesetz, 4. Aufl., Basel 2024 (zit. BSK-Schönbächler/Maurer-Lambrou/Kunz).

Schwegler Ivo, Informations- und Datenschutzrecht, in: Müller Markus/Feller Reto (Hrsg.), Bernisches Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Bern 2021, S. 325-372.

Schweizer Rainer J., Geschichte und Zukunft des Datenschutzrechts, in: Passadelis Nicolas/Rosenthal David/Thür Hanspeter (Hrsg.),

Datenschutzrecht: Beraten in Privatwirtschaft und öffentlicher Verwaltung, Basel 2015, S. 3-40 (zit. Geschichte).

Schweizer Rainer J., Verfassungsrechtlicher Persönlichkeitsschutz, in: Thürer Daniel/Aubert Jean-François/Müller Jörg Paul (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich et al. 2001, S. 691 ff. (zit. Persönlichkeitsschutz).

Schweizer Rainer J./Kradolfer Dean/Sutter Patrick, Das Verhältnis von datenschutzrechtlichen Persönlichkeitsrechten, Verfahrensgerechtigkeit und Amtsöffentlichkeit zueinander, in: Baeriswyl Bruno/Rudin Beat (Hrsg.), Perspektive Datenschutz: Praxis und Entwicklung in Recht und Technik, Zürich et al. 2002, S. 235-263.

Schweizer Rainer J./Rechsteiner David, Grund- und menschenrechtlicher Datenschutz, in: Passadelis Nicolas/Rosenthal David/Thür Hanspeter (Hrsg.), Datenschutzrecht: Beraten in Privatwirtschaft und öffentlicher Verwaltung, Basel 2015, S. 41-71.

Seiler Hansjörg, Vom Problematischen Umgang mit prozessualen Regeln und positiven Schutzpflichten, in ZBl 125 (2024), S. 485-499.

Simmler Monika/Canova Giulia, Die Unrechtmässigkeit des Einsatzes automatisierter Gesichtserkennung im Strafverfahren, ZSR 142 I (2023), S. 201-226 (zit. Strafverfahren).

Simmler Monika/Canova Giulia, Gesichtserkennungstechnologie: Die «smarte» Polizeiarbeit auf dem rechtlichen Prüfstand, Sicherheit & Recht 2021, S. 105-117 (zit. Gesichtserkennungstechnologie).

Steiner Thomas, Zwischen Autonomie und Angleichung: Eine Analyse zur Anwendung des neuen DSG im Lichte der DSGVO, in: Michael Widmer (Hrsg.), Datenschutz – Rechtliche Schnittstelle, Zürich/St.Gallen 2023, S. 51-77.

Thouvenin Florent, Informationelle Selbstbestimmung: Intuition, Illusion, Implosion, ZSR Beiheft Band 63 2023, S. 1-46.

Villiger Mark E., Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in Schweizer Fällen, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020.

Waldenmeyer Catherine/Kühne Paul/Bär Hubert, Observationen als Freibrief für Detektive?, HAVE 2018, S. 212-216.

Weber Rolf H., Neue Grundrechtskonzeption zum Schutz der Privatheit, in: Weber Rolf H./Thouvenin Florent (Hrsg.), Neuer Regulierungsschub im Datenschutzrecht?, Zürich et al. 2012, S. 7-29.

Zimmermann Nesa, Klimawandel und die Rolle der Gerichte, ZBl 125 (2024), S. 500-508.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 16 BV

Eine Kommentierung von Raphaela Cueni

ZITIERVORSCHLAG

Raphaela Cueni, Kommentierung zu Art. 16 BV, in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (Hrsg.), Onlinekommentar zur Bundesverfassung

Kurzzitat: OK-Cueni, Art. 16 BV N. XXX.

Art. 16 Meinungs- und Informationsfreiheit

[1] Die Meinungs- und Informationsfreiheit ist gewährleistet.

[2] Jede Person hat das Recht, ihre Meinung frei zu bilden und sie ungehindert zu äussern und zu verbreiten.

[3] Jede Person hat das Recht, Informationen frei zu empfangen, aus allgemein zugänglichen Quellen zu beschaffen und zu verbreiten.

GLIEDERUNG

I. Einleitende Hinweise zur Meinungsfreiheit und zur Informationsfreiheit 243
A. Entstehungsgeschichte 243
B. Rechtsvergleichende Hinweise und Völkerrecht 246
C. Verhältnis zu anderen Bestimmungen der Bundesverfassung 248
D. Schutzzwecke und Funktionen 250
II. Meinungsfreiheit (Art. 16 Abs. 1 und 2 BV) 253
A. Sachlicher Schutzbereich 253
1. Begriff der Meinung 253
2. Geschützte Teilgehalte und Ansprüche 260
3. Kerngehalt 263
B. Persönlicher Schutzbereich 265
C. Einschränkungen der Meinungsfreiheit 268
1. Schutzintensitäten 268
2. Begriff und Arten des Eingriffs 270
3. Beurteilung von Einschränkungen nach Art. 36 BV 273
a. Gesetzliche Grundlage (Art. 36 Abs. 1 BV) 273
b. Öffentliches Interesse und Schutz von Grundrechten Dritter (Art. 36 Abs. 2 BV) 275
c. Verhältnismässigkeit (Art. 36 Abs. 3 BV) 276
D. Objektiv-rechtliche Dimension der Meinungsfreiheit 286
1. Verwirklichung der Meinungsfreiheit 286
2. Objektiv-rechtliche Dimension bei der Internet-Kommunikation im Besonderen 287
III. Informationsfreiheit (Art. 16 Abs. 1 und 3 BV) 292
A. Aktive und passive Informationsfreiheit 292
B. Grundsatz der Öffentlichkeit der Verwaltung 293
C. Weiterentwicklung der aktiven Informationsfreiheit? 295
Weitere empfohlene Lektüre 296
Literaturverzeichnis 297
Materialienverzeichnis 307

I. EINLEITENDE HINWEISE ZUR MEINUNGSFREIHEIT UND ZUR INFORMATIONSFREIHEIT

A. Entstehungsgeschichte

Die Forderung nach Freiheit der Rede und Meinungsäusserung lässt sich ideengeschichtlich bis in die Antike zurückverfolgen.[991] Die heutigen Garantien der Meinungsfreiheit gehen allerdings in die Zeit der **Aufklärung** zurück[992] und sind eine Reaktion auf die Einführung von Zensur- und Lizensierungssystemen, mit welchen verschiedene Regierungen und insbesondere auch die Kirche auf die Revolution des Buchdrucks im 16. Jahrhundert und die damit verbundene Möglichkeit, Meinungen schnell unter vielen Personen zu verbreiten, reagierten.[993] 1

Erstmals positivrechtlich verankert wurde die Meinungsfreiheit in den **Grundrechtskatalogen** und Menschenrechtserklärungen des späten 18. Jahrhunderts.[994] So fand die Meinungsfreiheit Aufnahme in den *Virginia Bill of Rights* (1776) (dort allerdings nur als Pressefreiheit[995]) und wurde wenig später auch im 1791 eingefügten Ersten Zusatzartikel zur Verfassung der Vereinigten Staaten (1787)[996] und in der französischen *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* (1789) garantiert.[997] 2

In der Schweiz war die Meinungsfreiheit weder im Text der **Bundesverfassung** von 1848 noch in der Verfassung von 1874 verankert; 3

991. Etwa Lewke, Zur Historie und Zukunft der Meinungsfreiheit, S. 41 ff.
992. Vgl. Peduzzi, Meinungs- und Medienfreiheit, S. 6 ff.; Barrelet/Werly, Droit de la communication, Rn. 2 (für die Ursprünge der heutigen Grundrechte im Allgemeinen).
993. GGK-Kaiser, Art. 5 I, II GG N. 2; Barrelet/Werly, Droit de la communication, Rn. 44 ff.
994. Vgl. Grote/Wenzel, EMRK/GG KK, Kap. 18 N. 2; GGK-Kaiser, Art. 5 I, II GG, N. 3; Barrelet/Werly, Droit de la communication, Rn. 2.
995. Bill of Rights vom 12.6.1776 als Teil der Verfassung von Virginia vom 29.6.1776, § 12: «That the freedom of the press is one of the great bulwarks of liberty, and can never be restrained but by despotic governments.»
996. United States Bill of Rights vom 15.12.1791, Erster Zusatzartikel: «Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.»
997. Vgl. Grote/Wenzel, EMRK/GG KK, Kap. 18 N. 2 f.; GGK-Kaiser, Art. 5 I, II GG N. 3; Breunig, Kommunikationsfreiheiten, S. 16 ff.

beide früheren Verfassungen garantierten jedoch in Art. 45 *a*BV (1848) respektive Art. 55 *a*BV (1874) die Pressefreiheit.[998] Im kantonalen Recht hingegen war die Meinungsfreiheit bereits im 19. Jahrhundert teilweise garantiert.[999] Auch fanden Gedanken der Meinungsfreiheit bereits in den 1930er-Jahren Eingang in die bundesgerichtliche Rechtsprechung. So stützte das Bundesgericht sein Urteil zu einem kantonalen Verbot kommunistischer Propaganda wesentlich auf das Argument, dass die Prinzipien der Demokratie den Bürger dazu verpflichten, auch die Äusserung von Theorien zu akzeptieren, die der herrschenden Ordnung widersprechen.[1000] Die Toleranz und Zulässigkeit auch von grundlegend anderen Meinungen ist ein zentraler Grundsatz der Meinungsfreiheit – das Bundesgericht ordnete die Idee zu diesem Zeitpunkt jedoch noch nicht diesem Grundrecht zu.[1001]

4 Zu ihrem Status als **Grundrecht der Bundesverfassung** kam die Meinungsfreiheit schliesslich in den 1960er-Jahren: In einem Entscheid von 1961 bezeichnete das Bundesgericht die Meinungsfreiheit als «grundlegendes Prinzip» des Bundesrechts und des kantonalen Rechts[1002] und anerkannte die Meinungsfreiheit vier Jahre später schliesslich als ungeschriebenes Grundrecht der Bundesverfassung.[1003] In der Folge hielt das Gericht fest, dass der damalige Art. 55*a*BV, die Pressefreiheit, ein Teilbereich eines umfassenden ungeschriebenen Grundrechts der Meinungsfreiheit sei,[1004] und entwickelte in den nächsten Jahren das Grundrecht stetig weiter. Dabei

998. Vgl. Barrelet/Werly, Droit de la communication, Rn. 52 f. (Rn. 48 ff. zur Pressefreiheit bzw. der Abschaffung der Zensur in den Kantonen vor 1848); Aubert/Mahon, Petit commentaire, Art. 16 N. 1.

999. Barrelet/Werly, Droit de la communication, Rn. 3, 39.

1000 BGE 58 I 84 E. 4 («[L]es principes de liberté qui régissent actuellement la démocratie suisse obligent le citoyen à tolérer même l'exposé de théories contraires à l'ordre établi [..].»).

1001 BGE 58 I 84 E. 4. Das Bundesgericht hielt zudem fest, dass gemäss den geltenden Prinzipien des schweizerischen öffentlichen Rechts die Kundgabe aller Gedanken und Ideologien, sowohl mündlich als auch mittels der Presse, zulässig sei, sofern sie nicht zu widerrechtlichen Handlungen führe.

1002 BGE 87 I 114 E. 2 («On ne peut notamment [. . .] se fonder sur la liberté d'expression, qui constitue un principe fondamental du droit fédéral et cantonal, écrit ou non, et une extension de la protection assurée par la liberté de la presse.»). Vgl. Barrelet/Werly, Droit de la communication, Rn. 5; Biaggini, Art. 16 BV N. 1.

1003 BGE 91 I 480 E. II. 1. Vgl. Aubert/Mahon, Petit commentaire, Art. 16 N. 1; Peduzzi, Meinungs- und Medienfreiheit in der Schweiz, S. 10 ff.; Chiariello, Der Richter als Verfassungsgeber?, S. 23 f.

1004 Etwa BGE 98 Ia 418 E. 2a; BGE 96 I 586 E. 6.

orientierte sich das Bundesgericht nach der Ratifikation der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) durch die Schweiz an der sich ebenfalls ständig weiterentwickelnden Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) zu Art. 10 EMRK.[1005]

Im Kontext dieser Entwicklung des ungeschriebenen Grundrechts der Meinungsfreiheit stellte sich dem Bundesgericht im Jahr 1978 die Frage, ob die **Informationsfreiheit** – als Recht auf Zugang zu Behördeninformationen – ebenfalls als ungeschriebenes Grundrecht der Bundesverfassung zu anerkennen sei.[1006] Das Bundesgericht hielt hierzu fest, dass «die Informationsfreiheit als Bestandteil der Meinungsäusserungsfreiheit und der Pressefreiheit das Recht gewährleistet, Nachrichten und Meinungen [...] ohne Eingriffe der Behörden zu empfangen und sich aus allgemein zugänglichen Quellen zu unterrichten».[1007] Allerdings umfasse die Informationsfreiheit in diesem Sinne keinen Anspruch auf aktive Information durch die Behörden.[1008] Eine weitergehende Anerkennung als eigenständiges Grundrecht lehnte das Gericht u.a. mangels Anerkennung als eigenständiges Grundrecht in den Kantonen ab.[1009] Damit blieb die Informationsfreiheit als ungeschriebenes Grundrecht vor 1999 auf den Schutz vor staatlichen Interventionen in die Beschaffung von Informationen und auf ein Recht auf Zugang zu «allgemein zugänglichen Quellen» beschränkt.[1010] 5

Mit der **Totalrevision der Bundesverfassung** von 1999 wurden die Meinungsfreiheit und die Informationsfreiheit in Art. 16 BV verankert. Dem Gedanken der Nachführung folgend beschränkte sich der Verfassungsgeber auf eine Verschriftlichung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung; auf die Verankerung weiter gefasster Garantien, etwa der Informationsfreiheit, wurde deshalb verzichtet.[1011] 6

1005 Vgl. bspw. BGE 119 Ia 71 E. 3a f. (zu den Eingriffsvoraussetzungen einer Einschränkung der Meinungsfreiheit). Vgl. etwa BSK-Hertig, Art. 16 BV N. 6.

1006 BGE 104 Ia 88.

1007 BGE 104 Ia 88 E. 4b.

1008 BGE 104 Ia 88 E. 4b.

1009 BGE 104 Ia 88 E. 5c.

1010 Zudem anerkannte das Bundesgericht, dass «soweit die Behörden [...] informieren und Auskunft erteilen, [...] sie an das Rechtsgleichheitsgebot und an das Willkürverbot gebunden [sind]». Für viele BGE 113 Ia 309 E. 4b.

1011 Vgl. m.w.H. Schefer/Cueni, Die Informationsfreiheit nach Art. 16 Abs. 1 und 3 BV, Rz. 18 ff.

B. Rechtsvergleichende Hinweise und Völkerrecht

7 Auf Ebene des **internationalen Rechts** sind die Meinungs- und die Informationsfreiheit unter anderem in Art. 10 EMRK und Art. 19 und 20 UNO-Pakt II garantiert.[1012] Auch die **Kantone** gewährleisten – explizit oder mittels eines integralen Verweises auf die Grundrechte der BV[1013] – in ihren Verfassungen jeweils Garantien der Meinungs- und in der Regel auch der Informationsfreiheit.[1014]

8 Für die Auslegung und Konkretisierung von Art. 16 BV ist insbesondere die Rechtsprechung des EGMR zu **Art. 10 EMRK** von Bedeutung. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung orientiert sich seit der Ratifikation der Konvention durch die Schweiz massgeblich an der dynamischen Rechtsprechung[1015] zu Art. 10 EMRK, welche deshalb heute die Struktur und Ausprägung von Art. 16 BV massgeblich mitbestimmt.[1016] Dies zeigt sich etwa im Schutz auch von Äusserungen, die «verletzen, schockieren und beunruhigen»,[1017] oder im besonders intensiven Schutz von Äusserungen zu Themen von gesellschaftlichem Interesse.[1018]

9 Einen parallelen Schutz von Meinungsäusserungen vermitteln zudem die Garantien von **Art. 19 und 20 UNO-Pakt II**.[1019] Wenn auch diese Bestimmungen die Rechtsprechung zur Meinungs- und Informationsfreiheit

1012. Vgl. Aubert/Mahon, Petit commentaire, Art. 16 N. 3; Biaggini, Art. 16 BV N. 2. Weitere Garantien finden sich bspw. in Art. 13 AMRK (American Convention on Human Rights) oder Art. 9 ACHR (African Charter on Human and People's Rights (Banjul-Charta)) bzw. Art. 13 KRK (Übereinkommen über die Rechte des Kindes).

1013. Etwa Art. 7 KV-GR; § 10 Abs. 2 KV-LU; Art. 2 KV-SG (allerdings mit Nennung der einzelnen Grundrechte); § 10 KV-SZ; Art. 10 KV-ZH.

1014. Etwa § 11 Abs. 1 lit. l KV-BS; Art. 17 KV-BE; Art. 19 KV-FR; Art. 26 KV-GE; Art. 8 KV-GL (nur Meinungsfreiheit); Art. 17 KV-NE; Art. 13 lit. b KV-OW (nur Meinungsfreiheit); Art. 8 Abs. 2 lit. c KV-TI; Art. 12 lit. e KV-UR; Art. 17 KV-VD; Art. 8 KV-VS. Vgl. Dubey, Droits fondamentaux, § 23 Rz. 2045.

1015. Vgl. etwa Grabenwarter/Pabel, EMRK, § 5 N. 14 ff. (zur dynamischen Auslegung und der EMRK als «living instrument»).

1016. Als Beispiel etwa BGE 136 I 332 E. 3.2.2. Mit Verweis auf Art. 10 EMRK auch BGE 145 IV 23 E. 3.1. Vgl. BSK-Hertig, Art. 16 BV N. 6.

1017. Etwa BGE 138 I 274 E. 2.2.1; BGE 131 IV 23 E. 3.1; EGMR (Grosse Kammer), *Mouvement Raëlien gegen die Schweiz*, Nr. 16354/06, 13.7.2012, N. 48.

1018. Etwa BGE 141 IV 23 E. 3.1. Vgl. Müller/Schefer, Grundrechte in der Schweiz, S. 378 ff.; Schefer, Kommunikationsgrundrechte, Rz. 86 f.

1019. Etwa BGE 130 I 359 E. 2 («Der Beschwerdeführer kann sich schliesslich im Grundsatz auch auf Art. 19 UNO-Pakt II berufen.».).

vergleichsweise weniger prägen, sind sie für die Auslegung der Garantien in der Schweiz ebenfalls massgeblich.[1020]

Alle Verfassungen mit **Grundrechtskatalogen** garantieren heute explizit ein Grundrecht der Meinungsfreiheit;[1021] oft wird auch die Informationsfreiheit explizit gewährleistet.[1022] Ein Blick auf die Nachbarländer der Schweiz zeigt, dass die Garantien der Meinungs- und Informationsfreiheit dabei sehr unterschiedlich ausgestaltet sein können. So garantiert die italienische Verfassung in Art. 21 die Meinungsfreiheit; die Informationsfreiheit wird nicht explizit genannt und gemäss Lehre auch nicht im Rahmen von Art. 21, sondern aus Anforderungen der Wahrnehmung demokratischer Rechte implizit hergeleitet.[1023] In Österreich garantiert Art. 13 Abs. 1 des Staatsgrundgesetzes (StGG)[1024] die Meinungsfreiheit, allerdings ebenfalls ohne daneben die Informationsfreiheit explizit zu verankern.[1025] Auch nicht explizit verankert, aber als notwendiger Teilgehalt der Meinungsfreiheit gemäss Art. 40 LV anerkannt, ist die Informationsfreiheit im liechtensteinischen Verfassungsrecht.[1026] Die Verfassung der V. Republik in Frankreich enthält im geschriebenen Verfassungstext von 1958 keinen Grundrechtekatalog.[1027] Die Meinungsfreiheit wird jedoch durch die Rechtsprechung als Teil des materiellen Verfassungsrechts (*bloc de constitutionnalité*) anerkannt.[1028] Das deutsche Verfassungsrecht garantiert sodann sowohl die Meinungs- als auch die Informationsfreiheit in Art. 5 Abs. 1 Grundgesetz (GG), und die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hat sich seit 1949 differenziert zu verschiedenen Aspekten des Grundrechts geäussert.[1029] Zu 10

1020 Vgl. zur Auslegung von Art. 19 UNO-Pakt II Human Rights Committee, General Comment No. 34, Article 19, CCPR/C/GC/34 (2011). Vgl. Aus der Praxis des UNO-Menschenrechtsausschusses etwa MRA *Toktakunov v. Kirgistan*, CCPR/C/101/D/1470/2006 (2011) (zur aktiven Informationsfreiheit).

1021 Currie, Freedom of expression and association, S. 231.

1022 Vgl. mit rechtsvergleichenden Hinweisen Currie, Freedom of expression and association, S. 231 ff.; GGK-Kaiser, Art. 5 I, II GG N. 34; Stone, Freedom of expression, S. 406 f.

1023 Vgl. Mazziotti Di Celso/Salerno, Manuale di diritto costituzionale, S. 173 ff., S. 180.

1024 Staatsgrundgesetz vom 21.12.1867 über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger für die im Reichsrathe vertretenen Königreiche und Länder. Vgl. zur Entstehung Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht, Rz. 679; Berka, Verfassungsrecht, Rz. 1163 ff.

1025 Vgl. Berka, Verfassungsrecht, Rz. 1453 ff.; Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht, Rz. 910, 922b (mit dem Verweis auf die EMRK für die Informationsfreiheit).

1026 Vgl. Hoch, Meinungsfreiheit, S. 196 ff.

1027 Vgl. Mélin-Soucramanien/Pactet, Droit constitutionnel, Rz. 1568 ff.

1028 Vgl. Mélin-Soucramanien/Pactet, Droit constitutionnel, Rz. 994 ff., 1568 ff.

erwähnen ist zuletzt noch die vielfältige Rechtsprechung und Dogmatik in den Vereinigten Staaten, welche – im Zusammenhang etwa mit dem besonderen Schutz politischer Äusserungen – auch die Rechtsprechung des EGMR zu Art. 10 EMRK beeinflusst.[1030]

C. Verhältnis zu anderen Bestimmungen der Bundesverfassung

11 Die Meinungsfreiheit wird im Gefüge der Kommunikationsgrundrechte häufig als «**subsidiäres Auffanggrundrecht**»[1031] bezeichnet; dies trägt der Bedeutung der Garantie in diesem Kontext allerdings nur bedingt Rechnung.[1032] Die Meinungsfreiheit ist zunächst grundlegende Bestimmung im Rahmen der Kommunikationsgrundrechte: Die unter der Meinungsfreiheit entwickelten dogmatischen Strukturen, Überlegungen zu Schutzzwecken, Schutzintensitäten und Einschränkungen des Grundrechtes finden deshalb grundsätzlich auch auf die anderen Kommunikationsgrundrechte Anwendung.[1033] Allerdings akzentuieren sich dort aufgrund der jeweils spezifischen Schutzbedürfnisse einzelne Aspekte und Fragestellungen besonders, während andere eher in den Hintergrund treten.[1034]

12 Während die Meinungsfreiheit als grundlegende Bestimmung der Kommunikationsgrundrechte Meinungsäusserungen und Kommunikation allgemein schützt, vermitteln **die spezifischen Grundrechte** der Medienfreiheit (Art. 17 BV), der Sprachenfreiheit (Art. 18 BV), der Wissenschaftsfreiheit (Art. 20 BV), der Kunstfreiheit (Art. 21 BV), der

1029 Vgl. für viele Hoffmann-Riem, Kommunikationsfreiheiten, Art. 5 Abs. 1, 2 GG N. 29 ff.; GGK-Kaiser, Art. 5 I, II GG N. 39.

1030 Vgl. m.H. auf die US-amerikanische Literatur und Rechtsprechung etwa Schefer, Kommunikationsgrundrechte, Rz. 60 ff., 103 ff.; Cueni, Satire, S. 6 f., 117 ff., 303 ff. Zum Einfluss auf Art. 10 EMRK vgl. Harris/O'Boyle/Warbrick, Law of the ECHR, S. 679.

1031 BGE 148 I 33 E. 6.1; BGE 127 I 145 E. 4b. Vgl. BSK-Hertig, Art. 16 BV N. 5; Müller/Schefer, Grundrechte in der Schweiz, S. 345 f.; Biaggini, Art. 16 BV N. 3; SGK-Rechsteiner/Errass, Art. 16 BV N. 8.

1032 So auch BSK-Hertig, Art. 16 BV N. 5.

1033 Vgl. Müller/Schefer, Grundrechte in der Schweiz, S. 345 f. Im Ergebnis ähnlich SGK-Rechsteiner/Errass, Art. 16 BV N. 8.

1034 Vgl. bspw. Fragen zur Ausgestaltung der Rundfunkordnung als Aspekt u.a. von Art. 17 BV (dazu OK-Piolino/Cueni zu Art. 17 BV, N. 15, 28 ff., 71 ff.) oder Fragen des Schutzes auch «verletzender, schockierender und beunruhigender Äusserungen» u.a. als Topos im Rahmen der Kunstfreiheit (etwa EGMR *Mariya Alekhina u.a. gegen Russland*, Nr. 38004/12, 17.7.2018, N. 197 ff.).

Versammlungsfreiheit (Art. 22 BV), der Vereinigungsfreiheit (Art. 23 BV), des Petitionsrechts (Art. 33 BV) und der politischen Rechte (Art. 34 BV)[1035] jeweils einen spezifischen Schutz für Kommunikation in einem konkreten Rahmen, über ausgewählte Mittel oder Formen oder in einem konkreten Kontext.[1036] Entsprechend sind Äusserungen, welche beispielsweise als Kunst oder als Teil einer Versammlung unter der Kunst- respektive der Versammlungsfreiheit zu subsumieren sind, (primär) im Rahmen dieses jeweiligen Grundrechts geschützt; die Meinungsfreiheit findet hier in diesem Sinne nur subsidiär Anwendung.[1037]

Ähnlich verhält sich auch die **Informationsfreiheit** gemäss Art. 16 Abs. 1 und 3 BV zu Ansprüchen auf Informationszugang im Rahmen der anderen, spezifischen Kommunikationsgrundrechte. So schützt das Bundesgericht etwa den Anspruch auf Zugang zu behördlichen Informationen bei Medienschaffenden primär im Rahmen der Medienfreiheit gemäss Art. 17 BV. Damit trägt es dem speziellen, im Vergleich zu anderen Kommunikationsgrundrechten gesteigerten Informationsbedürfnis von Medienschaffenden und ihrer Rolle in einer demokratischen Gesellschaft Rechnung.[1038] 13

In Bezug auf kommerzielle Werbung hält das Bundesgericht und mit ihm mehrere Stimmen in der Lehre fest, dass diese Art der Kommunikation nicht im Rahmen der Meinungsfreiheit gemäss Art. 16 Abs. 1 und 2 BV, sondern im Rahmen der **Wirtschaftsfreiheit** gemäss Art. 27 BV geschützt sei (zur Abgrenzung zwischen kommerziellen und ideellen Äusserungen unten N. 22).[1039] Äusserungen mit einem religiösen Bezug, etwa die Äusserung der religiösen Überzeugung gegen aussen[1040] oder die Verbreitung der eigenen 14

1035 Das Petitionsrecht (Art. 33 BV) und die Garantie der politischen Rechte (Art. 34 BV) werden von der Lehre z.T. nicht (eindeutig) als Kommunikationsgrundrechte eingeordnet. Vgl. etwa CR-Cottier, Art. 16 BV N. 5; CR-Dubey/Di Cicco, Art. 33 BV N. 4. Mit dieser Einordnung allerdings auch etwa Aubert/Mahon, Petit commentaire, Art. 16 N. 4.

1036 Vgl. Müller/Schefer, Grundrechte in der Schweiz, S. 345 f.; BSK-Hertig, Art. 16 BV N. 5.

1037 Illustrativ etwa BGE 137 I 209 E. 4.2. Vgl. Biaggini, Art. 16 BV N. 3. Allerdings schützt das Bundesgericht Kundgebungen in ständiger Rechtsprechung im Rahmen von Art. 22 i.V.m. Art. 16 BV (etwa BGE 132 I 256 E. 3). M.w.H. Zumsteg, Demonstrationen, Rz. 210 ff.

1038 BGE 137 I 8 E. 2.3 ff. (wobei die Frage der gleichzeitigen Anwendung der Informationsfreiheit und das Verhältnis zu Informationszugangsrechten im Rahmen der Medienfreiheit offen gelassen wird). Vgl. zur Frage des Informationszugangs unten N. 88 ff.

1039 Etwa BGE 128 I 295 E. 5a; BGE 125 I 417 E. 3.4 ff.; BSK-Hertig, Art. 16 BV N. 14. Zurückhaltender SGK-Rechsteiner/Errass, Art. 16 BV N. 14.

Religion,[1041] sind nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung unter der **Religionsfreiheit** (Art. 15 BV) geschützt.[1042]

D. Schutzzwecke und Funktionen

15 Die Garantie der Meinungsfreiheit erfüllt eine das Individuum schützende, aber auch eine gesellschaftliche bzw. demokratische Funktion.[1043] Die Garantie wird vom Bundesgericht zunächst als «un élément indispensable à l'épanouissement de la personne humaine»[1044] charakterisiert. Damit anerkennt das Bundesgericht, dass die Äusserung von Gedanken und Informationen aller Art elementarer Bestandteil für die Bildung und **Entfaltung der Persönlichkeit** jedes Individuums ist.[1045] Die Bildung eigener Meinungen und damit die Ausbildung einer eigenen Persönlichkeit setzt Kenntnis von, und eine Auseinandersetzung mit, unterschiedlichen Meinungen voraus.[1046] Zentral ist dabei die Bedeutung des Austausches von Meinungen und Gedanken mit anderen Individuen.[1047] Zudem sichert die Möglichkeit der gleichberechtigten Meinungsbildung und -äusserung elementare Aspekte der Autonomie und der Menschenwürde der betroffenen Individuen.[1048] Aus der grundlegenden Bedeutung der Meinungsfreiheit für die Persönlichkeitsentfaltung des Individuums ist entsprechend zu folgern, dass Meinungsäusserungen auch dann geschützt werden, wenn ihr

1040 BGE 142 I 195 E. 5.1 (zum Schutzbereich von Art. 15 BV: «[E]lle comprend également la liberté d'exprimer, de pratiquer et de communiquer ses convictions religieuses»).

1041 Zum Missionieren bzw. Proselytismus etwa EGMR *Kokkinakis gegen Griechenland*, Nr. 14307/88, 25.5.1993 (Thematisierung unter Art. 9 EMRK). Hingegen EGMR *Murphy gegen Irland*, Nr. 44179/98, 10.7.2003 (Thematisierung unter Art. 10 EMRK).

1042 Vgl. BSK-Pahud de Mortanges, Art. 15 BV N. 12; CR-Martenet/Zandirad, Art. 15 BV N. 7; Grisel, Droits fondamentaux, S. 192. Weniger eindeutig ist die Rechtsprechung des EGMR. Mit einer Übersicht ECHR, Case Law Guide Art. 10, Rz. 744 f.

1043 Mit einer treffenden Beschreibung dieser Schutzzwecke bzw. -richtungen BGE 96 I 586 E. 6 («Mais la liberté d'expression n'est pas seulement, comme d'autres libertés expresses ou implicites du droit constitutionnel fédéral, une condition de l'exercice de la liberté individuelle et un élément indispensable à l'épanouissement de la personne humaine; elle est encore le fondement de tout Etat démocratique: permettant la libre formation de l'opinion, notamment de l'opinion politique, elle est indispensable au plein exercice de la démocratie.»).

1044 BGE 96 I 586 E. 6.

1045 M.w.H. Schefer, Kommunikationsgrundrechte, Rz. 14.

1046 Vgl. Schefer, Kommunikationsgrundrechte, Rz. 14.

1047 Vgl. BSK-Hertig, Art. 16 BV N. 3 (mit dem Hinweis auf die dadurch erreichte Loslösung des Menschen aus der Isolation).

gesellschaftlicher «Nutzen» gering ist oder die Äusserung von niemandem wahrgenommen wird.[1049]

Über diese das Individuum schützende Funktion hinaus begründet sich der Schutz der Meinungsfreiheit und der Kommunikationsgrundrechte allgemein aus der grundlegenden Bedeutung freier Meinungsäusserung als **Mittel und Voraussetzung der gesellschaftlichen und demokratischen Willensbildung**.[1050] Zentral ist in diesem Zusammenhang das Verständnis des freien Meinungsaustausches als Mittel der Auseinandersetzung mit anderen Meinungen und Ansichten und einer daraus möglich werdenden Entwicklung und allenfalls Falsifizierung bestehender Ansichten.[1051] Mit diesem Fokus auf die Debatte als Instrument der Meinungsbildung ist die Meinungsfreiheit u.a. durch die Überzeugung geprägt, dass falschen und schädlichen Äusserungen grundsätzlich nicht durch Verbote, sondern durch Gegenrede begegnet werden soll.[1052] Ausgeprägt ist dieser Ansatz insbesondere in der US-amerikanischen Rechtsprechung.[1053] Dieses Verständnis von Meinungsfreiheit und Meinungsbildung stützt sich zudem auf die Erkenntnis der Fehlbarkeit aller Menschen (und damit auch staatlicher Institutionen) und die Überzeugung, dass «Wahrheit» nicht Ausgangspunkt, sondern immer nur Ergebnis von Debatten sein könne.[1054] Das daraus 16

1048 M.w.H. Schefer, Kommunikationsgrundrechte, Rz. 14; Schauer, Free Speech, S. 48, 68; Greenawalt, Free Speech Justifications, S. 143, 150 ff. Vgl. Williams, Free Speech and Autonomy, S. 403 (zum Konnex zwischen Autonomie und demokratischer Selbstverwaltung); Shiffrin, A Thinker-Based Approach, S. 283 ff. (mit einem Fokus auf Rederinnen und Zuhörer).

1049 A.A. etwa Meiklejohn, Free Speech and its Relation to Self-Government, S. 793 («[T]he point of ultimate interest is not the words of the speakers, but the mind of the hearers. [...] What is essential is not that everyone shall speak, but that everything worth saying shall be said.»).

1050 Schefer, Kommunikationsgrundrechte, Rz. 6 ff.; Cueni, Satire, S. 131 ff. Vgl. Peduzzi, Meinungs- und Medienfreiheit, S. 55 ff.; Dubey, Droits fondamentaux, § 23 Rz. 2036.

1051 Schefer, Kommunikationsgrundrechte, Rz. 6; Cueni, Satire, S. 126 ff

1052 Müller/Schefer, Grundrechte in der Schweiz, S. 349. Angelehnt an die Terminologie aus *Whitney v. California*, 274 U.S. 357, 375 (1927) (Brandeis, J., dissenting) («But they [die Verfassungsgeber] knew that order cannot be secured merely through fear of punishment for its infraction; that it is hazardous to discourage thought, hope and imagination; that fear breeds repression; that repression breeds hate; that hate menaces stable government; that the path of safety lies in the opportunity to discuss freely supposed grievances and proposed remedies; and that the fitting remedy for evil counsels is good ones»).

1053 Grundlegend *Whitney v. California*, 274 U.S. 357, 375 (19279 (Brandeis, J., dissenting). Seither etwa *United States v. Alvarez*, 567 U. S. _ slip op at 15 (2012). Vgl. kritisch dazu etwa Glaeser/Sunstein, Does More Speech Correct Falsehoods?, S. 65 ff.

abgeleitete Misstrauen gegenüber (staatlicher) Überprüfung von Meinungen nach ihrem «Wahrheitsgehalt»[1055] prägt auch das heutige Verständnis der Meinungsfreiheit.[1056]

17 Die Charakterisierung der Meinungsfreiheit als «unabdingbare Voraussetzung» für **gesellschaftliche und demokratische Verfahren der Meinungsbildung**[1057] verweist insbesondere auf die grundlegende Bedeutung der freien Äusserung möglichst aller Meinungen und Gedanken als Voraussetzung freier, demokratischer Willensbildungsprozesse; in diesem Sinne sichern die Meinungsfreiheit und die Kommunikationsgrundrechte auf verfassungsrechtlicher Ebene minimale Anforderungen an die Verfahren gesellschaftlicher und demokratischer Willensbildung.[1058] Der EGMR bringt diesen Aspekt des Grundrechts zum Ausdruck, wenn er festhält, dass ohne – weit verstandene – Meinungsfreiheit keine demokratische Gesellschaft denkbar sei.[1059] Dabei wird auch betont, dass die Konfrontation mit unterschiedlichen Meinungen den Individuen als Teil einer Gesellschaft den Aufbau des notwendigen Mindestmasses an Toleranz von anderen Meinungen und Ansichten erlaube, welches für eine stabile und funktionierende demokratische Gesellschaft notwendig sei.[1060] Insofern wird die Zulässigkeit der unterschiedlichsten und auch von schockierenden Meinungen als notwendige Voraussetzung für ein Leben in heutigen diversen Gesellschaften angesehen.[1061]

18 Die demokratische Bedeutung der Meinungsfreiheit erschöpft sich indessen nicht in ihrer Rolle als notwendige Voraussetzung gesellschaftlicher Debatten

---

1054 Vgl. Cueni, Satire, S. 128; Müller/Schefer, Grundrechte in der Schweiz, S. 349.

1055 Vgl. dazu Mill, On Liberty, S. 23 ff.; Milton, Areopagitica, S. 69 ff. (bei Milton allerdings noch beschränkt auf das Zensurverbot). Zur «Wahrheit» als externer Bezugspunkt und damit verbundener Kritik Cueni, Satire, S. 129 f.

1056 Vgl. zur weiten Zulässigkeit auch unwahrer, falscher und manipulierender Meinungsäusserungen Cueni, Falschinformationen, S. 7 ff.

1057 BGE 96 I 586 E. 6 («elle est encore le fondement de tout Etat démocratique»).

1058 So Schefer, Kommunikationsgrundrechte, Rz. 7. Vgl. Meiklejohn, Free Speech and its Relation to Self-Government, S. 26; Sunstein, Why Societies Need Dissent, S. 54 ff. (mit dem Hinweis darauf, dass die Meinungsfreiheit insb. auch der Infragestellung von sich bildenden Orthodoxien in allen Lebensbereichen dient).

1059 Etwa EGMR EGMR *Mariya Alekhina u.a. gegen Russland*, Nr. 38004/12, 17.7.2018, N. 197.

1060 Bollinger, The Tolerant Society, S. 105 ff (insb. S. 119 ff, 140 ff.); Greenawalt, Free Speech Justifications, S. 146 f. Vgl. auch Blasi, Free Speech and Good Character, S. 83 ff.

und demokratischer Willensbildung: Der Meinungsfreiheit kommt darüber hinaus die wichtige Funktion der **Kontrolle staatlicher Macht** durch begleitende Kritik und öffentliche Debatte zu.[1062] Besonders ausgeprägt zeigt sich diese «Kontrollfunktion» bei Medienschaffenden.[1063] Sie wird in der Rechtsprechung des EGMR aber auch anderen Gruppierungen mit einer ähnlichen gesellschaftlichen Rolle, wie etwa NGOs,[1064] zuerkannt.

Die zentrale Bedeutung der Meinungsfreiheit als Voraussetzung sowohl demokratischer und gesellschaftlicher Willensbildung wie auch der Persönlichkeitsentfaltung des Individuums begründet die **besondere Stellung der Meinungsfreiheit** und der Kommunikationsgrundrechte insgesamt im Gefüge der Grundrechte.[1065] Insbesondere die gesellschaftlichen und demokratischen Funktionen zeigen auf, dass Meinungsäusserungen nicht nur mit Blick auf die Interessen der einzelnen Grundrechtsträger, sondern auch aufgrund der möglichen und zum Teil gar überwiegenden Bedeutung einzelner Äusserungen für gesellschaftliche und demokratische Willensbildungsprozesse geschützt werden. Daraus folgt, dass der Schutz von Meinungsäusserungen dort besonders intensiv ausgestaltet ist, wo die gesellschaftliche bzw. demokratische Bedeutung dieser Äusserungen besonders ausgeprägt ist.[1066] 19

II. MEINUNGSFREIHEIT (ART. 16 ABS. 1 UND 2 BV)

A. Sachlicher Schutzbereich

1. Begriff der Meinung

Als **Meinungen** i.S.v. Art. 16 Abs. 1 und 2 BV gelten Informationen und Gedankengut jeder Art, welche von Personen an Dritte kommuniziert werden 20

1061 Garton Ash, Free Speech, S. 78 f., 207 f.; Bollinger, Uninhibited, Robust and Wide-Open, S. 48. Vgl. CR-Cottier, Art. 16 BV N. 15.

1062 Schefer, Kommunikationsgrundrechte, Rz. 12; Cueni, Satire, S. 140 ff. (m.w.H.). Grundlegend Blasi, Checking Value, S. 521 ff.

1063 Vgl. OK-Piolino/Cueni zu Art. 17 BV, N. 8 f.

1064 EGMR (Grosse Kammer), *Magyar Helsinki Bizottság gegen Ungarn*, Nr. 18030/11, 8.11.2016, N. 166. Vgl. auch EGMR (Grosse Kammer), *Animal Defenders International gegen das Vereinigte Königreich*, Nr. 48876/08, 22.4.2013 N. 103.

können.[1067] «Meinungen» im Kontext von Art. 16 Abs. 1 und 2 BV bezeichnen damit nicht lediglich Meinungen im engeren Sinn als Ausdruck einer bestimmten subjektiven Position, «sondern die Gesamtheit der Mitteilungen menschlichen Denkens und alle möglichen Kommunikationsformen».[1068] Damit sind auch Äusserungen über Tatsachen, etwa Statistiken, Informationssendungen oder Nachrichten, als Meinungen im Sinne von Art. 16 BV zu charakterisieren.[1069]

21 Als geschützte Meinungen gelten gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung «die Gesamtheit der Mitteilungen menschlichen Denkens»;[1070] entsprechend stellt sich die Frage, inwiefern auch **(teil-)automatisierte Äusserungen** unter dem Schutzbereich der Meinungsfreiheit zu erfassen sind. Nach hier vertretener Ansicht sind teilweise und wohl auch gänzlich durch künstliche Intelligenz generierte Äusserungen als «Meinungen» i.S.v. Art. 16 Abs. 1 und 2 BV zu verstehen und als solche vom Schutzbereich der Meinungsfreiheit erfasst. Als Meinungsäusserungen einzustufen wären demnach beispielsweise sowohl menschlich verfasste, aber mittels KI vervielfachte und automatisiert an ausgewählte Twitter-Postings angebrachte Kommentare als auch gänzlich durch KI generierte Äusserungen von Chatbots wie ChatGPT oder Diensten wie Siri oder Amazon Echo.[1071] Soweit bei automatisierten Äusserungen der Einsatz von KI primär dazu dient, eine menschliche Äusserung zu vervielfältigen, dürfte der Schutz solcher teilautomatisierter Äusserung unbestritten sein – die KI ist in dieser Verwendungsart primär Mittel oder Werkzeug, um eine menschliche Äusserung zu vervielfältigen.[1072] Deutlich mehr Fragen werfen Äusserungen auf, die sich – etwa als Äusserung eines (lernenden) Chatbots oder Sprachassistenten – nicht mehr auf eine einzige

1065 BGE 96 I 586 E. 6. Vgl. Jaag, Preferred Freedoms, S. 355 ff.; Müller/Schefer, Grundrechte in der Schweiz, S. 347. Vgl. auch van Dijk/van Hoof/van Rijn/Zwaak, Theory and Practice of the ECHR, S. 765 f.

1066 Vgl. Schefer, Kerngehalte, S. 454. Vgl. zum Thema Schutzintensitäten unten II.C.1.

1067 Vgl. Müller/Schefer, Grundrechte in der Schweiz, S. 346, 358; Biaggini, Art. 16 BV N. 6; BSK-Hertig, Art. 16 BV N. 9.

1068 BGE 144 I 126 E. 4.1.; BGE 127 I 145 E. 4b (mit Verweis auf Botschaft BV, BBl 1997 I 1, S. 157 f.).

1069 Peduzzi, Meinungs- und Medienfreiheit, S. 185. Vgl. Biaggini, Art. 16 BV N. 6. Dazu bereits Botschaft BV, BBl 1997 I 1, S. 157 f.

1070 Etwa BGE 127 I 145 E. 4b (mit Verweis auf Botschaft BV, BBl 1997 I 1, S. 157 f.).

1071 Vgl. m.w.H. Schefer, Kommunikationsgrundrechte, Rn. 61 f.

1072 Vgl. m.w.H. Schefer, Kommunikationsgrundrechte, Rn. 61.

menschliche Urheberin zurückführen lassen.[1073] Die mangelnde (direkte) menschliche Urheberschaft könnte den Schluss zulassen, dass es sich bei solchen «Äusserungen» deshalb nicht um im Rahmen der Meinungsfreiheit zu schützende Meinungsäusserungen handelt.[1074] Entsprechend wären Äusserungen von Siri, die durch die jeweiligen Algorithmen generierten Feeds auf Social-Media-Plattformen und Ergebnislisten von Suchmaschinen[1075] keine Meinungsäusserungen. Dieser Einschätzung ist nach hier vertretener Ansicht zumindest nicht uneingeschränkt zu folgen. Auch nicht menschliche Äusserungen dieser Art sind für die gesellschaftliche und demokratische Debatte potenziell von Bedeutung. Zudem können allfällige Einschränkungen solcher Äusserungen eine einseitige Beeinflussung der öffentlichen Debatte zur Folge haben oder auf eine solche ausgelegt sein.[1076] Aus diesen Überlegungen ist auch bei (vollständig) automatisierten Äusserungen tendenziell von einem Schutz im Rahmen der Meinungsfreiheit auszugehen. Aus diesem Schutz auch von nicht-menschlichen Äusserungen ist jedoch nicht zu schliessen, dass Programme, die Meinungsäusserungen generieren, Träger der Meinungsfreiheit wären (dazu auch unten N. 40).[1077] Vielmehr ist zu fragen, inwiefern die Urheberin oder Eigentümerin des Programms allenfalls noch im Rahmen der Meinungsfreiheit oder sinnvollerweise eher im Rahmen der Wirtschaftsfreiheit zu schützen ist.

Der Schutzbereich der Meinungsfreiheit nach Art. 16 Abs. 1 und 2 BV ist gemäss Bundesgericht beschränkt auf sog. **ideelle Äusserungen**. Kommerzielle Äusserungen, d.h. «Äusserungen, die auf eine wirtschaftliche Transaktion zielen (insbesondere Werbung) oder ausschliesslich im Zusammenhang mit solchen Transaktionen erfolgen»,[1078] sind nach ständiger Rechtsprechung grundsätzlich nicht unter der Meinungsfreiheit, sondern unter der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) geschützt.[1079] Dieser Ansicht ist m.E. zuzustimmen. Das unterschiedliche Schutzniveau für kommerzielle Äusserungen im Rahmen von Art. 27 BV und für ideelle Äusserungen im 22

1073 Vgl. m.w.H. Schefer, Kommunikationsgrundrechte, Rn. 62.

1074 So etwa Wu, Machine Speech, S. 1529 f.

1075 Spezifisch zur Frage von Ergebnislisten von Suchmaschinen Wu, Machine Speech, 1529 f. (Schutz ablehnend); Volokh/Falk, Google First Amendment Protection, S. 883 ff. (Schutz befürwortend).

1076 Vgl. ausführlich und m.w.H. Schefer, Kommunikationsgrundrechte, Rn. 64.

1077 Vgl. ausführlich und m.w.H. Schefer, Kommunikationsgrundrechte, Rn. 61 ff.

1078 Schefer, Kommunikationsgrundrechte, Rz. 57 (m.w.H.).

Rahmen von Art. 16 BV trägt den unterschiedlichen betroffenen Schutzinteressen Rechnung;[1080] es entspricht so grundsätzlich auch dem differenzierten Schutz, den der EGMR ideellen respektive kommerziellen Äusserungen im Rahmen von Art. 10 EMRK zugesteht.[1081] Relevant ist die Unterscheidung zwischen im Rahmen von Art. 16 BV geschützten ideellen und im Rahmen von Art. 27 BV geschützten kommerziellen Äusserungen einerseits im Umgang mit unwahren Äusserungen. Während eine staatliche «Wahrheitskontrolle» und darauf basierende Einschränkungen bei ideellen Inhalten aus den oben in N. 16 geschilderten Gründen als grundsätzlich unzulässig betrachtet werden,[1082] ist die Einschränkung unwahrer, weil unlauterer Angaben bei kommerziellen Äusserungen nach den Bestimmungen über den unlauteren Wettbewerb zulässig.[1083] Andererseits spielt diese Unterscheidung insbesondere im Kontext von vorgängigen und systematischen Inhaltskontrollen eine Rolle: Während solche für ideelle Äusserungen als Zensur nie zulässig sein können (vgl. zum Kerngehalt unten N. 32 ff.),[1084] sind vorgängige Einschränkungen des Inhalts (auch systematischer Art) bei kommerziellen Äusserungen nicht per se grundrechtswidrig, da gänzlich andere Schutzinteressen zur Debatte stehen. Als zulässig zu beurteilen sind sowohl die vorgängigen und systematischen

1079 Etwa BGE 128 I 295 E. 5a; BGE 125 I 417 E. 3.4. ff. Zum Schutz grundsätzlich EGMR *Casado Coca gegen Spanien*, Nr. 15450/89, 24.2.1994, N. 35. Zustimmend Schefer, Kommunikationsgrundrechte, Rz. 57; grundsätzliche ähnlich BSK-Hertig, Art. 16 BV N. 14. Eher ablehnend CR-Cottier, Art. 16 BV N. 29; SGK-Rechsteiner/Errass, Art. 16 BV N. 14 (mit Verweis die Rechtsprechung des EGMR zu Art. 10 EMRK und die Relevanz, allfällige ideelle Gehalte auch bei kommerziellen Inhalten adäquat zu berücksichtigen). Als «überholt» eingeschätzt in Aubert/Mahon, Petit commentaire, Art. 16 BV N. 7.

1080 Schefer, Kommunikationsgrundrechte, Rz. 57.

1081 Der EGMR schützt im Rahmen von Art. 10 EMRK sowohl ideelle als auch kommerzielle Äusserungen, trägt den unterschiedlichen Schutzbedürfnissen und -interessen jedoch im Rahmen dieses Grundrechts Rechnung. Vgl. Harris/O'Boyle/Warbrick, Law of the ECHR, S. 622 ff. Vgl. dazu auch BSK-Hertig, Art. 16 BV N. 14.

1082 Ausführlich dazu ursprünglich Mill, On Liberty, S. 22 ff. (vgl. Hinweise oben I.D.). In der US-amerikanischen Rechtsprechung besonders deutlich *Whitney v. California*, 274 U.S. 357, 377 (1927) (Brandeis, J., concurring) («If there be time to expose through discussion the falsehood and fallacies, to avert the evil by the processes of education, the remedy to be applied is more speech, not enforced silence. Only an emergency can justify repression.»).

1083 Vgl. Art. 3 Abs. 1 lit. a UWG: «Unlauter handelt insbesondere, wer andere, ihre Waren, Werke Leistungen, deren Preise oder ihre Geschäftsverhältnisse durch unrichtige, irreführende oder unnötig verletzende Äusserungen herabsetzt.».

1084 A.A. zur Relevanz von Art. 17 Abs. 2 BV im Rahmen von Art. 16 BV SGK-Rechsteiner/Errass Art. 16 BV N. 47 (mit Verweis auf SGK-Errass/Rechtseiner, Art. 17 BV N. 89 ff.).

Kontrollen für Angaben etwa auf Behältern und Packungsmaterial von Arzneimitteln[1085] als auch die Möglichkeit von Netzsperren beim Zugang zu Glücksspielen.[1086] Wo allerdings einer wirtschaftliche Äusserung auch eine ideelle Komponente zukommt, ist die Meinungsfreiheit hingegen wiederum zu berücksichtigen.[1087] Dies ist etwa der Fall, wenn im Rahmen einer Werbeäusserung auch Themen von gesellschaftlichem Interesse angesprochen werden (wenn beispielsweise ein Nahrungsmittelunternehmen eine Eis-Sorte in Unterstützung der Einführung der Ehe für alle umbenennt[1088]), oder die Einschränkung von kommerziellen Äusserungen entweder den Zweck verfolgt oder die Auswirkung hat, eine Debatte zu einem Thema von gesellschaftlichem Interesse zu beeinflussen (wenn etwa Einschränkungen einer Werbekampagne eines Sportartikelherstellers angestrebt werden, weil diese u.a. einen trans Athleten zeigen).[1089]

Der Begriff der Meinung i.S.v. Art. 16 Abs. 1 und 2 BV erfasst nicht nur verbale Äusserungen in Schrift oder Wort, sondern auch **nonverbale Äusserungen**[1090] und kommunikative Handlungen, sofern die betreffende Handlung dem Zweck dient, eine Äusserung kundzutun und vom Publikum grundsätzlich auch als solche verstanden wird oder verstanden werden kann.[1091] Das Bundesgericht anerkennt so etwa den Schutz von Hungerstreiks als Meinungsäusserung,[1092] während der EGMR in der Vergangenheit unter 23

1085 Art. 11 HMG, Art. 9 Abs. 4 HMV i.V.m. Art. 26 ff. HMV.

1086 Art. 86 BGS. Vgl. ausführlicher zu diesem Beispiel Schefer, Kommunikationsgrundrechte, Rz. 57 (inkl. Fn. 133).

1087 Vgl. ausführlich dazu Müller/Schefer, Grundrechte in der Schweiz, S. 365 ff.; Harris/O'Boyle/Warbrick, Law of the ECHR, S. 625 (m.H. auf EGMR *Hertel gegen die Schweiz*, Nr. 59/1997/843/1049, 25.8.1998, N. 47 ff. und EGMR *Barthold gegen Deutschland*, Nr. 8734/79, 25.3.1985).

1088 Vgl. Ben & Jerry's Says I Dough! To Historic Supreme Court Decision on Marriage Equality, Businesswire vom 26.6.2015 (News | Business Wire). Grundlegend im deutschen Recht BVerfGE 107, 275 (280 ff.); BVerfGE 102, 347 (358 ff.) (beide Urteile zu Werbung von Benetton mit ideellem Inhalt).

1089 In den USA stiessen bspw. in der Vergangenheit Werbekampagnen von Nike mit auch einer politischen Botschaft auf Widerstand, und es wurde versucht, ihre Einschränkung zu erwirken. Vgl. Nike's new ad campaign draws fire from Trump on Twitter, CBS News vom 6.9.2018 (Nike's new ad campaign draws fire from Trump on Twitter (wctv.tv)).

1090 EGMR *Glukhin gegen Russland*, Nr. 11519/20, 4.7.2023, N. 51; EGMR *Bouton gegen Frankreich*, Nr. 22636/19, 13.10.2022, N. 29.

1091 Etwa BGE 136 IV 97 E. 6.3. Vgl. Müller/Schefer, Grundrechte in der Schweiz, S. 360; Schefer, Kommunikationsgrundrechte, Rz. 12.

1092 BGE 136 IV 97 6.3.

anderem das Aufhängen schmutziger Wäsche vor dem Parlament als nonverbale Äusserung unter dem Schutz von Art. 10 EMRK subsumiert hat.[1093] Nicht als nonverbale Äusserung bzw. kommunikative Handlung[1094] geschützt ist nach Rechtsprechung des Bundesgericht hingegen das Betteln.[1095] Ebenfalls aufgeworfen wird die Frage des Schutzes durch die Meinungsfreiheit bei Strassenblockaden – wenn etwa ein Autobahnabschnitt im Bereich einer Baustelle blockiert wird, um auf die Forderung nach einem flexiblen Altersrücktritt im Bauhauptgewerbe[1096] aufmerksam zu machen oder mittels eines Menschenteppichs unter dem Slogan «Wer über uns geht, geht auch über Leichen» vor einer Kriegsmaterial-Ausstellung gegen diese zu protestieren.[1097] In solchen Fällen dürfte darauf abzustellen sein, ob die Blockade einen inhärenten Zusammenhang zur intendierten Äusserung aufweist; besteht ein solcher Zusammenhang, ist von einer im Rahmen der Meinungsfreiheit geschützten kommunikativen Handlung auszugehen.[1098]

24 Der verfassungsrechtliche Begriff der Meinung ist auch in Bezug auf die **geschützten Inhalte** weit zu verstehen[1099] und schützt diese unabhängig von

1093 EGMR *Tatár und Fáber gegen Ungarn*, Nr. 26005/08, 12.6.2012, N. 36. Ebenfalls geschützt wurde in einem anderen Fall Performance Kunst im öffentlichen Raum EGMR *Mariya Alekhina u.a. gegen Russland*, Nr. 38004/12, 17.7.2018, N. 202 ff. Geschützt sind gemäss EGMR auch bestimmte Formen von «Nacktheit» als Teil einer getätigten Meinungsäusserung EGMR *Bouton gegen Frankreich*, Nr. 22636/19, 13.10.2022, N. 29 ff. Aus der US-Rechtsprechung hervorzuheben sind u.a. die Urteile in Texas v. Johnson, 491 U.S. 397 (1989) (Verbrennung der US-Flagge als «symbolische Äusserung») und United States v. O'Brien, 391 U.S. 367 (1968) (Verbrennung von Einberufungsbefehlen als «symbolische Äusserung», wobei hier die Einschränkung als zulässig erachtet wurde).

1094 Ausführlich zur Abgrenzung von Äusserung und Handlung Schefer, Kommunikationsgrundrechte, Rz. 16 ff. (m.w.H.).

1095 BGE 149 I 248 E. 4.4; BGer Urteil 6B_530/2014 vom 10.9.2014, E. 2.7. Anders die Rechtsprechung in Österreich, vgl. VfGH G 155/10-9 vom 30.6.2012, E. 24, 33. Vgl. m.w.H. Moeckli, Bettelverbote, S. 554 f.; Hertig/Le Fort, L'interdiction de la mendicité, S. 36; Cueni, EGMR Lăcătuş v. Schweiz, Rz. 31 ff. Der EGMR lässt die Frage in EGMR *Lăcătuş gegen die Schweiz*, Nr. 14065/15, 19.1.2021, N. 118 ff. offen (vgl. kritisch dazu die zustimmende Meinung der Richterin Keller und die teils abweichende teils zustimmende Meinung des Richters Ravarani im selben Urteil).

1096 BGE 134 IV 216.

1097 BGE 108 IV 165.

1098 Deshalb wohl zurecht keine Berücksichtigung der Kommunikationsgrundrechte in BGE 134 IV 216. Eine solche wäre hingegen in BGE 108 IV 165 wohl erforderlich gewesen. Vgl. Spescha, Rechtsbruch und sozialer Wandel, S. 187 ff. (insb. 204 f.).

1099 BGE 127 I 164 E. 3b; Barrelet/Werly, Droit de la communication, Rn. 7; SGK-Rechsteiner/Errass, Art. 16 BV N. 10.

ihrer Qualität oder ihrem gesellschaftlichen Wert.[1100] Geschützt sind auch falsche[1101], unsinnige, moralisch verwerfliche oder impulsive Äusserungen.[1102] Auch extremistische, rassistische, diskriminierende, pornografische und ähnliche Äusserungen sind als Meinungen vom Schutzbereich der Meinungsfreiheit erfasst.[1103] Damit schützt die Meinungsfreiheit insbesondere auch diejenigen Äusserungen, die «verletzen, schockieren oder beunruhigen»[1104] (siehe bereits vorne N. 8).

Insofern ist der Begriff der Meinung nach Art. 16 Abs. 1 und 2 BV weiter als beispielsweise derjenige im deutschen Verfassungsrecht,[1105] der nach h.L. bewusst oder erwiesen falsche Tatsachenbehauptungen[1106] sowie die sog. «Schmähkritik»[1107] vom Schutzbereich von Art. 5 Abs. 1 GG ausschliesst. Weiter gefasst sein dürfte der Schutzbereich der Meinungsfreiheit im schweizerischen Verfassungsrecht auch als derjenige in der Rechtsprechung des EGMR: Diese schliesst in Anwendung von Art. 17 EMRK revisionistische und den Holocaust leugnende Äusserungen[1108] sowie andere Formen von extremen oder totalitären Hassreden[1109] z.T. weitgehend vom Schutz durch Art. 10 EMRK aus.[1110] Allerdings ist die Rechtsprechung zu Art. 17 i.V.m. Art. 10 EMRK nicht durchwegs kohärent: Insbesondere wird Art. 17 EMRK sowohl als 25

1100. Müller/Schefer, Grundrechte in der Schweiz, S. 358 ff.; BSK-Hertig, Art. 16 BV N. 9. Vgl. BGE 138 I 274 E. 2.2.1 zur grundsätzlichen Irrelevanz des Inhalts der betreffenden Äusserung.

1101. Biaggini, Art. 16 BV N. 6; BSK-Hertig, Art. 16 BV N. 9; Müller/Schefer, Grundrechte in der Schweiz, S. 393; Peduzzi, Meinungs- und Medienfreiheit, S. 185 ff. Vgl. ausführlich Cueni, Falschinformationen, S. 6 f.

1102. Vgl. Müller/Schefer, Grundrechte in der Schweiz, S. 359; Biaggini, Art. 16 BV N. 1.

1103. BGE 143 IV 193 E. 1; BGE 138 I 274 E. 2.2.1; BGE 131 IV 23 E. 3.1. Vgl. Barrelet/Werly, Droit de la communication, Rz. 388; Biaggini, Art. 16 BV N. 6; BSK-Hertig, Art. 16 BV N. 9; Müller/Schefer, Grundrechte in der Schweiz, S. 359.

1104. Illustrativ schon EGMR (Plenary), *Handyside gegen das Vereinigte Königreich*, Nr. 5493/72, 7.12.1976, N. 49. Seither etwa EGMR (Grosse Kammer), *Stoll gegen die Schweiz*, Nr. 69698/01, 10.12.2007, N. 101 (m.w.H.); EGMR (Grosse Kammer), *Perinçek gegen die Schweiz*, Nr. 27510/08, 15.10.2015, N. 196; EGMR *Bouton gegen Frankreich*, Nr. 22636/19, 13.10.2022, N. 42; EGMR (Grosse Kammer), *Sanchez gegen Frankreich*, Nr. 45581/15, 15.5.2023, N. 145, 151.

1105. Vgl. grundlegend Hoffmann-Riem, Kommunikationsfreiheiten, Art. 5 Abs. 1, 2 GG N. 30; GGK-Kaiser, Art. 5 I, II GG N. 60 ff.

1106. Zum Begriff etwa BVerfGE 90, 241 (247). Vgl. Hoffmann-Riem, Kommunikationsfreiheiten, Art. 5 Abs. 1, 2 GG N. 30. Kritisch dieser Einschränkung gegenüber GGK-Kaiser, Art. 5 I, II GG N. 61 f.

1107. Zum Begriff etwa BVerfGE 93, 266 (294); BVerfGE 82, 43 (52). Vgl. Hoffmann-Riem, Kommunikationsfreiheiten, Art. 5 Abs. 1, 2 GG N. 65. Kritisch zur Anwendung als Begrenzung des Schutzbereichs GGK-Kaiser, Art. 5 I, II GG N. 60, 161.

Element der Begrenzung des Schutzbereichs von Art. 10 EMRK als auch als Element der Beurteilung der Notwendigkeit der Einschränkung dieser Bestimmung verwendet, ohne dass sich die beiden Ansätze stringent dogmatisch unterscheiden lassen.[1111]

2. Geschützte Teilgehalte und Ansprüche

26 Die Meinungsfreiheit schützt die Grundrechtsträger gemäss Art. 16 Abs. 2 BV darin, «ihre **Meinung frei zu bilden und sie ungehindert zu äussern und zu verbreiten**». Das Individuum ist somit in seinem Recht geschützt, sich seine Meinung frei zu bilden, eine Meinung zu haben und diese auch nach aussen kundzutun.[1112]

27 Das Recht jedes Einzelnen, sich eine Meinung zu **bilden**, setzt insbesondere voraus, dass die Grundrechtsträger Zugang zu Informationen und Meinungen Anderer haben. Aus diesem Grund ist dieser Aspekt der Meinungsfreiheit eng mit dem Grundrecht der Informationsfreiheit (Art. 16 Abs. 3 BV) sowie den in Art. 34 Abs. 2 BV spezifisch geschützten Garantien im Vorfeld von Wahlen und Abstimmungen verbunden.[1113]

28 Das Recht, eine Meinung zu **haben**, ist «Grundlage der Freiheit, eine Meinung zu äussern».[1114] Diese «Freiheit der inneren Meinung» ist ein elementarer Teil des menschlichen Wesens und wird deshalb auch als Kerngehalt der Meinungsfreiheit verstanden. So kann das blosse Innehaben einer Meinung nie Anknüpfungspunkt für eine rechtliche Sanktion sein.[1115]

1108. EGMR *M'Bala M'Bala gegen Frankreich* (Entscheid über das Eintreten), Nr. 25239/13, 20.10.2015, N. 34 ff.; EGMR *Garaudy gegen Frankreich* (Entscheid über das Eintreten), Nr. 65831/01, 24.6.2003, N. 1 (i); EGMR (Grosse Kammer), *Lehideux und Isorni gegen Frankreich*, Nr. 55/1997/839/1045, 23.9.1998, N. 53. Nicht aber EGMR (Grosse Kammer), *Perinçek gegen die Schweiz*, Nr. 27510/08, 15.10.2015, N. 113 ff.

1109. Etwa EGMR *Norwood gegen das Vereinigte Königreich* (Entscheid über das Eintreten), Nr. 23131/03, 16.11.2004. Vgl. Harris/O'Boyle/Warbrick, The Law of the ECHR, S. 608 ff.

1110. M.w.H. EGMR (Grosse Kammer), *Perinçek gegen die Schweiz*, Nr. 27510/08, 15.10.2015, N. 113 ff. Vgl. Grabenwarter/Pabel, EMRK, § 23 N. 7; Harris/O'Boyle/Warbrick, Law of the ECHR, S. 608 ff.; Schefer, Kommunikationsgrundrechte, Rn. 528 f. Ausführlich etwa Struth, Hassrede.

1111. Ausführlich Buyse, Contested Contours, S. 191 ff. Cannie/Voorhoof, The Abuse Clause, S. 58 ff.

1112. Vgl. BGE 127 I 145 E. 4b.

1113. Müller/Schefer, Grundrechte in der Schweiz, S. 361; Peduzzi, Meinungs- und Medienfreiheit, S. 206.

1114. Botschaft BV, BBl 1997 I 1, S. 158.

Als Meinungs*äusserungs*freiheit garantiert Art. 16 Abs. 1 und 2 BV dem Grundrechtsträger darüber hinaus auch das Recht, die eigene Meinung zu äussern, sie also nach aussen kundzutun und an andere zu **verbreiten**. Das geschützte Recht, eine Meinung zu äussern, umfasst insbesondere auch das Recht, sich nicht zu äussern oder zu schweigen.[1116] Es schützt die Grundrechtsträger auch davor, zur Kundgabe von Informationen oder Meinungen gezwungen zu werden.[1117] Mit dem Recht, eine Meinung zu äussern, ist grundsätzlich auch die freie Wahl der **Mittel** und **Formen** der Meinungsäusserung mitgeschützt.[1118] 29

In ihrer subjektiv-rechtlichen Dimension vermittelt die Meinungsfreiheit den geschützten Grundrechtsträgern verschiedene justiziable Ansprüche. Als **Abwehrrecht** schützt die Garantie vor direkten, indirekten, vorgängigen, nachträglichen, rechtlichen und faktischen Eingriffen in das Grundrecht.[1119] Darüber hinaus vermittelt die Meinungsfreiheit den geschützten Grundrechtsträgern auch spezifische **Ansprüche auf Schutz und Leistung**.[1120] Etwa sind Behörden verpflichtet, Teilnehmende an öffentlichen Kundgebungen vor Gewalt oder Störungsversuchen von Dritten zu schützen und damit zu garantieren, dass diese Veranstaltungen (und damit die Wahrnehmung der geschützten grundrechtlichen Ansprüche) auch «tatsächlich stattfinden können».[1121] Eine solche (justiziable) Schutzpflicht 30

1115. SGK-Rechsteiner/Errass, Art. 16 BV N. 18; Peduzzi, Meinungs- und Medienfreiheit, S. 205.

1116. Vgl. BSK-Hertig, Art. 16 BV N. 15.

1117. Peduzzi, Meinungs- und Medienfreiheit, S. 208. In der Lehre wird deshalb darauf hingewiesen, dass für Überlegungen zur Zulässigkeit einer Stimmpflicht grundlegend sei, dass auch leer eingelegt werden könne, also die Stimmberechtigten nicht für oder gegen eine Kandidatin oder einen Kandidaten Stellung nehmen müssen. M.w.H. Schaub, Stimmpflicht, S. 585 f.

1118. BGE 143 I 147 E. 3.1; BSK-Hertig, Art. 16 BV N. 12; Müller/Schefer, Grundrechte in der Schweiz, S. 363. Vgl. ebenfalls schon Botschaft BV, BBl 1997 I 1, S. 157 f. Aus der Rechtsprechung des EGMR etwa EGMR *Mariya Alekhina u.a. gegen Russland*, Nr. 38004/12, 17.7.2018, N. 197.

1119. Zum Begriff und den verschiedenen Arten von Einschränkungen unten N. 47 ff.

1120. Grundsätzlich mit einer Anerkennung von Schutzpflichten aus Art. 10 EMRK BGE 136 I 167 E. 2.2. Vgl. für viele EGMR (Grosse Kammer), *Halet gegen Luxembourg*, Nr. 21884/18, 14.2.2023, N. 111.

1121. So etwa BGE 132 I 256 E. 3. Nicht vollends überzeugend deshalb BGE 132 I 256 I E. 4 (mit der Einschätzung, dass die Verweigerung der Bewilligung das einzige Mittel gewesen sei, ernsthafte und konkrete Gefahren für Polizeigüter abzuwenden). Mit der Formulierung einer ähnlichen Schutzpflicht schon im 19. Jh. im Kontext von Versammlungen, die Anlass zu Störungen Dritter geben (könnten) BGE 12 I 93 E. 5.

anerkennt der EGMR aus Art. 10 EMRK auch dahingehend, dass Behörden bei wiederholten, massiven Angriffen auf eine Zeitungsredaktion verpflichtet sind, die dort arbeitenden Medienschaffenden zu schützen.[1122] Ebenfalls anerkennt die Rechtsprechung i.S. eines Leistungsanspruchs aus Art. 16 i.V.m. Art. 22 BV einen «bedingten Anspruch» auf die Benutzung des öffentlichen Grunds zum Zweck der Meinungskundgabe; d.h. «[d]ie angesprochenen Grundrechte gebieten in Grenzen, dass für Kundgebungen öffentlicher Grund zur Verfügung gestellt wird».[1123] Von einem vergleichbaren «bedingten» Zugangsrecht i.S. einer staatlichen Leistung wird in der Regel auch bei der Nutzung von Verwaltungsvermögen für kommunikative Zwecke ausgegangen, [1124] allerdings scheint die Rechtsprechung tendenziell zurückhaltender, zumindest sofern – anders als beim öffentlichen Grund – alternative Kommunikationsforen bestehen.[1125]

31 Staatliche Leistungspflichten konkretisieren sich sodann auch in der Gewährleistung von Ansprüchen auf Organisation und **Verfahren**.[1126] Garantiert beispielsweise das Bundesgericht Individuen bei der Löschung ihrer Kommentare auf Online-Foren und in den Social-Media-Kanälen der SRG den Rechtsweg über die Unabhängige Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen (UBI),[1127] so gewährleistet das Gericht den einzelnen Grundrechtsträgern Zugang zu einem gerichtlichen Verfahren, in welchem sie vermutete Einschränkungen ihrer Meinungsfreiheit geltend machen können.

1122.EGMR *Özgür Gündem gegen die Türkei*, Nr. 23144/93, 16.3.2000, N. 43 ff.

1123.Ausführlich OK-Zumsteg zu Art. 22 BV, N. 24 ff. Vgl. für viele BGE 143 I 147 E. 3.2; BGE 132 I 256 E. 3; BGE 127 I 164 E. 3. Zurückhaltend bzgl. eines Anspruchs auf Zugang zu privaten Räumen mit ähnlicher Funktion EGMR *Appleby u.a. gegen das Vereinigte Königreich*, Nr. 44306/98, 6.5.2003, N. 41. Vgl. zum Ganzen Müller, Verwirklichung, S. 80 f., 85 f.

1124.Schon älter Heer, Ausserordentliche Nutzung, S. 31 ff., 90. Vgl. Tschannen/Müller/Kern, Verwaltungsrecht, § 50 N. 1364 ff.; Häfelin/Müller/Uhlmann, Verwaltungsrecht, Rz. 2219.

1125.BGE 127 I 84 E. 4b («Mehr Schweine als Menschen»-Plakate auf Werbeflächen der APG in Trams der Stadt Luzern). Daraus ist m.E. zu folgern, dass bei der Benutzung von Verwaltungsvermögen zu kommunikativen Zwecken ein analoger (und nicht abgeschwächter) Nutzungsanspruch bestehen müsste, sofern alternative, gleichwertige Kommunikationsforen nicht vorliegen. Vgl. zur Praxis bei der Benutzung von Gemeindesälen etwa BGer 1C_312/2010 vom 8.12.2012 E. 4 f. Allerdings hat das Bundesgericht einen Anspruch auf Nutzung von Werbeflächen auf Bahnhofswänden für ideelle Werbung in einem Urteil von 2012 ohne abschliessende Qualifikation der Wände (Sache im Gemeingebrauch vs. Verwaltungsvermögen) angenommen. BGE 138 I 274 E. 2.2.2 (Palästina Plakate im Bahnhof SBB Zürich).

1126.Zu entsprechenden Ansprüchen aus Art. 10 EMRK Grabenwarter/Pabel, § 23 N. 66 ff. Vgl. allgemein Müller, Verwirklichung, S. 81, 88 ff.

Hinzuweisen ist weiter darauf, dass aus Art. 12 BV (Recht auf Hilfe in Notlagen) ebenfalls für einen minimalen Anspruch auf Information bzw. Teilnahme an gesellschaftlichen Diskursen argumentiert wird.[1128] Aktuell diskutiert wird dieser Teilgehalt der Meinungsfreiheit zudem etwa auch im Zusammenhang mit Fragen der Regulierung der Kommunikation über Online-Plattformen.[1129]

3. Kerngehalt

Als Kerngehalt der Meinungsfreiheit – d.h. als besonders schutzwürdiger und schutzbedürftiger Inhalt, welcher unter keinen Umständen eingeschränkt werden darf[1130] – gilt zunächst das in Art. 17 Abs. 2 BV explizit verankerte **Zensurverbot**.[1131] Die systematische Einordnung als Teilgehalt der Medienfreiheit erklärt sich aus der historischen Entwicklung des Grundrechts;[1132] nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung und einer Mehrheit der Stimmen in der Lehre stellt das Zensurverbot allerdings über die Medienfreiheit hinaus auch eine absolute Schranke für die Einschränkung aller Kommunikationsgrundrechte und insbesondere der Meinungsfreiheit dar.[1133] 32

Unter dem Begriff der (absolut verbotenen) Zensur i.S.v. Art. 17 Abs. 2 BV wird nach wohl h.L. primär die **systematische und vorgängige Inhaltskontrolle** von Meinungsäusserungen verstanden.[1134] Vorgängige Beschränkungen gestützt auf den Inhalt im Einzelfall,[1135] sowie nachträglich erfolgende 33

1127. BGE 149 I 2 E. 3. Diese Garantie eines Rechtswegs über den Wortlaut von Art. 86 Abs. 5 RTVG hinaus gestützt auf Art. 29*a* BV wird in der Lehre auch kritisiert. Vgl. etwa Dumermuth, Löschung von Kommentaren auf Instagram durch die SRG, S. 1043 ff.

1128. Amstutz, Existenzsicherung, S. 274 f. (m.H. u.a. auf die Rechtsprechung des deutschen Bundesverfassungsgerichts).

1129. Vgl. Hinweise unten N. 78 ff.

1130. Vgl. zum Begriff Schefer, Die Kerngehalte von Grundrechten, S. 5, 83.

1131. Etwa BGE 138 I 274 E. 2.2.2; Krüsi, Zensurverbot, S. 127, Dubey, Droits fondamentaux, § 23 Rz. 2294. Vgl. ausführlich OK-Piolino/Cueni zu Art. 17 BV, N. 76 ff.

1132. Krüsi, Zensurverbot, S. 127

1133. BGE 138 I 274 E. 2.2.2; Krüsi, Zensurverbot, S. 127 (m.w.H.); BSK-Hertig, Art. 16 BV N. 51; Biaggini, Art. 16 BV N. 12; Müller/Schefer, Grundrechte in der Schweiz, S. 351 ff. A.A. SGK-Errass/Rechtsteiner, Art. 17 BV N. 89 ff.

1134. Müller/Schefer, Grundrechte in der Schweiz, S. 352 ff.; BSK-Zeller/Kiener, Art. 17 BV N. 39; Peduzzi, Meinungs- und Medienfreiheit, S. 247 ff. Weiter etwa Biaggini, Art. 17 BV N. 14 ff.; Botschaft BV, BBl 1997 I 1, S. 160 f. Vgl. hierzu differenzierend OK-Piolino/Cueni zu Art. 17 BV, N. 76 ff.; Krüsi, Zensurverbot, S. 175 ff., 255 ff.; Schefer, Kerngehalte, S. 463 ff.

systematische Inhaltskontrollen[1136] werden hingegen nicht als a priori unzulässige und den Kerngehalt verletzende Massnahmen erfasst.

34 Das absolute Verbot der Zensur in diesem Sinne lässt sich aus der **Bedeutung der Meinungsfreiheit** für die gesellschaftliche Meinungsbildung herleiten: Zensur i.S.v. Art. 17 Abs. 2 BV hat zur Folge, dass die in der öffentlichen Diskussion zulässigen Meinungen präventiv beschränkt und damit über das inhaltlich zulässige Meinungsspektrum bestimmt wird.[1137] Eine derartige vorgängige Einschränkung des Spektrums zulässiger Äusserungen steht im Widerspruch zur Idee, wonach die freie gesellschaftliche Willensbildung die Zulässigkeit grundsätzlich aller Meinungen voraussetzt und Wahrheit oder Richtigkeit dem öffentlichen Diskurs nicht vorgeht, sondern immer erst das Ergebnis dieses Diskurses sein kann.[1138] Ebenfalls hat die durch Zensur erfolgende Beschränkung des zulässigen Meinungsspektrums eine Reduktion der Vielfalt geäusserter Meinungen und damit eine Beeinträchtigung der Rolle der Meinungsfreiheit als Mittel der Gesellschaft im Umgang mit dieser Diversität an Meinungen zur Folge.[1139] Über die Einschränkung des verfügbaren Meinungsspektrums beeinträchtigt Zensur ebenfalls die Funktion der Meinungsfreiheit als Mittel der Bildung der Identität jedes Individuums.[1140] Zensur – als vorgängige und systematische Inhaltskontrolle – läuft damit im Ergebnis mehreren Schutzrichtungen des Grundrechts im Kern zuwider[1141] und ist deshalb nie zulässig.

35 Neben dem Zensurverbot ebenfalls als Kerngehalt geschützt ist das sogenannte **forum internum**.[1142] Dieser absolute Schutz des «Innehabens» einer Meinung wird damit begründet, dass es gegen die Würde des Menschen als selbständig denkendes und handelndes Individuum verstossen würde, ihm

1135. Zur Problematik derartiger vorgängiger Einschränkungen aber etwa Müller/Schefer, Grundrechte in der Schweiz, S. 354 ff. (m.H. auf die Rechtsprechung des EGMR und in den USA). Vgl. ebenfalls unten N. 47.

1136. Vgl. zur Problematik solcher Einschränkungen bspw. bei sog. Netzsperren Müller/Schefer, Grundrechte in der Schweiz, S. 353 f.; SGK-Errass/Rechsteiner, Art. 16 N. 34.

1137. Vgl. OK-Piolino/Cueni zu Art. 17 BV, N. 76 ff.

1138. Müller/Schefer, Grundrechte in der Schweiz, S. 352.

1139. Cueni, Satire, S. 175.

1140. Vgl. zum Bezug dieser Funktion der Meinungsfreiheit zur Menschenwürde Schefer, Kerngehalte, S. 454 f.

1141. Cueni, Satire, S. 174 f.

1142. Schefer, Kerngehalte, S. 456 ff.; Biaggini, Art. 16 BV N. 12; Aubert/Mahon, Petit commentaire, Art. 16 N. 16; BSK-Hertig, Art. 16 BV N. 52; Dubey, Droits fondamentaux, § 23 Rz. 2293.

bzw. ihr das Innehaben einer Meinung und somit das blosse «Denken» zu untersagen, oder einen Menschen zum Innehaben im Sinne des Befürwortens bestimmter Meinungen oder zur Äusserung innerster Anschauungen zu zwingen.[1143]

B. Persönlicher Schutzbereich

Der Schutz der Meinungsfreiheit kommt allen **natürlichen und juristischen Personen** unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit zu.[1144] Auch Kinder und Jugendliche sind – unabhängig von ihrem Alter – von der Meinungsfreiheit geschützt.[1145] 36

Insbesondere schützt das Grundrecht auch Personen in **Sonderstatusverhältnissen** (öffentlich-rechtliche Angestellte[1146], Inhaftierte[1147], Militärangehörige[1148], etc.).[1149] Im konkreten Fall können sich jedoch aus dem jeweiligen Sonderstatusverhältnis Gründe für eine weitergehende Einschränkung der Meinungsfreiheit ergeben.[1150] 37

Nicht Träger der Meinungsfreiheit sind **Staatsorgane** und **Behörden** – sie hingegen sind grundrechtsverpflichtet.[1151] Abgrenzungsfragen stellen sich allerdings bei Äusserungen von Behördenvertretern oder Vertreterinnen des 38

1143. Peduzzi, Meinungs- und Medienfreiheit, S. 239 ff.; Schefer, Kerngehalte, S. 456 f.
1144. Biaggini, Art. 16 BV N. 5; BSK-Hertig, Art. 16 BV N. 7 f.; CR-Cottier, Art. 16 BV N. 18 ff.
1145. Explizit die Garantie in Art. 13 UNO-KRK. Vgl. SGK-Rechsteiner/Errass, Art. 16 BV N. 25.
1146. Etwa BGE 136 I 332 E. 3.2. Vgl. m.w.H. BSK-Hertig, Art. 16 BV N. 47; SGK- Rechsteiner/Errass, Art. 16 BV N. 58 ff.; Müller/Schefer, Grundrechte in der Schweiz, S. 403 ff.
1147. Relevant ist hier insbesondere der Schutz der Korrespondenz von Inhaftierten mit Anwältinnen und Anwälten, Medienschaffenden oder Dritten (etwa BGE 121 I 164 E. 2c (Herleitung aus Art. 6 Ziff. 3 lit. b EMRK)). Vgl. aus der Rechtsprechung des EGMR etwa EGMR *Yankov gegen Bulgarien*, Nr. 39084/97, 11.12.2003, N. 126 ff.; bereits älter EGMR *Stürm gegen die Schweiz*, Nr. 22686/93, 30.11.1994.
1148. Aus der Rechtsprechung des EGMR *Szima gegen Ungarn*, Nr. 29723/11, 9.10.2012, N. 25; EGMR *Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreich und Gubi gegen Österreich*, Nr. 15153/89, 19.12.1994, N. 33 ff., 48 f. Vgl. van Dijk/van Hoof/van Rijn/Zwaak, Theory and Practice of the ECHR, S. 800. Vgl. für Deutschland Rose, Soldat und Meinungsfreiheit, S. 178 ff.
1149. Vgl. Biaggini, Art. 16 BV N. 5; BSK-Hertig, Art. 16 BV N. 8, 46 ff.; Müller/Schefer, Grundrechte in der Schweiz, S. 403 ff.
1150. Etwa BGE 136 I 332 E. 3.2; aus der Rechtsprechung des EGMR etwa EGMR (Grosse Kammer), *Guja gegen Moldawien*, Nr. 14277/04, 12.2.2008, N. 52; EGMR (Grosse Kammer), *Vogt gegen Deutschland*, Nr. 17851/91, 26.9.1995, N. 53. Vgl. unten N. 64 ff.
1151. Vgl. zu den Adressaten der Meinungsfreiheit SGK-Rechsteiner/Errass, Art. 16 BV N. 27.

Staates: Äussern sich diese stellvertretend für eine Behörde – etwa eine Bundesrätin auf einer Medienkonferenz über die Beschlüsse des Bundesrates – liegt eine Äusserung eines Staatsorgans vor. Äussern sich dieselben Personen als Private, sind sie als natürliche Personen vom persönlichen Schutzbereich der Meinungsfreiheit erfasst.[1152] Ob sich eine Person als Vertreterin einer Behörde oder als Privatperson äussert, kann jedoch unter Umständen nicht immer eindeutig bestimmt werden – dies zeigen etwa Urteile des Bundesgerichts zu Interventionen von Behördenmitgliedern (mutmasslich als Private) in Abstimmungskampagnen.[1153] Relevantes Kriterium der Abgrenzung muss sein, ob die Adressaten oder das Publikum der Äusserung diese als Äusserung einer Privatperson oder als Äusserung einer Amtsträgerin bzw. eines Staatsvertreters verstehen durften.[1154]

39 In Bezug auf die Grundrechtsträgerschaft **juristischer Personen mit besonderer Nähe zum Staat**[1155] erachtet das Bundesgericht die SRG nunmehr als Grundrechtsträgerin im Rahmen von Art. 17 BV[1156] – und nicht mehr nur als durch die in Art. 93 Abs. 3 BV verankerte Programmautonomie geschützt.[1157] Unklar scheint eine allfällige Grundrechtsträgerschaft von öffentlich-rechtlich anerkannten Glaubensgemeinschaften im Rahmen von Art. 16 BV; das Bundesgericht behandelt Beschwerden von diesen in der Regel als Fragen der kirchlichen Autonomie und nicht als Fragen etwa der Religionsfreiheit.[1158]

40 Auch **(teil-)automatisierte Äusserungen** sind grundsätzlich als Meinungsäusserungen zu schützen (vgl. Ausführungen oben N. 21). Daraus folgt jedoch nicht, dass Programme, die Meinungsäusserungen generieren, Träger der Meinungsfreiheit wären.[1159] Wo KI lediglich der Verbreitung und Vervielfältigung von Äusserungen dient, also im Sinne eines Instruments der

1152. Etwa BGE 130 I 290 E. 3.3 («Einzelnen Mitgliedern einer Behörde kann weder die Teilnahme am Abstimmungskampf noch die freie Meinungsäusserung zu einer Gesetzes- oder Sachvorlage untersagt werden.»).
1153. Etwa BGE 130 I 290 E. 3.2 f.; BGE 119 Ia 271 E. 3 ff.
1154. Ähnlich BGE 130 I 290 E. 3.3. D.h. es ist analog die Figur des Durchschnittsadressaten heranzuziehen. Zu dieser Figur ausführlich Cueni, Satire, S. 299 ff.
1155. Dazu allgemein Baldegger, Menschenrechtsschutz, S. 98 ff., 232 ff.
1156. BGE 137 I 340 E. 3.3; BGE 137 I 8 E. 2.4. Vgl. m.w.H. OK-Piolino/Cueni zu Art. 17 BV, N. 33; Dubey, Droits fondamentaux, § 23 Rz. 2059.
1157. So früher etwa BGer 2A.213/1999 vom 13.1.2000 E. 1; BGE 98 Ia 73 E. 3c).
1158. M.w.H. Baldegger, Menschenrechtsschutz, S. 125 ff.
1159. Vgl. ausführlich und m.w.H. Schefer, Kommunikationsgrundrechte, Rn. 61 ff.

Verbreitung eine menschliche Äusserung an ein grösseres Publikum bringen, ist die Person hinter der Äusserung selbst Grundrechtsträgerin.[1160] Wo Äusserungen teils oder vollständig durch künstliche Intelligenz generiert werden, sind diese Äusserungen wie unter N. 21 dargelegt sinnvollerweise als Meinungen zu schützen. Damit stellt sich die Frage, inwiefern der Schutz solcher Äusserungen durch den Schutz eines Grundrechtsträgers i.S. eines Urhebers der betreffenden Äusserung gespiegelt wird. Hierbei ist nach hier vertretener Ansicht zwischen Urheberinnen bzw. Eigentümern der Programme und ihren Nutzerinnen zu unterscheiden. Ein Schutz der Urheberinnen bzw. Eigentümer der entsprechenden Programme im Rahmen der Meinungsfreiheit ist abzulehnen, insofern als diese inhaltlich keinen unmittelbaren Einfluss auf die Äusserung nehmen bzw. eine Äusserung tätigen.[1161] Unter der Meinungsfreiheit geschützt sind jedoch die Nutzerinnen der Anwendung – etwa die Nutzerin von Amazon Echo, die der «Maschine» mündliche Anweisungen erteilt, oder die Nutzerin einer Anwendung wie ChatGPT in der Generierung und Anpassung der Prompts und Outputs. Da die unterschiedlichen KI-Anwendungen jedoch Teil der Funktionsweise entsprechenden Programme und Plattformen sind, sind die Eigentümer bzw. Urheber zwar nicht unter der Meinungs-, wohl aber unter der Wirtschaftsfreiheit trotzdem grundrechtlich zu schützen. Dies bedeutet konkret etwa, dass eine staatliche Verpflichtung, den Feed einer Suchmaschine in einer bestimmten Art einseitig auszugestalten, von der Nutzerinnen- und Adressatenseite her mit Blick auf die potenziellen Auswirkungen auf die gesellschaftliche Debatte als grundsätzlich problematischer Eingriff in die Meinungsfreiheit zu analysieren wäre – der Eigentümer bzw. Betreiber der Suchmaschine wird damit jedoch nicht in seiner Meinungsfreiheit als vielmehr in seiner Wirtschaftsfreiheit – nämlich den Feed und den verwendeten Algorithmus in einer bestimmten Art und Weise auszugestalten – eingeschränkt.[1162]

1160. Vgl. Schefer, Kommunikationsgrundrechte, Rn. 62.

1161. Vgl. zur Debatte ob Social-Media-Plattformen und Suchmaschinen mit ihrem Feed ähnlich wie Redakteure einer Zeitung ein redaktionelles Urteil vornehmen Wu, Machine Speech, 1529 f. (ablehnend); Volokh/Falk, Google First Amendment Protection, S. 883 ff. (befürwortend). Zu dieser Frage auch *Gonzalez v. Google LLC*, 2 F.4th 871 (9th Cir. 2021). Urteil des U.S. Supreme Court (*Gonzalez v. Google LLC*, 598 U.S. 617 (2023) (*per curiam*)) ohne Antwort auf diese Frage. Vgl. m.w.H. unten Rz. 82.

1162. Vgl. zur Begründung des Schutzes von (teil-)automatisierten Äusserungen oben N. 21.

C. Einschränkungen der Meinungsfreiheit

1. Schutzintensitäten

41 Die Meinungsfreiheit schützt Äusserungen unabhängig von deren Inhalt und gesellschaftlichem Wert. Nicht alle Äusserungen werden dabei jedoch gleich intensiv geschützt. Aus den Funktionen der Meinungsfreiheit ergibt sich, dass einzelne Äusserungen aufgrund ihres Inhalts im Kern der Anliegen der Meinungsfreiheit liegen, während andere zwar ebenfalls geschützt sind, ihr Schutz jedoch aufgrund eines weniger engen Konnexes zu den Funktionen des Grundrechts weniger intensiv ist.[1163]

42 Ausdruck finden diese unterschiedlichen **Schutzintensitäten** einerseits durch erhöhte materielle Anforderungen an die Einschränkungen intensiver geschützter Äusserungen und andererseits – gerade in der Rechtsprechung des EGMR[1164] – durch erhöhte Anforderungen an die Begründungsdichte solcher Einschränkungen.[1165]

43 Als besonders schutzwürdig gelten insbesondere Meinungsäusserungen zu Themen von gesellschaftlichem Interesse, die sog. «**politische Kommunikation**».[1166] Wie unter N. 16 ff. dargelegt, liegt die gesellschaftliche Bedeutung der Meinungsfreiheit insbesondere darin, mit der Gewährleistung eines freien Austauschs möglichst aller Meinungen die Voraussetzung von breiten gesellschaftlichen Debatten und damit auch einer freien demokratischen Willensbildung zu ermöglichen. Entsprechend sind Meinungen, die für die politische Auseinandersetzung und die Willensbildung zu politisch und gesellschaftlich relevanten Themen besonders zentral sind, besonders intensiv geschützt. Das Bundesgericht – die Rechtsprechung des EGMR aufnehmend[1167] – hält entsprechend fest, dass der Meinungsfreiheit bei Äusserungen zu politischen Fragen und Problemen des öffentlichen

1163. Vgl. ausführlich Cueni, Satire, S. 183 ff.

1164. Etwa EGMR *Otegi Mondragon gegen Spanien*, Nr. 2034/07, 15.3.2011, N. 50; EGMR *Standard Verlags GmbH gegen Österreich*, Nr. 13071/03, 02.11.2006, N. 49. Vgl. Harris/O'Boyle/Warbrick, Law of the ECHR, S. 617.

1165. Vgl. Schefer, Beeinträchtigung, S. 87 (Prüfungsdichte und Verhältnismässigkeit). Ausführlich in Bezug auf die Meinungsfreiheit Cueni, Satire, S. 184 ff. Vgl. aus der US-amerikanischen Rechtsprechung etwa *Reno v. ACLU*, 521 U.S. 844, 878 (1997).

1166. Zum Begriff und seiner Entwicklung in der Rechtsprechung des EGMR Harris/O'Boyle/Warbrick, Law of the ECHR, S. 616 ff.; Cueni, Satire, S. 188 (m.w.H.).

1167. Etwa EGMR *Otegi Mondragon gegen Spanien*, Nr. 2034/07, 15.3.2011, N. 48 ff.

Lebens eine besondere Bedeutung zukomme und Kritik «in einer gewissen Breite und bisweilen auch in überspitzter Form zulässig sein [müsse]».[1168] Dabei wird der Begriff der politischen Äusserungen weit gefasst: Als Äusserungen zu Themen von gesellschaftlichem Interesse, womit nicht nur Äusserungen zu Politik i.e.S., sondern alle Äusserungen zu Themen des öffentlichen Lebens[1169] gemeint sind. Diese können politischer, gesellschaftlicher, wirtschaftlicher, kultureller, religiöser oder unter Umständen auch kommerzieller Art sein.[1170] Auch satirische Äusserungen sind als politische Kommunikation einzustufen und deshalb im Rahmen der Meinungsfreiheit besonders intensiv geschützt.[1171]

Auch **Kunst** ist aufgrund ihrer Bedeutung in einer demokratischen Gesellschaft besonders geschützt.[1172] Praktisch bedeutsam in der Rechtsprechung zu Kunst ist etwa der Schutz auch von Äusserungen, die verletzen, schockieren oder beunruhigen[1173] sowie ein Bewusstsein für die Interpretationsbedürftigkeit unklarer oder mehrdeutiger Äusserungen.[1174] Allerdings schützt der EGMR Kunst im Verhältnis zur politischen Kommunikation zumindest in der Vergangenheit zum Teil vergleichsweise weniger intensiv, etwa indem den Staaten bei der Beurteilung einer Einschränkung zum Schutz der Religion oder der öffentlichen Sittlichkeit z.T. ein weiterer Beurteilungsspielraum eingeräumt wird (und wurde).[1175] 44

Weniger intensiv ist der Schutz durch die Meinungsfreiheit für rassistische, revisionistische, zu Gewalt aufrufende, pornografische oder andere 45

1168. BGE 131 IV 23 E. 3.1. Vgl. BSK-Hertig, Art. 16 BV N. 42.

1169. Mit diesem Begriff das Bundesgericht etwa in BGE 131 IV 23 E. 3.1.

1170. Vgl. m.w.H. Cueni, Satire, S. 188. Vgl. zur Abgrenzung zwischen ideellen und kommerziellen Äusserungen oben N. 22.

1171. Vgl. m.w.H. Cueni, Satire, S. 214 ff. (zum Charakter als politische Kommunikation und Kunst, S. 228 ff.).

1172. Ausführlich zu den Bezügen zwischen Kunst, Politik und Demokratie Rüegger, Kunstfreiheit, S. 177 ff.

1173. EGMR *Mariya Alekhina u.a. gegen Russland*, Nr. 38004/12, 17.7.2018, N. 197 ff. So bereits EGMR *Müller u.a. gegen die Schweiz*, Nr. 10737/84, 24.5.1988, N. 33. Vgl. Harris/O'Boyle/Warbrick, Law of the ECHR, S. 620.

1174. Vgl. zu diesem Element von Kunst Rüegger, Kunstfreiheit, S. 215 (m.w.H.).

1175. Harris/O'Boyle/Warbrick, Law of the ECHR, S. 620 ff. Vergleiche allerdings EGMR *Vereinigung Bildender Künstler gegen Österreich*, Nr. 68354/01, 25.1.2007, N. 34 (mit einem Fokus auf den Charakter des Gemäldes als Kritik einer politischen Person); EGMR *Alinak gegen die Turkei*, Nr. 40287/98, 29.3.2005, N. 41 f.

Meinungsäusserungen mit qualifiziert verwerflichen Inhalten[1176] – Äusserungen, welche heute regelmässig unter dem Begriff des **«hate speech»**[1177] zusammengefasst werden.[1178] Die Schweiz verfügt mit Art. 261bis StGB über eine gesetzliche Grundlage, um besonders verwerfliche und gefährliche Formen der Diskriminierung und des Aufrufs zu Hass zu verbieten;[1179] damit kommt sie den völkerrechtlichen Verpflichtungen aus Art. 4 des Übereinkommens zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung (teilweise) nach.[1180] Ähnlich ermöglichen Art. 258 f. StGB und Art. 197 StGB gestützt auf den jeweiligen Inhalt der Äusserung[1181] eine Einschränkung von zu Gewalt aufrufenden bzw. pornografischen Äusserungen. Da allerdings auch «qualifiziert verwerfliche» Äusserungen häufig Themen von gesellschaftlichem Interesse beschlagen, sind die genannten Kategorien als Ausnahmen eng auszulegen.[1182]

2. Begriff und Arten des Eingriffs

46 Einschränkungen der Meinungsfreiheit sind grundsätzlich nach den Voraussetzungen von **Art. 36 BV** zu beurteilen.[1183] Dabei konkretisieren sich die Eingriffe[1184] in unterschiedlicher Weise und sind je nach Art und Zeitpunkt des Eingriffs unterschiedlich zu beurteilen.

47 Vorgängige oder **präventive Einschränkungen** der Meinungsfreiheit verhindern, dass die betreffenden Informationen erst verbreitet werden

1176. Vgl. ausführlich und mit Hinweisen auf weitere Kategorien Müller/Schefer, Grundrechte in der Schweiz, S. 383 ff.; Cueni, Satire, S. 205 ff.

1177. Ausführlich und aus einem sprachwissenschaftlichen Blickwinkel zum unterschiedlich verwendeten Begriff etwa Guillén-Nieto, Hate Speech, S. 1 ff. Vgl. zur Frage des rechtlichen Umgangs mit «hassvollen» Äusserungen auch Heinze, Hate Speech.

1178. Ausführlich zur differenzierten Rechtsprechung des EGMR Harris/O'Boyle/Warbrick, Law of the ECHR, S. 608 ff.

1179. Vgl. CR-Cottier, Art. 16 BV N. 50 ff.

1180. Botschaft Art. 261bis StGB, BBl 1992 II 269, S. 301 ff. Seit 2020 findet Art. 261bis StGB auch auf diskriminierende und zu Hass aufrufende homophobe Äusserungen Anwendung.

1181. Vgl. zur grundsätzlichen Problematik von Einschränkungen gestützt auf den Inhalt der Äusserung N. 49.

1182. Vgl. BSK-Hertig, Art. 16 BV N. 43; Müller/Schefer, Grundrechte in der Schweiz, S. 383 (mit dem Hinweis, dass die Gefahr des Aufzwingens einer Orthodoxie bestehen bleibe). Mit dieser Überlegung in der Schaffung der gesetzlichen Grundlage Botschaft Art. 261bis StGB, BBl 1992 II 269, S. 306.

1183. Etwa Biaggini, Art. 16 BV N. 12; BSK-Hertig, Art. 16 BV N. 35.

können und haben damit zur Folge, dass die entsprechenden Meinungen gar nicht erst Eingang in die öffentliche Debatte finden können. Solche Massnahmen, etwa in der Form von vorsorglichen Massnahmen im Zivilprozess nach Art. 261 ff. ZPO, stellen deshalb besonders intensive Eingriffe in die Meinungsfreiheit dar.[1185] Die Rechtsprechung des EGMR zu Art. 10 EMRK sieht folglich vor, dass die Voraussetzungen präventiver Einschränkungen von Meinungsäusserungen im Gesetz klar umschrieben sein und ein wichtiges öffentliches Interesse verfolgen müssen.[1186]

Im Gegensatz dazu gelten **nachträglich wirkende Einschränkungen** wie beispielsweise straf- oder zivilrechtliche Sanktionen[1187], Lizenzverluste oder disziplinarrechtliche Massnahmen[1188] nicht per se als schwerwiegend. Sie sind bezüglich ihrer Schwere primär nach den Folgen für die betroffenen Grundrechtsträger zu beurteilen.[1189] 48

Wiederum als tendenziell problematisch gelten **inhaltsbezogene Einschränkungen**, dies in Abgrenzung zu Eingriffen, die als Beschränkungen von Äusserungen zu einem bestimmten Ort oder einer bestimmten Zeit grundsätzlich[1190] inhaltlich neutral sind.[1191] Da inhaltsbezogene Einschränkungen die betroffenen Äusserungen aus dem öffentlichen Diskurs 49

1184. Vgl. zum Begriff der Einschränkung van Dijk/van Hoof/van Rijn/Zwaak, Theory and Practice of the ECHR, S. 783 ff.; Peduzzi, Meinungs- und Medienfreiheit, S. 70 ff.

1185. Müller/Schefer, Grundrechte in der Schweiz, S. 355 f. (kritisch zum vorsorglichen Verbot glaubhaft gemachter, drohender persönlichkeitsverletzender Äusserungen); Biaggini, Art. 16 BV N. 14; BSK-Hertig, Art. 16 BV N. 41. Vgl. zu Art. 10 EMRK van Dijk/van Hoof/van Rijn/Zwaak, Theory and Practice of the ECHR, S. 785.

1186. Vgl. van Dijk/van Hoof/van Rijn/Zwaak, Theory and Practice of the ECHR, S. 785 f.

1187. Etwa BGE 145 IV 23 (Anwendung von Art. 261bis StGB auf verharmlosende Äusserungen bezüglich der Verbrechen von Srebrenica); BGE 143 III 297 (persönlichkeitsverletzende Medienkampagne); BGE 138 III 641 (Vorwurf des verbalen Rassismus; im Ergebnis andere Beurteilung in EGMR *GRA Stiftung gegen Rassismus und Antisemitismus Schweiz gegen die Schweiz*, Nr. 18597/13, 9.1.2018).

1188. Etwa BGE 136 I 332. Vgl. Clayton/Tomlinson, The Law of Human Rights, Rn. 15.270.

1189. Vgl. unten N. 61 ff. zur Verhältnismässigkeit von Einschränkungen der Meinungsfreiheit.

1190. Grundsätzlich, da auch örtlich bzw. zeitlich formulierte Einschränkungen die Einschränkung von Äusserungen mit einem bestimmten Inhalt bezwecken oder zur Folge haben können. Als Beispiel etwa die Debatte um Einschränkungen für Meinungsäusserungen nahe Abtreibungskliniken in den USA. Dazu *McCullen v. Coakley*, 573 U.S. 464 (2014); *Hill v. Colorado*, 530 U.S. 703 (2000).

1191. Vgl. BSK-Hertig, Art. 16 BV N. 42. Vgl. zur Rechtsprechung in den USA Zelezny, Communications Law, S. 60 ff.

fernhalten bzw. ihre Präsenz in der öffentlichen Meinungsbildung zumindest beschränken, beschlagen solche Eingriffe das Modell der freien gesellschaftlichen Auseinandersetzung, in welcher sich Individuen im freien Austausch von Argumenten und Gegenargumenten, unabhängig von der Qualität und dem gesellschaftlichen Wert dieser, ihre Meinungen bilden können.[1192]

50 Nicht nur rechtliche, sondern auch **faktische Beeinträchtigungen** der Äusserung einer Meinung wie beispielsweise der Einzug von Schriften[1193], das Abhören von Gesprächen[1194], das Fernhalten von einer Kundgebung[1195] und ähnliche Massnahmen stellen Eingriffe in die Meinungsfreiheit dar.[1196]

51 Im Kontext der Meinungsfreiheit erlangen mittelbare Einschränkungen durch einen sogenannten *chilling effect*[1197] eine besondere Bedeutung. Von einem *chilling effect* (oder Abschreckungseffekt) ist die Rede, wenn Grundrechtsträger aus Angst vor Sanktionen oder mit Blick auf eine unklare rechtliche Situation von der Äusserung grundsätzlich zulässiger (und damit im gesellschaftlichen Diskurs erwünschter) Meinungen absehen, sie also von der Ausübung ihrer Grundrechte abgeschreckt werden.[1198] Einen derartigen Abschreckungseffekt können vage Gesetzesbestimmungen[1199], eine unklare Rechtsprechung, aber auch besonders einschneidende Sanktionen für die Kundgabe von Meinungsäusserungen bewirken.[1200] So bejaht das

1192. Vgl. Peduzzi, Meinungs- und Medienfreiheit in der Schweiz, S. 75; Cueni, Satire, S. 202 ff.

1193. Etwa BGE 125 II 417.

1194. EGMR (Grosse Kammer), *Big Brother Watch u.a. gegen das Vereinigte Königreich*, Nr. 58170/13, 62322/14 und 24960/15, 25.5.2021, N. 442 ff.

1195. Etwa EGMR *Gsell gegen die Schweiz*, Nr. 12675/05, 8.10.2009, N. 51 ff.

1196. Vgl. m.w.H. Clayton/Tomlinson, The Law of Human Rights, Rn. 15.272. Für Art. 5 GG GGK-Kaiser, Art. 5 I, II GG N. 120 f.

1197. Zum Begriff Schauer, Fear, Risk and the First Amendment, S. 689 ff.; Staben, Abschreckungseffekt, S. 17 ff., 42 ff.; BGE 143 I 147 E. 3.3 (m.w.H.).

1198. Vgl. BGE 143 I 147 E. 3.3; Schauer, Fear, Risk and the First Amendment, S. 689, 693; Müller/Schefer, Grundrechte in der Schweiz, S. 375; BSK-Hertig, Art. 16 BV N. 40.

1199. Vgl. mit Hinweis auf den abschreckenden Effekt von universitären Social-Media-Richtlinien Ammann, Zur unscharfen Grenze zwischen Wissenschaftsfreiheit und Meinungsäusserungsfreiheit, S. 223 ff.

1200. Schauer, Fear, Risk and the First Amendment, S. 694 ff. Vgl. aus der Rechtsprechung EGMR (Grosse Kammer), *Big Brother Watch u.a. gegen das Vereinigte Königreich*, Nr. 58170/13, 62322/14 und 24960/15, 25.5.2021, N. 443; EGMR *Alves da Silva gegen Portugal*, Nr. 41665/07, 20.10.2009, N. 29; EGMR (Grosse Kammer), *Cumpănă und Mazăre gegen Rumänien*, Nr. 33348/96, 17.12.2004, N. 114 ff.

Bundesgericht tendenziell den möglichen *chilling effect* einer DNA-Profilerstellung und erkennungsdienstlichen Erfassung anlässlich einer friedlichen Kundgebung.[1201] Eine besondere Bedeutung kommt dem *chilling effect* zudem im Zusammenhang mit dem Schutz journalistischer Quellen zu.[1202] Da der *chilling effect* per Definition Meinungen trifft und abschreckt, die zulässig und als Teil der gesellschaftlichen Debatte erwünscht sind[1203], beeinträchtigt diese Art der Einschränkung mittelbar die gesellschaftliche oder politische Debatte über den Einzelfall hinausgehend; Eingriffe durch *chilling effect* können deshalb, auch wenn sie indirekt erfolgen, aus grundrechtlicher Sicht in Einzelfällen besonders problematisch sein.[1204]

3. Beurteilung von Einschränkungen nach Art. 36 BV

a. Gesetzliche Grundlage (Art. 36 Abs. 1 BV)

52 Einschränkungen der Meinungsfreiheit bedürfen gemäss Art. 36 Abs. 1 BV einer **gesetzlichen Grundlage**, d.h. einer Grundlage in Form einer generell-abstrakten Norm.[1205]

53 Je schwerwiegender der Eingriff im konkreten Fall ist, umso höhere Anforderungen sind an die **Normstufe** und **Normdichte** der jeweiligen Eingriffsgrundlage zu stellen. So sieht die Bundesverfassung in Art. 36 Abs. 1 Satz 2 BV bezüglich der Anforderung an die Normstufe vor, dass schwerwiegende Einschränkungen im Gesetz selbst vorgesehen sein müssen. In Bezug auf die Normdichte hält der EGMR in seiner Rechtsprechung fest, dass die betreffende gesetzliche Grundlage so präzise formuliert sein muss, dass die Rechtsbetroffenen ihr Verhalten danach ausrichten können und die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einer gewissen Bestimmtheit absehen

1201 BGE 147 I 372 E. 4.4.2 (Einschränkung der Informationsfreiheit im entsprechenden Fall als nicht verhältnismässig eingestuft).

1202 EGMR *Jecker gegen die Schweiz*, Nr. 35449/14, 6.10.2020, N. 30 ff.; grundlegend EGMR (Grosse Kammer), *Goodwin gegen das Vereinigte Königreich*, Nr. 17488/90, 27.3.1996, N. 39. Vgl. dazu OK-Piolino/Cueni zu Art. 17 BV, N. 88.

1203 Schauer, Fear, Risk and the First Amendment, S. 692 f. («[. . .] [S]omething that ‹ought› to be expressed is not.»).

1204 BGE 143 I 147 E.3.3 (zum abschreckenden Effekt der Überwälzung von Kosten für Schäden bei Versammlungen bzw. Demonstrationen auf die Veranstalter gem. § 32 ff. PolG-LU). Vgl. zum Ganzen Cueni, Satire, S. 178 ff. Vgl. unten N. 78 zum *chilling effect* als Element der Beurteilung der Zumutbarkeit eines Eingriffs.

1205 Vgl. BSK-Epiney, Art. 36 N. 29.

können.[1206] Je schwerer der Eingriff, umso höher sind die Anforderungen an die Präzision der gesetzlichen Grundlage.[1207]

54 Einschränkungen der Meinungsfreiheit erfolgen in vielen Fällen gestützt auf **verschiedene Rechtsgrundlagen** im Zivilrecht (insb. Art. 28 ff. ZGB)[1208] und vor allem im Strafrecht (etwa Art. 135 StGB, Art. 173 ff. StGB, Art. 197 StGB, Art. 259 ff. und insb. Art. 261bis StGB, Art. 296 f. StGB).[1209] Relevant sind aber auch etwa Art. 3 Abs. 1 lit. a UWG,[1210] andere bundesrechtliche[1211] und verschiedene kantonale Rechtsnormen.[1212] Mit Blick auf die oben in N. 53 erwähnten Anforderungen, insbesondere der erforderlichen Normdichte gesetzlicher Grundlagen, sind einzelne einfachgesetzliche Bestimmungen wohl nicht ausreichend präzise gefasst: Kritisiert wird in der Lehre z.T. etwa die ungenügend präzise Fassung von Art. 261bis StGB (Diskriminierung und Aufruf zu Hass), welche «weit» hinter den Anforderungen des Legalitätsprinzips zurückbleibe.[1213]

55 Rechtsprechung und Lehre halten fest, dass die Anforderungen an die gesetzliche Grundlage in **Sonderstatusverhältnissen** unter Umständen weniger streng sind. Dies gilt primär für Normen, welche die konkrete Ausgestaltung des Sonderstatusverhältnisses regeln; hierbei sind sowohl die Erfordernisse der Normstufe als auch jene der Normdichte weniger streng zu handhaben. Bezüglich der Normen zur Begründung des jeweiligen Rechtsverhältnisses sind die Anforderungen an die gesetzliche Grundlage hingegen nicht gesenkt.[1214]

1206 Etwa EGMR (Grosse Kammer), *Magyar Kétfarkú Kutya Párt gegen Ungarn*, Nr. 201/17, 20.1.2020, N. 94; EGMR *Ahmet Yildirim gegen die Türkei*, Nr. 3111/10, 18.12.2012, N. 57 ff.

1207 Vgl. etwa EGMR (Grosse Kammer), *Magyar Kétfarkú Kutya Párt gegen Ungarn*, Nr. 201/17, 20.1.2020, N. 98 ff., 116 (strenge Anforderungen an die Vorhersehbarkeit bei Einschränkungen einer politischen Partei vor Wahlen oder Abstimmungen).

1208 Etwa BGE 138 III 641 (Art. 28 ff. ZGB).

1209 Etwa BGE 137 IV 313 (Art. 173 StGB); BGE 131 IV 23 (Art. 261bis StGB); BGE 124 IV 106 (Art. 135 und Art. 197 StGB); BGE 145 IV 433 (Art. 258 ff. StGB und Art. 296 StGB). Vgl. mit weiteren Beispielen Aubert/Mahon, Petit commentaire, Art. 16 BV N. 18.

1210 Etwa BGer 5A_376/2013 vom 29.10.2013; BGE 124 IV 162.

1211 Etwa BGE 138 I 274 (Reglement gestützt auf damals geltende Bestimmungen des EBG und TG); BGE 141 I 211 (Einschränkung der Berichterstattung gestützt auf Art. 69 f. StPO); BGE 125 III 417 (Einziehung von «Propagandamaterial» gestützt auf den damaligen «Propagandabeschluss» (AS 1948 1282), heute wäre Art. 13*e* BWIS einschlägig).

1212 Als Beispiel einer kantonalen Norm etwa § 7 Abs. 1 lit. f Plakatverordnung-BS, SG 569.500 (zur Unzulässigkeit von Plakaten u.a. mit sittenwidrigem Inhalt).

1213 Etwa Stratenwerth/Bommer, Schweizerisches Strafrecht BT II, § 39 N. 21.

Die gesetzlichen Bestimmungen, welche als Grundlage der Einschränkung von Meinungsäusserungen dienen, sind jeweils im Licht von Art. 16 BV **grundrechtskonform** auszulegen und anzuwenden (vgl. zur indirekten Drittwirkung und grundrechtskonformen Auslegung auch unten N. 76 f.).[1215] 56

Ausnahmsweise – beim Vorliegen einer ernsten, unmittelbaren und nicht anders abwendbaren Gefahr für hochrangige Rechtsgüter[1216] – erlaubt die **polizeiliche Generalklausel** (Art. 36 Abs. 1 Satz 3 BV) eine Einschränkung der Meinungsfreiheit ohne explizite Grundlage im Gesetz. Allerdings ist bei der Anwendung dieser Ausnahme Zurückhaltung geboten:[1217] So ist etwa die faktische Einschränkung der Meinungsfreiheit (und der Medienfreiheit) durch das Hindern eines Journalisten an der Weiterreise ans WEF nach Davos gemäss EGMR aufgrund der Vorhersehbarkeit der Gefahr nicht durch die polizeiliche Generalklausel gedeckt.[1218] 57

b. Öffentliches Interesse und Schutz von Grundrechten Dritter (Art. 36 Abs. 2 BV)

Einschränkungen der Meinungsfreiheit müssen gemäss Art. 36 Abs. 2 BV durch ein überwiegendes öffentliches Interesse oder den Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt sein.[1219] 58

Art. 36 Abs. 2 BV kennt **keinen abschliessenden Katalog** von möglichen öffentlichen Interessen zur Einschränkung des Grundrechts.[1220] Praktisch bildet die Aufzählung möglicher öffentlicher Interessen in Art. 10 Abs. 2 EMRK eine Orientierung:[1221] Die Bestimmung nennt etwa den Schutz der öffentlichen Sicherheit oder die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung[1222], den Schutz der öffentlichen Gesundheit[1223] oder der öffentlichen Sittlichkeit[1224], den Schutz von (Grund-)Rechten Dritter[1225], die Verhinderung 59

1214. Ausführlich Schefer, Beeinträchtigung, S. 67 ff.; Schefer/Looser, Die Beeinträchtigung von Grundrechten, S. 89 f.

1215. Vgl. SGK- Rechsteiner/Errass, Art. 16 BV N. 31; Müller, Verwirklichung, S. 103 ff.

1216. Für viele BSK-Epiney, Art. 36 BV N. 40 ff.

1217. Für viele BSK-Epiney, Art. 36 BV N. 41.

1218. EGMR *Gsell gegen die Schweiz*, Nr. 12675/05, 8.10.2009, N. 51 ff. A.A. BGE 130 I 369 E. 7.3.

1219. Vgl. zur möglichen Missverständlichkeit dieser Formulierung Schefer, Beeinträchtigung, S. 79 f.

1220 Schefer, Beeinträchtigung, S. 77.

1221. Vgl. Harris/O'Boyle/Warbrick, Law of the ECHR, S. 642 ff.; Grabenwarter/Pabel, EMRK, § 23 N. 24.

der Verbreitung vertraulicher Informationen[1226] oder die Wahrung der Integrität und Unparteilichkeit der Justiz.[1227]

60 Nicht zulässig sind Einschränkungen zum Schutz von Interessen, die der **Schutzrichtung des Grundrechts im Kern zuwiderlaufen**.[1228] Unzulässig wäre deshalb die Einschränkung der Meinungsfreiheit einzig und allein zum Zweck der Verhinderung von Regierungskritik[1229] oder ein Verbot von «peripheren», lediglich von einer Minderheit vertretenen Meinungen, um die Bevölkerungsmehrheit von der Konfrontation mit solchen, allenfalls unpopulären oder «schockierenden» Meinungen zu schützen.[1230]

c. Verhältnismässigkeit (Art. 36 Abs. 3 BV)

61 Einschränkungen der Meinungsfreiheit müssen nach Art. 36 Abs. 3 BV **verhältnismässig** sein. Als verhältnismässig gilt eine Einschränkung, wenn sie zum Erreichen des angestrebten staatlichen Ziels geeignet und erforderlich ist und wenn die Massnahme für den oder die Grundrechtsbetroffenen zumutbar ist.[1231] Abzustellen ist bei der Beurteilung

---

1222 Etwa EGMR *Dmitriyevskiy gegen Russland*, Nr. 42168/06, 3.10.2017, N. 84 ff.; EGMR *Dilipak gegen die Türkei*, Nr. 29680/05, 15.9.2015, N. 59.

1223 Etwa EGMR *Société de Conception de Presse et d'Edition et Ponson gegen Frankreich*, Nr. 26935/05, 5.3.2009, N. 56.

1224 Etwa EGMR (Grosse Kammer), *Mouvement Raëlien gegen die Schweiz*, Nr. 16354/06, 13.7.2012, N. 72. Sehr differenziert in der Überprüfung des (eigentlichen) Interesses an der Einschränkung eines gleichgeschlechtliche Partnerschaften abbildendes Märchenbuches für Kinder EGMR (Grosse Kammer), *Macatė gegen Litauen*, Nr. 61435/19, 23.1.2023, N. 189 ff.

1225 Dazu zählt u.a. der Schutz des guten Rufes als Teil der Achtung der Privatsphäre. Vgl. für viele EGMR *GRA Stiftung gegen Rassismus und Antisemitismus Schweiz gegen die Schweiz*, Nr. 18597/13, 9.1.2018, N. 50 (in N. 55 f. zum Verhältnis zwischen Meinungsfreiheit und Privatsphäre); EGMR *Vereinigung Bildender Künstler gegen Österreich*, Nr. 68354/01, 25.1.2007, N. 29.

1226 Etwa EGMR *Dammann gegen die Schweiz*, Nr. 77551/01, 25.4.2006, N. 37 f.

1227 Etwa EGMR *Falter Zeitschriften GmbH gegen Österreich (Nr. 2)*, Nr. 3084/07, 18.9.2012, N. 30; grundlegend EGMR (Plenary), *Sunday Times gegen das Vereinigte Königreich (Nr. 1)*, Nr. 6538/74, 26.4.1979, N. 55 f. Vgl. van Dijk/van Hoof/van Rijn/Zwaak, Theory and Practice of the ECHR, S. 808 ff.

1228 Schefer, Beeinträchtigung, S. 77 f.

1229 Schefer, Beeinträchtigung, S. 78. Vgl. EGMR *Ooo Memo gegen Russland*, Nr. 2840/10, 15.3.2022, N. 45 ff.

1230 Vgl. BSK-Hertig, Art. 16 BV N. 37. Aus diesem Grund problematisch das schon ältere Urteil EGMR (Grosse Kammer), *Otto-Preminger-Institut gegen Österreich*, Nr. 13470/87, 20.9.1994, N. 44 ff. Vgl. mit einer Kritik am Urteil Cueni, Satire, S. 549 ff.

der Verhältnismässigkeit von Grundrechtsbeschränkungen auf die konkreten Umstände des jeweiligen Einzelfalls. [1232] Hierbei stellen sich sowohl Fragen der Intensität als auch der Präzision des Eingriffs im konkreten Fall.[1233]

62 In der Überprüfung der Verhältnismässigkeit und insbesondere der Zumutbarkeit von Einschränkungen der Meinungsfreiheit verweist der EGMR regelmässig auf die Bedeutung des Grundrechts für eine demokratische Gesellschaft.[1234] Anknüpfend an die besondere Schutzintensität für Äusserungen zu **Themen von gesellschaftlichem Interesse**[1235] anerkennt der Gerichtshof, dass die Konvention wenig Raum lässt für eine Einschränkung sogenannter politischer Äusserungen[1236] und solche Einschränkungen deshalb besonders streng zu überprüfen sind.[1237]

63 In Bezug auf die Beurteilung der Verhältnismässigkeit einer Einschränkung der Meinungsfreiheit ebenfalls relevant ist die Stellung der von einer Äusserung **betroffenen Person**, insbesondere im Kontext von ehrverletzenden Äusserungen. Politikerinnen und Politiker sowie andere Personen des öffentlichen Lebens[1238] müssen gemäss ständiger Rechtsprechung des EGMR – und auch des Bundesgerichts – ein besonders Mass an öffentlicher Kritik ertragen und haben deshalb auch gegenüber verbal angriffigen Äusserungen ein weites Mass an Toleranz aufzubringen.[1239] Allerdings geniessen auch öffentliche Personen ein Recht auf Privatsphäre, weshalb die weite Zulässigkeit von Äusserungen primär im Bereich der öffentlichen Sphäre der betroffenen Personen gegeben ist.[1240] Wo jedoch

---

1231 Schefer, Beeinträchtigung, S. 82 ff.

1232 Etwa BGE 127 I 164 E. 3d. Zu Art. 10 EMRK etwa Grabenwarter/Pabel, EMRK, § 23 N. 24.

1233 Schefer, Beeinträchtigung, S. 82 ff. Der Aspekt der Präzision der einschränkenden Massnahme wird in der Schweiz als Frage der Eignung und insbesondere der Erforderlichkeit von Einschränkungen thematisiert, während die Intensität insbesondere in der Beurteilung der Zumutbarkeit eine Rolle spielt.

1234 Vgl. Grabenwarter/Pabel, EMRK, § 23 N. 28.

1235 Vgl. etwa EGMR (Grosse Kammer), *Perinçek gegen die Schweiz*, Nr. 27510/08, 15.10.2015, N. 197; EGMR (Grosse Kammer), *Animal Defenders International gegen das Vereinigte Königreich*, Nr. 48876/08, 22.4.2013, N. 102.

1236 Zum Begriff oben N. 43.

1237 EGMR *Mediengruppe Österreich GmbH gegen Österreich*, Nr. 37713/18, 26.4.2022, N. 47; EGMR (Grosse Kammer), *Couderc und Hachette Filipacchi Associés gegen Frankreich*, Nr. 40454/07, 10.11.2015, N. 96.

1238 Zum Begriff etwa Grabenwarter/Pabel, § 23 N. 34; Harris/O'Boyle/Warbrick, Law of the ECHR, S. 679 ff. (mit dem Hinweis der Anlehnung der Rechtsprechung des EGMR diesbezüglich an die US-amerikanische Rechtsprechung).

Teile des Privatlebens einer öffentlichen Person von gesellschaftlicher Relevanz oder von gesellschaftlichem Interesse sind, ist die Einschränkung auch solcher, das Privatleben betreffender Äusserungen nur unter restriktiven Voraussetzungen zulässig.[1241] Bei privaten Personen ist in der Beurteilung der Verhältnismässigkeit einer Einschränkung primär darauf abzustellen, ob und inwiefern die betreffenden Äusserungen Teil einer öffentlichen Debatte sind.[1242]

64 Sodann berücksichtigen Lehre und Rechtsprechung in der Beurteilung der Verhältnismässigkeit von Einschränkungen der Meinungsfreiheit auch den Status der **sich äussernden Person(en)**. Wie in N. 37 erwähnt, rechtfertigen sich für Personen in **Sonderstatusverhältnissen** u.U. weitergehende Einschränkungen der Meinungsfreiheit. Der EGMR und das Bundesgericht anerkennen, dass sich aus der Stellung und Treuepflicht von öffentlich-rechtlichen Angestellten, Lehrpersonen, Beamtinnen und Richtern eine gewisse Pflicht zur Zurückhaltung respektive ein Grund zur Einschränkung der Meinungsfreiheit ergeben kann.[1243] Gleichzeitig halten der Gerichtshof und mit ihm das Bundesgericht aber fest, dass gerade bei Themen von Interesse für die gesellschaftliche Debatte entsprechende Einschränkungen nur restriktiv zulässig und ihre Notwendigkeit überzeugend darzulegen sei.[1244]

1239 Etwa BGE 137 IV 313 E. 2.1.4; BGE 128 IV 53 E. I. A. 1a; EGMR *Otegi Mondragon gegen Spanien*, Nr. 2034/07, 15.3.2011, N. 50; wegweisend EGMR (Grosse Kammer), *Bladet Tromsø und Stensaas gegen Norwegen*, Nr. 21980/93, 20.5.1999, N. 71. Vgl. Harris/O'Boyle/Warbrick, Law of the ECHR, S. 679 f.; BSK-Hertig, Art. 16 BV N. 42.

1240 Vgl. EGMR (Grosse Kammer), *Couderc und Hachette Filipacchi Associés gegen Frankreich*, Nr. 40454/07, 10.11.2015, N. 84; EGMR *Standard Verlags GmbH gegen Österreich*, Nr. 13071/03, 2.11.2006, N. 48.

1241 Vgl. m.w.H. Harris/O'Boyle/Warbrick, Law of the ECHR, S. 657 f.

1242 EGMR *Standard Verlags GmbH gegen Österreich*, Nr. 13071/03, 2.11.2006, N. 46 (in Bezug auf die Aufnahme von Bildern). Vgl. Harris/O'Boyle/Warbrick, Law of the ECHR, S. 650 ff. Zur Unterscheidung und der Annahme eines grundsätzlichen Schutzes der Privatsphäre bei Privatpersonen EGMR (Grosse Kammer), *Hannover gegen Deutschland (Nr. 2)*, Nr. 40660/08 und 60641/08, 7.2.2012, N. 110; EGMR (Grosse Kammer), *Axel Springer AG gegen Deutschland*, Nr. 39954/08, 7.2.2012, N. 91.

1243 Etwa BGE 136 I 332 E. 3.2 (m.H. auf die Geltung auch für ausserdienstliches Verhalten); EGMR (Grosse Kammer), *Guja gegen Moldawien*, Nr. 14277/04, 12.2.2008, N. 52, 70 f.; EGMR (Grosse Kammer), *Wille gegen Liechtenstein*, Nr. 28396/95, 28.10.1999, N. 41; EGMR (Grosse Kammer), *Vogt gegen Deutschland*, Nr. 17851/91, 26.9.1995, N. 53. Vgl. Müller/Schefer, Grundrechte in der Schweiz, S. 404 ff.; Dubey, Droits fondamentaux, § 23 Rz. 2252 ff.; Aubert/Mahon, Petit commentaire, Art. 16 BV N. 22; SGK-Rechsteiner/Errass, Art. 16 BV N. 58 ff.

Aus diesen Überlegungen stufte das Bundesgericht disziplinarrechtliche Massnahmen gegen einen Dozenten einer staatlichen Hochschule wegen einer Flugblattaktion (mit zurückhaltend formuliertem Flugblatt) zu einem Thema von öffentlichem Interesse als unzulässigen Eingriff in die Meinungsfreiheit ein.[1245]

Auch **Schülerinnen und Schüler** sowie **Studierende** befinden sich im (Hoch-)Schulkontext in einem Sonderstatusverhältnis. Allerdings hebt das Bundesgericht bereits in seiner älteren Rechtsprechung hervor, dass Schülerinnen und Schüler bzw. Studierende durch die Meinungsfreiheit geschützt sind und für rechtlich zulässige und mit den Pflichten aus dem Sonderstatusverhältnis vereinbare Äusserungen nicht sanktioniert werden dürfen.[1246] M.E. ist mit Blick auf die Relevanz der Meinungsäusserungsfreiheit für die Bildung der Persönlichkeit und der Ausdrucksfähigkeit von Schülerinnen, Schülern und Studierenden[1247] darüber hinaus zu fordern, dass sich aus dem Sonderstatusverhältnis ergebene Einschränkungen – etwa aus didaktischen Überlegungen zur Aufrechterhaltung des Lehrbetriebs[1248] – restriktiv angewendet und präzise begründet werden.[1249] 65

Spezifisch beurteilt wird in der Rechtsprechung darüber hinaus die Meinungsfreiheit von **Ärztinnen** und **Anwälten**: Während bei Ärztinnen die Berufsethik Einschränkungen der Meinungsfreiheit erlaubt,[1250] lassen sich bei Anwälten aufgrund ihrer Funktion in der Rechtspflege Einschränkungen bei justizkritischen Äusserungen eher rechtfertigen, als dies etwa bei Medienschaffenden der Fall wäre.[1251] 66

Besondere Kriterien der Beurteilung der Verhältnismässigkeit hat der EGMR in der Beurteilung von Sanktionen von Arbeitnehmenden für 67

1244 EGMR *Fuentes Bobo gegen Spanien*, Nr. 39293/98, 29.2.2000, N. 48. Vgl. BGE 136 I 332 E. 3.2.2.

1245 BGE 136 I 332 E. 3.3.

1246 BGer vom 24.2.1978, ZBl 79 (1978), S. 505 ff., E. 2a.

1247 Vgl. Mahon, Droit constitutionnel, S. 155 f.; Müller/Schefer, Grundrechte in der Schweiz, S. 409 f. Vgl. aus der US-amerikanischen Rechtsprechung die älteren, aber grundlegenden Urteile *Tinker v. De Moines*, 393 U.S. 503, 511 ff. (1969); *Shelton v. Tucker*, 364 U.S. 479, 487 (1960); *West Virginia v. Barnette*, 319 U.S. 624, 637 (1943).

1248 Dazu CR-Cottier, Art. 16 BV N. 23.

1249 So in der US-amerikanischen Rechtsprechung *Tinker v. De Moines*, 393 U.S. 503, 509 (1969).

1250 Vgl. etwa EGMR *Frankowicz gegen Polen*, Nr. 530255/99, N. 49. Vgl. Grabenwarter/Pabel, EMRK, § 23 N. 32.

Whistleblowing[1252] entwickelt, und zwar unabhängig davon, ob diese öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich angestellt sind.[1253] In diesem Kontext hält der Gerichtshof fest, dass sich der Schutz von Art. 10 EMRK auch auf privatrechtliche Verhältnisse erstreckt[1254] und der Gesetzgeber im Sinne einer Schutzpflicht Personen u.a. vor Einschränkungen ihrer Meinungsfreiheit durch Private zu schützen hat.[1255] Aus diesem Grundsatz leitet der Gerichtshof auch eine minimale Pflicht zum Schutz von Whistleblowerinnen und Whistleblowern ab:[1256] In der Beurteilung der Verhältnismässigkeit von Sanktionen für diese Personen berücksichtigt der EGMR die sog. Guja-Kriterien, d.h., ob alternative Möglichkeiten der Offenlegung von Informationen verfügbar waren,[1257] welches das öffentliche Interesse an der offengelegten Information ist,[1258] ob die Information authentisch ist,[1259] welches die Nachteile für die Arbeitgeberin sind[1260] und ob die Person in gutem Glauben gehandelt hat.[1261] Wie auch in vielen anderen Fällen (N. 74) wird auch hier die Schwere der Sanktion mitberücksichtigt.[1262]

68 Wie in N. 36 erwähnt, erstreckt sich der persönliche Schutzbereich der Meinungsfreiheit in gleichem Masse auch auf **Personen ohne Schweizer Staatsangehörigkeit**. Art. 16 EMRK sieht zwar die Möglichkeit von

1251.M.w.H. auf Art. 10 EMRK BGE 136 I 332 E. 3.2. Vgl. Grabenwarter/Pabel, EMRK, § 23 N. 32 f.

1252.Vgl. spezifisch zum Whistleblowing Junod, La liberté d'expression du whistleblower, S. 227 ff.

1253.Vgl. EGMR (Grosse Kammer), *Halet gegen Luxemburg*, Nr. 21884/18, 14.2.2023, N. 111 f., 155 f.

1254Etwa EGMR (Grosse Kammer), *Halet gegen Luxemburg*, Nr. 21884/18, 14.2.2023, N. 111; EGMR (Grosse Kammer), *Palomo Sanchez u.a. gegen Spanien*, Nr. 28955/06 und drei weitere, 12.9.2011, N. 59.

1255EGMR (Grosse Kammer), *Halet gegen Luxemburg*, Nr. 21884/18, 14.2.2023, N. 111; EGMR (Grosse Kammer), *Palomo Sanchez u.a. gegen Spanien*, Nr. 28955/06 und drei weitere, 12.9.2011, N. 59.

1256EGMR (Grosse Kammer), *Halet gegen Luxemburg*, Nr. 21884/18, 14.2.2023, N. 112 (wobei der Gerichthof festhält, dass der Begriff nicht endgültig definiert ist, a.a.O, N. 156): EGMR (Grosse Kammer), *Guja gegen Moldawien*, Nr. 14277/04, 12.2.2008, N. 80 ff.

1257.EGMR (Grosse Kammer), *Halet gegen Luxemburg*, Nr. 21884/18, 14.2.2023, N. 121 ff.; EGMR (Grosse Kammer), *Guja gegen Moldawien*, Nr. 14277/04, 12.2.2008, N. 73.

1258EGMR (Grosse Kammer), *Halet gegen Luxemburg*, Nr. 21884/18, 14.2.2023, N. 131 ff.; EGMR (Grosse Kammer), *Guja gegen Moldawien*, Nr. 14277/04, 12.2.2008, N. 74.

1259EGMR (Grosse Kammer), *Halet gegen Luxemburg*, Nr. 21884/18, 14.2.2023, N. 124 ff.; EGMR (Grosse Kammer), *Guja gegen Moldawien*, Nr. 14277/04, 12.2.2008, N. 75.

1260EGMR (Grosse Kammer), *Halet gegen Luxemburg*, Nr. 21884/18, 14.2.2023, N. 145 ff.; EGMR (Grosse Kammer), *Guja gegen Moldawien*, Nr. 14277/04, 12.2.2008, N. 76

1261.EGMR (Grosse Kammer), *Halet gegen Luxemburg*, Nr. 21884/18, 14.2.2023, N. 128 ff.; EGMR (Grosse Kammer), *Guja gegen Moldawien*, Nr. 14277/04, 12.2.2008, N. 77

(zusätzlichen) Einschränkungen von u.a. Art. 10 EMRK für die «politische Tätigkeit ausländischer Personen» vor. Eine entsprechende Haltung beeinflusste auch das Verständnis der Meinungs- und Versammlungsfreiheit in der Schweiz lange: So unterstellte der «Bundesratsbeschluss betreffend politische Rede von Ausländern» [1263] die Teilnahme von ausländischen Rednerinnen und Rednern an Versammlungen bis 1998 (!) einer Bewilligungspflicht. Eine zusätzliche Einschränkungsmöglichkeit bzw. grosszügigere Annahme der Zumutbarkeit von Einschränkungen der Meinungsfreiheit lediglich aufgrund der Staatsangehörigkeit gilt jedoch heute zurecht als überholt.[1264]

69 Zu den relevanten, konkreten Umständen, die im Einzelfall für die Beurteilung der Verhältnismässigkeit einer Einschränkung der Meinungsfreiheit mit zu berücksichtigen sind, zählt sodann die **Intensität der Rechtsgutsverletzung**. Um diese zu beurteilen, werden der Kontext, das gewählte Mittel, die Form oder die Auswirkungen der Äusserung im konkreten Fall berücksichtigt: Als Element des **Kontexts** mit einbezogen werden beispielsweise bei der Beurteilung einer mutmasslich persönlichkeitsverletzenden Äusserung dieser vorhergehende Ereignisse etwa im Rahmen einer hitzigen politischen Debatte.[1265] Die gewählte **Form** oder die **Mittel** der Äusserung werden insbesondere bezüglich ihrer **Auswirkungen** auf die betroffenen gegenstehenden Interesse mit einbezogen.[1266] Im Zusammenhang mit dem Schutz etwa der Privatsphäre

1262 EGMR (Grosse Kammer), *Halet gegen Luxemburg*, Nr. 21884/18, 14.2.2023, N. 149 ff.; EGMR (Grosse Kammer), *Guja gegen Moldawien*, Nr. 14277/04, 12.2.2008, N. 78. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts scheint bislang Fragen von Whistleblowing und des Schutzes der offenlegenden Personen primär als eine Frage des Personalrechts bzw. der Verletzung von Art. 320 StGB zu thematisieren. Etwa BGer 6B_305/2011 vom 12.12.2011. Ein entsprechender, leicht ausgebauter Schutz für privatrechtliche Arbeitsverhältnisse wurde vom Parlament 2020 nicht an die Hand genommen. BBl 2013 9513 (Geschäft-Nr. 13.094).

1263 Beschluss des Bundesrates vom 24.2.1948 betreffend politische Reden von Ausländern (AS 1948 119). Vgl. aus dem Jahr 1972 Äusserungen von Bundesrat Furgler im Nationalrat zum Beschluss von 1948 Amt. Bull NR 1972 IV 11, 4.10.1972, 1726. Vgl. SGK-Rechsteiner/Errass, Art. 16 BV N. 25.

1264 Vgl. EGMR (Grosse Kammer), *Perinçek gegen die Schweiz*, Nr. 27510/08, 15.10.2015, N. 121 (mit Verweis auf EGMR *Piermont gegen Frankreich*, Nr. 15773/89 und 15774/89, Bericht der Kommission (1994), N. 58). Zurecht abgelehnt deshalb die Motion Fässler (16.3864) «Bewilligungspflicht für ausländische Redner an politischen Veranstaltungen».

1265 Etwa EGMR *Vereinigung Bildender Künstler gegen Österreich*, Nr. 68354/01, 25.1.2007, N. 34. M.w.H. Cueni, Satire, S. 432 ff.

oder der Persönlichkeitsrechte allgemein wirken sich bestimmte Mittel und Formen der Äusserung besonders intensiv auf die Grundrechtspositionen der Betroffenen aus. Der Auswirkung von Äusserungen mit grosser Reichweite,[1267] und insbesondere der Bildberichterstattung,[1268] trägt die Rechtsprechung entsprechend Rechnung, indem sie grundsätzlich von einer intensiveren Betroffenheit der Persönlichkeitsrechte der jeweiligen Person ausgeht.[1269]

70 Die Beurteilung ehrverletzender Äusserungen und die Verhältnismässigkeit ihrer Einschränkungen spielten in der Praxis eine wichtige Rolle. Zusätzlich zu den Überlegungen zur Schutzwürdigkeit (N. 62), der betroffenen und sich äussernden Personen (N. 63 ff.) sowie dem Kontext (N. 69), ist für die Frage der Zumutbarkeit der Einschränkung von ehrverletzenden Äusserungen regelmässig die Unterscheidung zwischen **Tatsachenbehauptungen** und **wertenden Äusserungen** relevant. Die Zulässigkeit von Äusserungen über Tatsachen beurteilt sich primär danach, ob sie wahr oder unwahr sind.[1270] Während bei Tatsachenbehauptungen die Erbringung des Wahrheitsbeweises zentrales Element für die Zulässigkeit einer (die Ehre tangierenden) Äusserung ist,[1271] gilt in der Rechtsprechung des EGMR das Verlangen eines Wahrheitsbeweises für wertende Äusserungen als nicht zumutbar.[1272] Dabei ist zu beachten, dass der Begriff der Werturteile in der Rechtsprechung des Gerichtshofs weit gefasst wird und etwa auch übertriebene Pauschalurteile mitumfasst.[1273] Die Zumutbarkeit reiner Wertungen beurteilt sich hingegen u.a. danach, ob sich diese auf eine ausreichende sachliche Grundlage stützen können.[1274]

71 Relevant ist in der Rechtsprechung auch die Beurteilung der Verhältnismässigkeit von Einschränkungen der Meinungsfreiheit zum Schutz

1266 EGMR (Grosse Kammer), *Hannover gegen Deutschland (Nr. 2)*, Nr. 40660/08 und 60641/08, 7.2.2012, N. 112 f.; BGE 143 III 297 E. 6.7.1; BGE 126 III 305 E. 4a (Ziele und Mittel).

1267 Etwa EGMR (Grosse Kammer), *Hannover gegen Deutschland (Nr. 2)*, Nr. 40660/08 und 60641/08, 7.2.2012, N. 112 (Art der Darstellung und Präsentation; regionale vs. nationale, weite vs. limitierte Verbreitung).

1268 Wegweisend EGMR (Grosse Kammer), *Hannover gegen Deutschland (Nr. 2)*, Nr. 40660/08 und 60641/08, 7.2.2012, N. 112 f.

1269 Vgl. zum Ganzen Bacher, Medienfreiheit und Persönlichkeitsschutz, Rz. 750 ff.

1270 Vgl. zum Begriff und der notwendigen Tragweite von Wahrheit resp. Unwahrheit BGE 138 III 641 E. 4.1.2

1271 Etwa BGE 137 IV 313 E. 2.4.1 ff. Vgl. Harris/O'Boyle/Warbrick, Law of the ECHR, S. 683, 687 f.

von **Interessen der Allgemeinheit**, wie der öffentlichen Gesundheit,[1275] dem Schutz staatlicher Geheimnisse,[1276] dem Schutz der Integrität der Justiz[1277] oder der öffentlichen Ordnung und Sicherheit.[1278] Letzteres Interesse spielt häufig eine Rolle bei Einschränkungen der Meinungsfreiheit im Kontext der Nutzung des öffentlichen Grunds zu kommunikativen Zwecken. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts hält eine Bewilligungspflicht bei kommunikativer Nutzung des öffentlichen Grunds, welche über den Gemeingebrauch hinausgeht, zum Zweck der Koordinierung für unterschiedliche Nutzungsinteressen (und damit der öffentlichen Ordnung) für grundsätzlich verhältnismässig.[1279] Bei der Überprüfung der Bewilligung oder nicht-Bewilligung von Kundgebungen zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung hat die Rechtsprechung regelmässig zu beurteilen, ob mildere Massnahmen, etwa in Form von Auflagen, Schutzmassnahmen oder örtlichen oder zeitlichen Verschiebungen, möglich gewesen wären.[1280]

Ebenfalls als eine Frage der Verhältnismässigkeit der Einschränkung der Meinungsfreiheit thematisiert wird in der Rechtsprechung des EGMR die 72

1273. EGMR *GRA Stiftung gegen Rassismus und Antisemitismus Schweiz gegen die Schweiz*, Nr. 18597/13, 9.1.2018, N. 68; EGMR *Instytut Ekonomichnykh Reform, Tov gegen die Ukraine*, Nr. 61561/08, 2.6.2016, N. 45, 55. Vgl. umfassend zur Rechtsprechung bzgl. Tatsachenbehauptungen und Wertungen Harris/O'Boyle/Warbrick, Law of the ECHR, S. 684. M.E. problematisch die abweichende Ansicht des Bundesgerichts etwa in Urteil 5A_267/2017 vom 14.12.2017 E. 4.3.

1274. Etwa EGMR *Kharlamov gegen Russland*, Nr. 27447/07, 8.10.2015, N. 30; EGMR (Grosse Kammer), *Lindon, Otchakovsky-Laurens und July gegen Frankreich*, Nr. 21279/02 und 36448/02, 22.10.2007, N. 55. Vgl. Harris/O'Boyle/Warbrick, Law of the ECHR, S. 684 ff.

1272. EGMR *Steel und Morris gegen das Vereinigte Königreich*, Nr. 68416/01, 15.2.2005, N. 87; van Dijk/van Hoof/van Rijn/Zwaak, Theory and Practice of the ECHR, S. 787.

1275. Etwa EGMR *Société de Conception de Presse et d'Edition et Ponson gegen Frankreich*, Nr. 26935/05, 5.3.2009, N. 76 ff.

1276. EGMR *Norman gegen das Vereinigte Königreich*, Nr. 41387/17, 6.7.2021, N. 86 ff. (Verurteilung eines Gefängnismitarbeiters wegen der Weiterleitung interner, vertraulicher Informationen an die Presse als verhältnismässig mit Blick auf die gewichtigen gegenstehenden öffentlichen Interessen und den zugefügten Schaden).

1277. Etwa EGMR *Kozan gegen die Türkei*, Nr. 16695/19, 1.3.2022, N. 59 ff. (Teilen von justizkritischen Artikeln über Facebook zwischen Richtern als nicht verhältnismässige Einschränkung von Art. 10 EMRK).

1278. Etwa BGE 132 I 256 E. 4.4; EGMR (Grosse Kammer), Pentikäinen gegen Finnland, Nr. 11882/10, 20.10.2015, N. 87 ff.

1279. Für viele BGE 135 I 302 E. 3.2 (m.w.H.). A.A. BSK-Hertig, Art. 22 BV N. 17.

1280. Vgl. etwa BGE 132 I 256 E. 3; BGE 127 I 164 E. 3d. Ausführlich dazu OK-Zumsteg zu Art. 22 BV, N. 56 ff.

Frage der **Verantwortlichkeit für Äusserungen Dritter**, insbesondere auf Social-Media-Plattformen.[1281] Die Rechtsprechung sowohl des Bundesgerichts als auch des EGMR widmete sich in letzten Jahren der Frage, ob bzw. unter welchen Kriterien Politikerinnen, Politiker und andere öffentliche Personen für Kommentare unter ihren (öffentlichen) Postings zur Verantwortung gezogen werden können.[1282] Während das Bundesgericht diese Frage der strafrechtlichen Verantwortlichkeit ohne explizite Bezugnahme zur Garantie der Meinungsfreiheit adressierte, setzte sich der Gerichtshof in *Sanchez gegen Frankreich* ausführlich mit der Frage auseinander, wie eine derartige Verantwortlichkeit unter Art. 10 EMRK zu beurteilen sei.[1283] Als relevante Kriterien in der Verhältnismässigkeitsabwägung identifizierte der EGMR – unter Bezugnahme auf seine Rechtsprechung zur Verantwortlichkeit für Kommentare Dritter online[1284] – den Kontext der Äusserungen, die getroffenen Massnahmen durch den Beschwerdeführer, die Möglichkeit, den eigentlichen Urheber zur Verantwortung zu ziehen sowie die Konsequenzen des Verfahrens für den Beschwerdeführer. Besondere Bedeutung kommt in diesem Kontext der Frage zu, inwiefern die Person, welche ein Posting verfasst, zum Monitoring der Kommentare und darauf gestützt einer allfälligen Löschung verpflichtet ist.[1285]

73 Auch eine Frage der Verantwortlichkeit – allerdings für eigene Äusserungen und nicht für Äusserungen Dritter – stellt sich bei der Einschränkung von Meinungsäusserungen für ausgewählte Amtsträger: So gewährleistet Art. 162

1281. Grundsätzlich zur Verantwortlichkeit von Äusserungen Dritter, insb. von Zeitungen, Online-Portalen, u.ä. für Userkommentare vgl. EGMR (Grosse Kammer), *Delfi AS gegen Estland*, Nr. 64569/09, 16.6.2015, Nr. 111 ff.; EGMR *Orlovskaya Iskra gegen Russland*, Nr. 42911/08, 21.2.2017, Nr. 94 ff.; EGMR *Høiness gegen Norwegen*, Nr. 43624/14, 19.3.2019, N. 68 ff. Vgl. ebenfalls in einem leicht anders gelagerten Kontext EGMR *Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete & Index.hu Zrt gegen Ungarn*, Nr. 22947/13, 2.2.2016, N. 54 ff.

1282 EGMR (Grosse Kammer), *Sanchez gegen Frankreich*, Nr. 45581/15, 15.5.2023; BGE 148 IV 188.

1283. Vgl. ausführlich zu den beiden Urteilen Hertig Randall, Responsabilité.

1284 EGMR (Grosse Kammer), *Delfi AS gegen Estland*, Nr. 64569/09, 16.6.2015, Nr. 111 ff.

1285 Sowohl Bundesgericht als auch EGMR gehen davon aus, dass eine Verantwortlichkeit für Kommentare möglich ist, wenn der Autor bzw. die Autorin Kenntnis über deren widerrechtlichen
Charakter hatte. BGE 148 IV 188 E. 3.5.6; implizit EGMR (Grosse Kammer), *Sanchez gegen Frankreich*, Nr. 45581/15, 15.5.2023, N. 195. Der EGMR scheint aber anzudeuten – dass je nach Kontext – ein gewisses Monitoring erforderlich ist. *Sanchez*, N. 185, 194. Dies lehnt das Bundesgericht mangels entsprechender gesetzlicher Grundlage ab. BGE 148 IV 188 E. 3.5.4.

Abs. 1 BV ausgewählten Amtsträgern auf Bundesebene **Immunität** für Äusserungen in den Räten und in deren Organen und schafft in Abs. 2 die Möglichkeit weiterer Formen von Immunität.[1286] So geniessen Mitglieder des Parlaments neben dem absoluten Schutz für Äusserungen in den Räten (vgl. Art. 16 ParlG) gestützt auf Art. 17 f. ParlG zusätzlich eine relative Immunität für Äusserungen in unmittelbarem Zusammenhang mit ihrer parlamentarischen Tätigkeit.[1287] Ähnliche Garantien der Immunität finden sich auch im kantonalen Recht.[1288] Damit können die jeweiligen Personen für grundsätzlich widerrechtliche und damit rechtmässig einzuschränkende Äusserungen in den beschriebenen Zusammenhängen nicht zur Verantwortung gezogen werden.

74 In die Beurteilung der Verhältnismässigkeit eines Eingriffs fliessen zudem die **Art und Höhe** allfälliger **Sanktionen** mit ein.[1289]Als besonders schwerwiegend und deshalb i.d.R. nicht zumutbar erachtet der EGMR strafrechtliche Sanktionen für angeblich ehrverletzende Äusserungen gegenüber Politikerinnen oder Politikern.[1290] Er prüft entsprechende Einschränkungen deshalb besonders präzise.[1291] Im Zusammenhang von Sanktionen für Meinungsäusserungen ist auch ein allfälliger *chilling effect* einer Einschränkung zu berücksichtigen. Relevant sind beispielsweise bei schweren Sanktionen nicht nur die Auswirkungen der Sanktion auf die sanktionierte Person im Einzelfall, sondern auch die Tatsache, dass eine derartige Sanktion weitere Personen vor ähnlichen Äusserungen in der Zukunft abschrecken kann.[1292]

1286 Vgl. ausführlich BSK-Thurnherr, Art. 162 BV N. 14 ff.

1287 Vgl. zum Strafverfolgungsprivileg gemäss Art. 17 f. ParlG Nussbaumer, Kommentar ParlG, Art. 17 ParlG N. 13 ff.

1288 Für viele etwa § 79 Abs. 1 KV-BS; Art. 85 KV-GE; Art. 65 Abs. 1 KV-SO.

1289 EGMR *Steel und Morris gegen das Vereinigte Königreich*, Nr. 68416/01, 15.2.2005, N. 96; EGMR (Grosse Kammer), *Cumpănă und Mazăre gegen Rumänien*, Nr. 33348/96, 17.12.2004, N. 111 ff.

1290 Etwa EGMR *Vereinigung Bildender Künstler gegen Österreich*, Nr. 68354/01, 25.1.2007, N. 34; EGMR (Grosse Kammer), *Cumpănă und Mazăre gegen Rumänien*, Nr. 33348/96, 17.12.2004, N. 115. Vgl. schon EGMR (Plenary), *Lingens gegen Österreich*, Nr. 9815/82, 8.7.1986, N. 41 ff. Vgl. Clayton/Tomlinson, The Law of Human Rights, Rn. 15.321.

1291 Vgl. EGMR (Grosse Kammer), *Cumpănă und Mazăre gegen Rumänien*, Nr. 33348/96, 17.12.2004, N. 111 ff.

1292 EGMR (Grosse Kammer), *Cumpănă und Mazăre gegen Rumänien*, Nr. 33348/96, 17.12.2004, N. 114 ff. Vgl. dazu auch Grabenwarter/Pabel, EMRK, § 23 N. 29. Weitere Ausführungen zum Begriff des *chilling effect* oben N. 51.

D. Objektiv-rechtliche Dimension der Meinungsfreiheit

1. Verwirklichung der Meinungsfreiheit

75 Gemäss Art. 35 Abs. 1 BV sollen die Grundrechte als objektive Grundsatznormen in der ganzen Rechtsordnung zur Geltung kommen. Die Meinungsfreiheit wirkt damit nicht nur als subjektiv-rechtlicher Gehalt, der dem Individuum Ansprüche auf Abwehr, Schutz oder Leistung vermittelt, sondern sie verpflichtet in ihrer **objektiv-rechtlichen Dimension** die Behörden auch, die erforderlichen Massnahmen für ihre Verwirklichung zu treffen.[1293]

76 So konkretisiert sich die Meinungsfreiheit zum einen als Richtschnur der Auslegung und Anwendung einfachgesetzlicher Bestimmungen. Dies betrifft in der Rechtsprechung häufig die **grundrechtskonforme Auslegung**[1294] der gesetzlichen Bestimmungen zum Schutz von persönlichkeits- bzw. ehrverletzenden Äusserungen des Zivil-[1295] und des Strafrechts[1296] und betrifft regelmässig entsprechende Äusserungen in den Medien.[1297]

77 In ihrer **programmatischen Dimension** verpflichtet die Meinungsfreiheit den Gesetzgeber in Anwendung von Art. 35 Abs. 1 BV zu einer grundrechtskonformen und die Grundrechte verwirklichenden Gesetzgebung, welche einen Kommunikationsrahmen sichert, in welchem das Grundrecht die ihm zugedachten individuellen und gesellschaftlichen Funktionen wahrnehmen kann.[1298] Im Vordergrund der Diskussion stehen hierbei die Gewährleistung eines Minimums an kommunikativer Chancengleichheit,[1299] etwa über die Bereitstellung notwendiger technischer Infrastruktur oder der

---

1293 Vgl. Schefer, Kommunikationsgrundrechte, Rz. 29 ff. Vgl. zur programmatischen und flankierenden Dimension von Grundrechten allgemein, Müller, Verwirklichung, S. 95 ff. Das Bundesverfassungsgericht weist daraufhin, dass die objektiv-rechtliche Wirkung der Grundrechte der «Verstärkung ihrer Geltungskraft als individuelle Rechte» diene (BVerfGE 50, 290 (337)).

1294 Vgl. BGE 132 II 641 E. (mit dem Hinweis darauf, dass es ein allgemeiner Grundsatz ist, dass Bundesgesetze verfassungskonform auszulegen sind).

1295 Etwa BGE 138 III 641 E. 4.2.1.

1296 Etwa BGE 131 IV 160. Grundlegend zu dieser Wirkung der Grundrechte im deutschen Verfassungsrecht BVerfGE 7, 198 (206 ff.).

1297 Vgl. mit Details zur Rechtsprechung diesbezüglich OK-Piolino/Cueni zu Art. 17 BV, N. 58.

1298 Vgl. im Kontext von Art. 5 GG Hoffmann-Riem, Kommunikationsfreiheiten, Art. 5 Abs. 1, 2 GG N. 40; GGK-Kaiser, Art. 5 I, II GG N. 189, 194 ff.

1299 Hoffmann-Riem, Kommunikationsfreiheiten, Art. 5 Abs. 1, 2 GG N. 42.

Gewährung des Zugangs zu den relevanten Kommunikationskanälen[1300] oder auch über das Treffen nötiger Schutzvorkehrungen.[1301] Im Bereich von Radio und Fernsehen stellen sich darüber hinaus Fragen der Sicherung «pluralistischer Vielfalt».[1302]

2. Objektiv-rechtliche Dimension bei der Internet-Kommunikation im Besonderen

Aktuell werfen insbesondere die **Internet-Kommunikation** und in diesem Zusammenhang auftretende Gefährdungen für die öffentliche Kommunikation und relevante Kommunikationsstrukturen Fragestellungen der Verwirklichung der Kommunikationsgrundrechte auf.[1303] So wird in der Lehre argumentiert, dass konkrete Gefährdungen für die gesellschaftliche Kommunikation durch neue Kommunikationsstrukturen und -phänomene die Behörden dazu verpflichten könnten, zum Schutz der relevanten kommunikationsgrundrechtlichen Prozesse und Strukturen[1304] konkrete Massnahmen zu treffen und regulierend einzugreifen.[1305] 78

Erste **Regelungen** in dieser Hinsicht – so etwa das deutsche NetzDG[1306] und später der «Digital Services Act» der EU (DSA)[1307] – fokussieren auf Anbieter grosser Plattformen (primär soziale Netzwerke und Suchmaschinen) und formulieren ihnen gegenüber Anforderungen bezüglich der Durchsetzung von (bereits geltenden) Rechtsnormen.[1308] Neben Anforderungen an die Löschung von rechtswidrigen Inhalten[1309] und Vorschriften der Transparenz[1310] beinhalten die relevanten Bestimmungen des DSA (und die durch ihn 79

1300 Peduzzi, Meinungs- und Medienfreiheit, S. 322 ff.

1301 GGK-Kaiser, Art. 5 I, II GG N. 195 f. (mit Blick auf Risiken der technischen Überwachung bei der Internet-Kommunikation).

1302 Grote/Wenzel, EMRK/GG KK, Kap. 18 N. 21 ff. Vgl. Peduzzi, Meinungs- und Medienfreiheit, S. 333 ff.; Dubey, Droits fondamentaux, § 23 Rz. 2078.

1303 Vgl. für die Deutsche Lehre GGK-Kaiser, Art. 5 I, II GG N. 195 f.

1304 Vgl. Hoffmann-Riem, Kommunikationsfreiheiten, Art. 5 Abs. 1, 2 GG N. 45.

1305 Pille, Meinungsmacht, S. 300 ff.; Schefer/Cueni, Öffentlichkeit im Wandel, S. 42 ff.

1306 Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (Netzwerkdurchsetzungsgesetz, NetzDG) vom 1.9.2017 (BGBl. I S. 3352).

1307 Verordnung (EU) 2022/2065 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19.10.2022 über einen Binnenmarkt für digitale Dienste und zur Änderung der Richtlinie 2000/31/EG (Gesetz über digitale Dienste).

1308 Art. 8 ff. DSA (und früher § 2 ff. NetzDG).

1309 Art. 8 DSA (und früher § 3 (2) NetzDG).

1310 Art. 15 und 24 DSA (und früher § 2 und 3 NetzDG).

abgelösten Normen im NetzDG) u.a. auch eine Verpflichtung der jeweiligen Anbieter zur Festlegung von Kontaktpersonen und konkreten Verfahren, in welchen betroffene Personen etwa gegen einen gelöschten (oder nicht gelöschten) Inhalt auf einer Plattform vorgehen können.[1311] Letztere Massnahmen können als ein Versuch gewertet werden, Gehalte der Meinungsfreiheit über die Schaffung von Verfahren zu sichern.[1312]

80 Für Meinungsäusserungen im Vorfeld von **Wahlen** verpflichten die entsprechenden französischen Bestimmungen[1313] die Betreiber von Online-Plattformen, in den drei Monaten vor den Wahlen Transparenz bezüglich der Urheber von Informationen, von Geldflüssen sowie der Verwendung persönlicher Daten der Benutzer im Zusammenhang mit der politischen Willensbildung zu schaffen.[1314] Zudem wird die Möglichkeit vorgesehen, gerichtlich gegen unvollständige, falsche oder irreführende Informationen auf diesen Plattformen vorzugehen.[1315] Frankreich versucht mit diesen Bestimmungen die gesellschaftliche Kommunikation in der Vorbereitung auf konkrete demokratische Entscheide – und damit besonders sensible und sich im Kern der Anliegen der Kommunikationsgrundrechte befindliche Gehalte – gegen manipulierende Einflüsse abzusichern.

81 In einem rechtlich diffusen Bereich sind sodann die bereits seit 2016 (überarbeitet im Jahr 2022) respektive 2018 bestehenden **informellen Absprachen**[1316] zwischen der EU(-Kommission) und Anbietern von grösseren Plattformen anzusiedeln.[1317] In zwei Verhaltenskodizes verpflichten sich die

1311. Art. 14 ff. und 20 ff. DSA (und früher § 3, 3b NetzDG).

1312. Zur Relevanz dieser Anforderung Schefer/Cueni, Öffentlichkeit im Wandel, S. 65, 67. Vgl. oben N. 31. Vgl. mit einer Einschätzung und Kritik dieser und ähnlicher Bestimmungen unten N. 85 ff.

1313. LOI n° 2018-1202 du 22 décembre 2018 relative à la lutte contre la manipulation de l'information.

1314. Article 1er, Art. L. 163-1 Loi relative à la lutte contre la manipulation de l'information. Vgl. auch Article 11 desselben Gesetzes.

1315. Article 1er, Art. L. 163-2 Loi relative à la lutte contre la manipulation de l'information.

1316. 2022 Strengthened Code of Practice on Disinformation der EU Kommission vom 16.6.2022, abrufbar unter 2022 Strengthened Code of Practice on Disinformation | Shaping Europe's digital future (europa.eu) (Weiterentwicklung des Code of Practice on Disinformation der EU-Kommission vom 26.9.2018, abrufbar unter: https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/code-practice-disinformation); EU Code of Conduct on Countering Illegal Hate Speech Online vom 30.6.2016 (abrufbar unter: https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/combatting-discrimination/racism-and-xenophobia/eu-code-conduct-countering-illegal-hate-speech-online_en).

unterzeichnenden Anbieter, gegen illegalen *hate speech*[1318] und Falschinformationen vorzugehen. Aufgrund ihrer unklaren Rechtsnatur, der relativ breiten Anwendbarkeit auf nur vage definierte Inhalte, sowie der offenen Fragen etwa bezüglich der Zugänglichkeit von Löschungsverfahren sind diese Absprachen aus dem Blickwinkel der Meinungsfreiheit tendenziell als problematisch einzustufen.[1319]

Rechtlich bislang ungeklärt ist die Frage, inwiefern zum Schutz kommunikationsgrundrechtlicher Strukturen rechtliche Rahmenbedingungen für grosse Plattformen bezüglich der **Löschung oder Sperrung von Inhalten und Konten** für «legale» Äusserungen gestützt auf eigene «Hausregeln» notwendig sind. In der Literatur wird in der Regel davon ausgegangen, dass entsprechende Löschungen oder Sperren gestützt auf die Wirtschaftsfreiheit der Betreiber grundsätzlich zulässig seien,[1320] die Betreiber aufgrund ihrer marktmächtigen Stellung jedoch Anforderungen an Verfahren und einen grundsätzlich rechtsgleichen und diskriminierungsfreien Zugang zu gewährleisten haben.[1321] In den Vereinigten Staaten werden in jüngster Zeit in verschiedenen Staaten Bestimmungen erlassen, welche jegliches Löschen, aber auch Sortieren oder Kennzeichnen von (rechtlich zulässigen) Beiträgen gestützt auf den Inhalt der Äusserung durch die Plattformbetreiber stark einschränken.[1322] Dies mit dem Argument, dass die Löschung (aber etwa auch die Markierung als «falsch» oder die Sortierung) rechtlich zulässiger Äusserungen wegen ihres Inhalts gegen die im Ersten Zusatzartikel zur 82

1317. Mit einer Einordnung dieser Instrumente der Regulierung Schefer, Kommunikationsgrundrechte, Rz. 49 f.

1318. Als «*hate speech*» i.S. des Code of Conduct gilt «die öffentliche Aufstachelung zu Gewalt oder Hass gegen eine nach den Kriterien der Rasse, Hautfarbe, Religion, Abstammung oder nationale oder ethnische Herkunft definierte Gruppe von Personen oder gegen ein Mitglied einer solchen Gruppe». Vgl. so die Umschreibung in Art. 1 Ziff. 1 lit. a des Rahmenbeschlusses 2008/913/JI des Rates der europäischen Union vom 28. November 2008.

1319. Schefer/Cueni, Öffentlichkeit im Wandel, S. 24 f. Vgl. zum Code of Practice on Disinformation auch Cueni, Falschinformationen, S. 16.

1320. Vgl. Augsberg/Petras, Deplatforming als Grundrechtsproblem, S. 98 f.; Mörsdorf, Beitragslöschungen und Kontosperrungen, S. 3159 ff. Mit Hinweisen auf die unterschiedlichen Lehrmeinungen in Deutschland BGH, Urteil vom 29.7.2021 – III ZR 179/20, Rz. 57 f.

1321. Pille, Meinungsmacht, S. 360 f.; Kellner, Meinungsmacht, S. 285 ff.; Schefer/Cueni, Öffentlichkeit im Wandel, S. 66, 68. Kritischer Augsberg/Petras, Deplatforming als Grundrechtsproblem, S. 103.

1322. S.B. 7072 (Fla. 2021); Tex. H.B. 20, 87th Sess. (Tex. 2021).

Verfassung der Vereinigten Staaten verbriefte Meinungsfreiheit verstiessen.[1323] Während das entsprechende texanische Gesetz vom Court of Appeals for the 5th Circuit im September 2022 als zulässig eingestuft wurde,[1324] erachtete der Court of Appeals for the 11th Circuit eine ähnliche Bestimmung aus Florida im Mai 2022 noch für verfassungswidrig.[1325] Unter diesen Umständen erscheint ein klärendes Urteil des US Supreme Court in der näheren Zukunft wahrscheinlich.[1326]

83 Vom U.S. Supreme Court nicht abschliessend beantwortet wurden im Sommer 2023 Fragen im Zusammenhang mit der algorithmischen Sortierung und Empfehlung von Beiträgen gestützt auf Such- und Ansichtsverlauf auf Social-Media-Plattformen.[1327] In zwei Fällen warfen die Beschwerdeführer verschiedenen Social-Media-Plattformen vor, ihren Nutzerinnen und Nutzern über den verwendeten **Algorithmus** Inhalte basierend auf vergangenen Suchen vorzuschlagen und so Terrorismus zu fördern und zu unterstützen.[1328] Diesbezüglich hielt das Gericht in *Twitter, Inc. v. Taamneh* fest, dass die Handlungen des Empfehlens und Sortierens durch die grossen Plattformen nicht die durch das Gesetz geforderte Qualität und Intensität der Begünstigung aufwiesen und deshalb eine Verantwortlichkeit der Plattformen im vorliegenden Fall auszuschliessen sei.[1329] Mangels substantiierter Begründung wurde die Angelegenheit in *Gonzalez* an die Vorinstanz zurückgewiesen mit dem Auftrag, die Überlegungen aus *Twitter, Inc. v. Taamneh* auf den Fall anzuwenden.[1330] Entsprechend blieb die in *Gonzalez v. Google* aufgeworfene, spannende Frage offen, ob die Anbieter der Plattformen bestimmte Verpflichtungen in der Ausgestaltung der Feeds und algorithmisierten Empfehlungen einzuhalten haben,[1331] und – damit verknüpft

1323 *NetChoice v. Paxton*, No. 21-51178 (5th Cir. 2022); *NetChoice, LLC, et al. v. Attorney General, State of Florida, et al.*, No. 21-12355 (11th Cir. 2022).

1324 *NetChoice v. Paxton*, No. 21-51178, S. 16 ff. (5th Cir. 2022).

1325 *NetChoice, LLC, et al. v. Attorney General, State of Florida, et al.*, No. 21-12355, S. 19 ff. (11th Cir. 2022).

1326 Vgl. etwa Barnes/Marimow, A landmark Supreme Court fight over social media now looks likely, Washington Post vom 19.9.2022 (https://www.washingtonpost.com/politics/2022/09/19/texas-florida-social-media-laws/).

1327 *Twitter, Inc. v. Taamneh*, 598 U.S. 471 (2023); *Gonzalez v. Google LLC*, 598 U.S. 617 (2023).

1328 *Twitter, Inc. v. Taamneh*, 598 U.S. 471 (2023) (slip op., 2 ff.); *Gonzalez v. Google LLC*, 598 U.S. 617 (2023) (per curiam) (slip op., 1 f.). Relevante Bestimmung: 18 U.S.C. § 2333 (d)(2).

1329 *Twitter, Inc. v. Taamneh*, 598 U.S. 471 (2023) (slip op., 8 ff.).

1330 *Gonzalez v. Google LLC*, 598 U.S. 617 (2023) (*per curiam*).

– ob die Erstellung eines Feeds «nur» ein Angebot von Inhalten Dritter darstellt, oder ob damit selbst ein Akt der Äusserung verknüpft ist.[1332]

Noch weitgehend unklar ist auch die Frage, ob – und falls ja, wie – aus kommunikationsgrundrechtlicher Perspektive mit der engen Verknüpfung zwischen der **wirtschaftlichen Macht** der wenigen grossen Plattformbetreiber und ihrer ebenso bedeutsamen Macht bzw. Hoheit über Kommunikationsräume und damit Kommunikationsinhalte rechtlich umzugehen ist.[1333] Gleiches gilt für die Frage nach der Gebotenheit oder allfälligen Notwendigkeit staatlicher Regulierung im Umgang mit der algorithmischen Sortierung von Kommunikationsinhalten[1334] oder der Frage, inwiefern Kennzeichnungspflichten oder Obergrenzen für Beiträge bei maschinell generierten Äusserungen sinnvolle Massnahmen sein können.[1335] 84

Wichtig scheint im Umgang mit diesen ungeklärten Fragen allgemein, dass der Zweck allfälliger (künftiger) Regulierungsmodelle nicht vergessen geht. Entsprechende Ansätze sollen relevante Kommunikationsprozesse und -strukturen sichern und so die individuellen und gesellschaftlichen Funktionen der Meinungsfreiheit garantieren. Aus diesem Regulierungszweck lassen sich so auch **Anforderungen** formulieren, wie diese **Regulierungsansätze** auszugestalten oder eben nicht auszugestalten sind. 85

So wäre es m.E. unzulässig, Anbieter von Plattformen zur Löschung oder sonstigen Moderation von «**Falschinformationen**» zu verpflichten. Eine derartige Pflicht des Vorgehens gegen «falsche» Äusserungen stünde im Widerspruch zu einem der zentralen Gedanken der Meinungsfreiheit, wonach das Mittel gegen falsche und schädliche Äusserungen grundsätzlich nicht Verbote, sondern die Gegenrede sind[1336] und entsprechend einer staatlichen 86

1331. Spannend insofern, als damit die Frage verknüpft ist, ob § 230 (c)(1) des Communications Decency Act (47 U.S.C. § 2) enger auszulegen oder zu formulieren sei. Die Bestimmung garantiert den Anbietern der Plattformen Immunität bezüglich der auf ihren Diensten geposteten Inhalte insofern als diese gemäss der Bestimmung weder als Verleger noch als Redner zu verstehen sind.

1332. Vgl. dazu die Vorinstanz in *Gonzalez v. Google LLC*, 2 F.4th 871, 880 ff. (9th Cir. 2021). Vgl. dazu schon oben Rz. 25 und 45.

1333. Dazu etwa Hoffmann-Riem, Regelungsstrukturen, S. 533 ff. Vgl. auch Pille, Meinungsmacht, S. 335 ff.

1334. Dazu etwa Kellner, Meinungsmacht, S. 281 ff.; Pille, Meinungsmacht, S. 362 f.

1335. Mit einer Kennzeichnungspflicht § 18 (3) Medienstaatsvertrag. Vgl. m.w.H. Schefer/Cueni, Öffentlichkeit im Wandel, S. 71.

«Wahrheitspolizei» mit grossem Misstrauen begegnet wird. Aus diesen Gründen mag eine derartige Kennzeichnungspflicht in spezifischen Situationen – etwa im sensiblen Umfeld im Vorfeld von Wahlen und Abstimmungen[1337] – zu rechtfertigen sein; als allgemeine Pflicht wäre eine solche jedoch nicht als zulässig einzustufen.[1338]

87 Aus ähnlichen Überlegungen mag beispielsweise auch eine **Klarnamenpflicht** für Interaktionen auf sozialen Netzwerken als Massnahme gegen (oft anonym abgegebene) hetzerische, ehrverletzende oder ähnliche «schädliche» Äusserungen zunächst sinnvoll erscheinen.[1339] Eine derartige Pflicht würde jedoch (bevor überhaupt die Problematik der Um- und Durchsetzung angesprochen wird) der Idee widersprechen, wonach die Meinungsfreiheit gerade auch das Recht anonymer Äusserungen schützt.[1340]

III. INFORMATIONSFREIHEIT (ART. 16 ABS. 1 UND 3 BV)

A. Aktive und passive Informationsfreiheit

88 Art. 16 Abs. 1 BV schützt neben der Meinungsfreiheit die **Informationsfreiheit** und garantiert – konkretisiert in Abs. 3 derselben Bestimmung – jeder Person das Recht, Informationen frei zu empfangen, aus allgemein zugänglichen Quellen zu beschaffen und zu verbreiten.

89 Die so formulierte Informationsfreiheit garantiert einerseits die **passive Informationsfreiheit** (auch Empfangsfreiheit genannt[1341]) und schützt damit das Recht des Einzelnen, Informationen ohne Eingriffe des Staats zu empfangen.[1342]

90 Andererseits schützt Art. 16 Abs. 1 und 3 BV auch die **aktive Informationsfreiheit** und damit ein Recht auf Zugang zu staatlichen

1336. Vgl. oben N. 16 ff.

1337. Vgl. LOI n° 2018-1202 du 22 décembre 2018 relative à la lutte contre la manipulation de l'information; kritisch Cueni, Falschinformationen, S. 13. In diese Richtung auch CR-Cottier, Art. 16 BV N. 57.

1338. In die gleiche Richtung Saxer/Kollenberg, Fake News, Wahrheitspflicht, Lüge.

1339. Vgl. dazu etwa Braam, Die anonyme Meinungsäusserung, S. 1 f.; CR-Cottier, Art. 16 BV N. 56.

1340. Explizit so in Bezug auf Äusserungen im Internet OLG Hamm Beschluss I-3 U 196/10 vom 3.8.2011, E. 1. Das Anliegen der Anonymität auch erkennend BGE 147 III 185 E. 4.3.1. M.H. auf die deutsche Rechtsprechung GGK-Kaiser, Art. 5 I, II GG N. 65.

Informationen. Allerdings ist diese aktive Seite des Grundrechts gemäss Abs. 3 der Bestimmung auf Informationen «aus allgemein zugänglichen Quellen» beschränkt. Damit bestätigt der Wortlaut der Verfassung die alte Rechtsprechung des Bundesgerichts, wonach die Informationsfreiheit keine staatliche Pflicht begründe, «dass die Behörden über ihre Tätigkeit zu informieren hätten» und sich deshalb ein Recht auf Zugang auf «allgemein zugängliche Quellen» beschränke.[1343] An diesem Grundsatz hält die bundesgerichtliche Rechtsprechung bis heute fest.[1344]

Welche Quellen als allgemein zugänglich gelten, ergibt sich primär aus dem einfachen **Gesetzesrecht**.[1345] Als allgemein zugänglich gelten etwa bestimmte Register,[1346] (grundsätzlich) Parlamentsverhandlungen[1347] oder öffentliche Gerichtsverhandlungen,[1348] nicht aber etwa das Mitberichtsverfahren[1349] oder Beratungen der parlamentarischen Kommissionen.[1350] Damit überlässt die Verfassung die Konkretisierung dieses Teilgehalts der aktiven Informationsfreiheit (weiterhin) dem Gesetzgeber.[1351] 91

B. Grundsatz der Öffentlichkeit der Verwaltung

Faktisch wird die Beschränkung auf allgemein zugängliche Quellen auf Bundesebene seit 2006 durch das **Öffentlichkeitsgesetz des Bundes** (BGÖ) 92

1342 Vgl. Biaggini, Art. 16 BV N. 10; BSK-Hertig, Art. 16 BV N. 20. Aus der Empfangsfreiheit und dem Recht auf Informationsbeschaffung hat das deutsche Bundesverfassungsgericht in BVerfGE 90, 27 (Parabolantenne I) eine indirekte Drittwirkung der Informationsfreiheit in privaten Mietverhältnissen anerkannt.

1341 Etwa BGE 137 I 8 E. 2.3.1. Vgl. Botschaft BV, BBl 1997 I 1, S. 159; BSK-Hertig, Art. 16 BV N. 20 ff.

1343 BGE 137 I 8 E. 2.3.1; BGE 127 I 145 E. 4c aa; zurückgehend auf BGE 104 Ia 88 E. 5c. Vgl. oben N. 5.

1344 Aus der jüngeren Rechtsprechung etwa BGer 1C_462/2018 vom 17.4.2019, E. 4.

1345 BGE 137 I 8 E. 2.3.1. Vgl. Aubert/Mahon, Petit commentaire, Art. 16 N. 10; Biaggini, Art. 16 BV N. 10; Müller/Schefer, Grundrechte in der Schweiz, S. 523 ff.; BSK-Hertig, Art. 16 BV N. 25.

1346 BGE 127 I 145, 4c aa f. (Bundesarchiv); BGE 124 I 176 E. 6 (kantonales Handels- und Steuerregister).

1347 Art. 4 ParlG. M.w.H. Biaggini, Art. 16 BV N. 10.

1348 BGE 139 I 129 E. 3.3; BGE 137 I 16 E. 2.2.

1349 Art. 21 RVOG («Die Verhandlungen des Bundesrates und das Mitberichtsverfahren gemäss Artikel 15 sind nicht öffentlich. Die Information richtet sich nach Artikel 10.»).

1350 Art. 47 Abs. 1 ParlG («Die Beratungen der Kommissionen sind vertraulich; insbesondere wird nicht bekannt gegeben, wie die einzelnen Teilnehmerinnen und Teilnehmer Stellung genommen oder abgestimmt haben.»). Vgl. zum Ganzen BGE 127 I 145 E. 4 c) aa).

stark relativiert: Mit dem Inkrafttreten des Gesetzes im Jahr 2006 wurde auf Gesetzesebene im Bund der Wechsel vom Prinzip der Geheimhaltung hin zum Grundsatz der Öffentlichkeit der Verwaltung vollzogen.[1352] So gewährleistet das BGÖ heute in Art. 6 Abs. 1 BGÖ jeder Person ein Recht, amtliche Dokumente einzusehen und von den Behörden Auskünfte über den Inhalt amtlicher Dokumente zu erhalten. Dieses Zugangsrecht ist nicht vom Bestehen konkreter Einsichtsinteressen abhängig, sondern ist sogenannt «voraussetzungslos» gewährleistet.[1353] Während das Recht nicht absolut gilt, sondern im Einzelfall bei gegenstehenden privaten oder öffentlichen Geheimhaltungsinteressen eingeschränkt werden kann,[1354] so verankert das BGÖ doch den Grundsatz,[1355] dass Informationen aller vom Anwendungsbereich des Gesetzes erfassten Behörden[1356] grundsätzlich öffentlich zugänglich sind.

93 Während für den Zugang zu amtlichen Dokumenten gemäss Art. 17 Abs. 1 BGÖ bisher «in der Regel eine **Gebühr** erhoben» wurde, sieht die revidierte Bestimmung seit November 2023 vor, dass «in Verfahren für den Zugang zu amtlichen Dokumenten [...] keine Gebühren erhoben» werden. Diese Änderung vom Grundsatz der Gebührenpflicht zum Grundsatz der Gebührenfreiheit ist zu begrüssen.[1357]

94 Auch auf **kantonaler Ebene** fand in den letzten Jahren eine stetige Entwicklung statt hin zur Verankerung eines Grundsatzes der Öffentlichkeit der Verwaltung. So garantiert heute eine überwiegende Mehrzahl der Kantone das Öffentlichkeitsprinzip und damit ein grundsätzlich voraussetzungsloses Recht auf Zugang zu amtlichen Informationen der Verwaltung in der Kantonsverfassung oder verankert ein solches auf Gesetzesebene.[1358]

1351. BGE 127 I 145 E. 4c aa; Müller/Schefer, Grundrechte in der Schweiz, S. 523; Biaggini, Art. 16 BV N. 10; BSK-Hertig, Art. 16 BV N. 25.

1352. Botschaft BGÖ, BBl 2003 1963, S. 1976, 2001.

1353. Mahon/Gonin, HK BGÖ, Art. 6 BGÖ N. 22; Botschaft BGÖ, BBl 2003 1963, S. 1976, 2001.

1354. Art. 7 f. BGÖ. Vgl. Botschaft BGÖ BBl 2003 1963, S. 2004 ff.

1355. Vgl. zur Bedeutung Cottier, Le droit d'accès aux documents officiels, S. 151 ff.; Mahon/Gonin, HK BGÖ, Art. 6 BGÖ N. 11.

1356. Art. 2 BGÖ. Vgl. Botschaft BGÖ, BBl 2003 1963, S. 1985 ff.

1357. Vgl. zum Ganzen Cueni, Gebühren(-freiheit) für Zugangsgesuche gestützt auf das Öffentlichkeitsgesetz des Bundes, S. 57 ff.

1358. Vgl. mit Hinweisen auf die einzelnen Kantone Schefer/Cueni, Informationsfreiheit, Rz. 39 ff.; CR-Cottier, Art. 16 Cst. N. 37.

Eine Entwicklung hin zur grundsätzlichen Öffentlichkeit von amtlichen Informationen als Teilgehalt der Informationsfreiheit lässt sich auch im **Völkerrecht** feststellen[1359]: So anerkennt insbesondere[1360] auch der EGMR in jüngerer Rechtsprechung ein grundsätzliches Recht auf Zugang zu amtlichen Informationen als Teilgehalt von Art. 10 EMRK.[1361] Voraussetzung für einen Anspruch auf Zugang zu behördlichen Informationen ist gemäss EGMR, dass der Zugang zur Information eine notwendige Voraussetzung für die Ausübung der Meinungsfreiheit respektive der Pressefreiheit darstellt.[1362] Sodann sei insbesondere dann von einem Zugangsrecht auszugehen, wenn die ersuchte Information einem öffentlichen Interesse dient oder ein Thema von gesellschaftlichem Interesse betrifft,[1363] die Gesuchstellerin oder der Gesuchsteller eine gesellschaftliche Kontrollfunktion innehat und die nachgesuchte Information bereits als solche vorliegt und leicht verfügbar ist.[1364] 95

C. Weiterentwicklung der aktiven Informationsfreiheit?

Mit Blick auf die in N. 92 bis 95 geschilderten Entwicklungen der letzten Jahre und Jahrzehnte[1365] ist fraglich, ob eine Beschränkung der aktiven Informationsfreiheit auf den Zugang zu «allgemein zugänglichen Quellen» heute noch haltbar ist. Vielmehr drängt sich eine **Weiterentwicklung der Informationsfreiheit** aus Art. 16 Abs. 1 und 3 BV auf. Die jüngsten 96

1359 Vgl. Schefer/Cueni, Informationsfreiheit, Rz. 47 ff.

1360 Ähnliche Entwicklungen sind auch im Rahmen von UNO-Pakt II und der AMRK zu beobachten. Zu Art. 19 UNO-Pakt II (i.V.m. Art. 25 UNO-Pakt II) etwa *Rodríguez Castañeda gegen Mexiko*, CCPR/C/108/D/2202/2012 (2013); zu Art. 13 AMRK etwa *Claude Reyes u.a. gegen Chile*, No. 151 (2006).

1361 EGMR *Association BURESTOP 55 u.a. gegen Frankreich*, Nr. 56176/18 und 5 weitere, 1.7.2021, N. 79 f., 107 ff.; *Cangı gegen die Türkei*, Nr. 24973/15, 29.1.2019, N. 30 ff.; EGMR (Grosse Kammer), *Magyar Helsinki Bizottság gegen Ungarn*, Nr. 18030/11, 8.11.2016, N. 157 ff.

1362 EGMR (Grosse Kammer), *Magyar Helsinki Bizottság gegen Ungarn*, Nr. 18030/11, 8.11.2016, N. 157 ff. Vgl. Flückiger/Junod, La reconnaissance d'un droit d'accès aux informations, Rz. 13 ff. (mit der Schlussfolgerung, dass kein Anspruch bestehe, wenn die nachgesuchte Information der Ausübung eines anderen Grundrechts, etwa von Art. 2 der 8 EMRK, dient).

1363 EGMR (Grosse Kammer), *Magyar Helsinki Bizottság gegen Ungarn*, Nr. 18030/11, 8.11.2016, N. 160 ff.

1364 EGMR (Grosse Kammer), *Magyar Helsinki Bizottság gegen Ungarn*, Nr. 18030/11, 8.11.2016, N. 169 f. Vgl. zum Ganzen Flückiger/Junod, La reconnaissance d'un droit d'accès aux informations, Rz. 11 ff.

1365 Vgl. zum Ganzen auch CR-Cottier, Art. 16 N. 35 ff.

Entwicklungen legen ein Verständnis der Informationsfreiheit nahe, wonach der Wortlaut von Art. 16 Abs. 3 BV lediglich einen Aspekt der Informationsfreiheit ausdrückt, das Recht aber heute – aus Art. 16 Abs. 1 BV hergeleitet – weiter zu verstehen wäre i.S. eines grundsätzlichen Anspruchs auf Zugang zu amtlichen Informationen, unabhängig davon, ob diese als allgemein zugänglich gelten oder nicht.[1366] Dies hätte konkret zur Folge, dass sich der grundrechtlich geschützte Anspruch auf Zugang zu amtlichen Informationen grundsätzlich auf alle behördlichen Informationen erstrecken würde und nicht mehr nur auf Informationen beschränkt wäre, die vom Gesetzgeber als öffentlich zugänglich eingestuft werden – dies gälte insbesondere für diejenigen Kantone, welche aktuell noch nicht vom Öffentlichkeitsprinzip ausgehen.[1367] Weiter müssten sich Einschränkungen des Zugangsrechts auf gesetzlicher Ebene oder im konkreten Einzelfäll durch ein überwiegendes Interesse rechtfertigen lassen und verhältnismässig sein.[1368] Es wird sich zeigen, ob und in welchem Rahmen das Bundesgericht eine entsprechende Weiterentwicklung der Informationsfreiheit bzw. des gesetzlichen Anspruchs aus dem Öffentlichkeitsgesetz bzw. den relevanten kantonalen Bestimmungen in den kommenden Jahren vornehmen wird.

Zur Autorin

Prof. Dr. Raphaela Cueni, LL.M. ist Assistenzprofessorin für Verwaltungsrecht an der Universität St. Gallen. Sie forscht seit mehreren Jahren u.a. zu rechtlichen Fragestellungen im Bereich der Kommunikationsgrundrechte. Kontakt: raphaela.cueni@unisg.ch

WEITERE EMPFOHLENE LEKTÜRE

Barrelet Denis/Werly Stéphane, Droit de la communication, 2. Aufl., Basel 2011.

Blasi Vincent, The Checking Value in First Amendment Theory, in: American Bar Foundation Research Journal, Vol. 2, 3 (1977), S. 521 ff.

1366 So Schefer/Cueni, Informationsfreiheit, Rz. 85 ff. In diese Richtung auch BSK-Hertig, Art. 16 BV N. 33 f.

1367 Vgl. CR-Cottier, Art. 16 N. 37.

1368 Vgl. zu Implikationen bei der Interessensabwägung für die Auslegung und Anwendung der Ausnahmen von Art. 7 BGÖ Flückiger/Junod, La reconnaissance d'un droit d'accès aux informations, Rz. 50, 85 ff.

Bollinger Lee C., The Tolerant Society, Oxford 1986.

Bollinger Lee C./Stone Geoffrey R. (Hrsg.), Social Media, Freedom of Speech and the Future of our Democracy, New York 2022.

Garton Ash Timothy, Free Speech. Ten Principles for a Connected World, London 2016.

Heinze Eric, Hate Speech and Democratic Citizenship, Oxford 2016.

Hoffmann-Riem Wolfgang, Kommunikationsfreiheiten. Kommentierungen zu Art. 5 Abs. 1 und 2 sowie Art. 8 GG, Baden-Baden 2002.

Kosseff Jeff, Liar in a Crowded Theater: Freedom of Speech in a World of Misinformation, Baltimore 2023.

Peduzzi Roberto, Meinungs- und Medienfreiheit in der Schweiz, Zürich 2004.

Schauer Frederick, Free Speech. A Philosophical Enquiry, Cambridge 1982.

Schauer Frederick, Fear, Risk and the First Amendment: Unravelling the Chilling Effect, in: Boston University Law Review, Faulty Papers, Paper 879, 58 (1978), S. 685 ff.

Schefer Markus, Kommunikationsgrundrechte, in: Diggelmann Oliver / Hertig Maya / Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2020.

Sunstein Cass R., Democracy and the Problem of Free Speech, New York 1993.

Sunstein Cass R., Why Societies Need Dissent, Cambridge (MA) 2003.

LITERATURVERZEICHNIS

Ammann Odile, Zur unscharfen Grenze zwischen Wissenschaftsfreiheit und Meinungsäusserungsfreiheit – Eine verfassungsrechtliche Analyse universitärer Social-Media-Leitlinien, in: RuZ 3 (2021), S. 194 ff. (zit. Ammann, Zur unscharfen Grenze zwischen Wissenschaftsfreiheit und Meinungsäusserungsfreiheit).

Amstutz Kathrin, Das Grundrecht auf Existenzsicherung. Bedeutung und inhaltliche Ausgestaltung des Art. 12 der neuen Bundesverfassung, Bern 2002 (zit. Amstutz, Existenzsicherung).

Aubert Jean-François/Mahon Pascal, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zürich/Basel/Genf 2003 (zit. Aubert/Mahon, Petit commentaire, Art. 16 N. ...).

Augsberg Ino/Petras Maximilian, Deplatforming als Grundrechtsproblem. Die Sperrung durch soziale Netzwerke, in: JuS 2022, S. 97 ff. (zit.: Augsberg/Petras, Deplatforming als Grundrechtsproblem).

Barrelet Denis/Werly Stéphane, Droit de la communication, 2. Aufl., Basel 2011 (zit. Barrelet/Werly, Droit de la communication).

Bacher Bettina, Medienfreiheit und Persönlichkeitsschutz. Zivilrechtliche Auswirkungen der Lösung eines Grundrechtskonflikts, Basel 2015 (zit. Bacher, Medienfreiheit und Persönlichkeitsschutz).

Baldegger Mirjam, Menschenrechtsschutz für juristische Personen in Deutschland, der Schweiz und den Vereinigten Staaten. Begründungsmodelle der korporativen Menschenrechtsträgerschaft, Berlin 2017 (zit. Baldegger, Menschenrechtsschutz).

Berka Walter, Verfassungsrecht. Grundzüge des österreichischen Verfassungsrechts für das juristische Studium, 6. Aufl., Wien 2016 (zit. Berka, Verfassungsrecht).

Biaggini Giovanni, BV Kommentar: Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017 (zit. Biaggini, Art. ... BV N. ...).

Blasi Vincent, The Checking Value in First Amendment Theory, in: American Bar Foundation Research Journal, Vol. 2, 3 (1977), S. 521 ff. (zit. Blasi, The Checking Value).

Blasi Vincent, Free Speech and Good Character: From Milton to Brandeis to the Present, in: Bollinger Lee C. / Stone Geoffrey (Hrsg.), Eternally Vigilant. Free Speech in the Modern Era, Chicago/London 2002 (zit. Blasi, Free Speech and Good Character).

Bollinger Lee C., The Tolerant Society, Oxford 1986 (zit. Bollinger, The Tolerant Society).

Bollinger Lee C., Uninhibited, Robust, and Wide-Open. A Free Press for a New Century, Oxford 2010 (zit. Bollinger, Uninhibited, Robust, and Wide-Open).

Braam Laura, Die anonyme Meinungsäusserung – rechtliche Bewertung einer internettypischen Kommunikationsform. Zum Spannungsverhältnis zwischen anonymen Äusserungen und Persönlichkeitsrechten, Berlin 2015 (zit. Braam, Die anonyme Meinungsäusserung).

Breunig Christian, Kommunikationsfreiheiten. Ein internationaler Vergleich, Konstanz 1994 (zit. Breunig, Kommunikationsfreiheiten).

Buyse Antoine, Contested Contours: The limits of freedom of expression from an abuse of rights perspective. Articles 10 and 17 ECHR, in: Eva Brems/Janneke Gerards (Hrsg.), Shaping Rights in the ECHR. The Role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights, Cambridge 2013, 183 ff. (zit. Buyse, Contested Contours)

Cannie Hannes/Voorhoof Dirk, The Abuse Clause and Freedom of Expression in the European Human Rights Convention. An Added Value for Democracy and Human Rights Protection?, Netherlands Quarterly of Human Rights, Vol. 29/1 (2011), S. 54 ff. (zit. Cannie/Voorhoof, The Abuse Clause).

Chiariello Elisabeth, Der Richter als Verfassungsgeber? Zur Fortbildung von Grundlagen des Rechtsstaats und der Demokratie durch höchste Gerichte. Das Phänomen Richterrecht exemplarisch dargestellt im Rahmen der grundrechtlichen Judikatur der Schweiz, Deutschlands und der europäischen Gerichtsbarkeiten (EGMR, EuGH), Dike 2009 (zit. Chiariello, Der Richter als Verfassungsgeber?).

Clayton Richard/Tomlinson Hugh, The Law of Human Rights, 2. Aufl., Oxford 2009 (zit. Clayton/Tomlinson, The Law of Human Rights).

Cottier Bertil, Kommentierung zu Art. 16 BV, in: Martenet Vincent / Dubey Jacques, Commentaire romand Constitution fédérale, 1. Aufl., Basel 2021 (zit. CR-Cottier, Art. 16 N. ...).

Cottier Bertil, Le droit d'accès aux documents officiels, in: Métille Sylvain (Hrsg.), Le droit d'accès, Bern 2021 (zit. Cottier, Le droit d'accès aux documents officiels).

Cueni Raphaela, Gebühren(-freiheit) für Zugangsgesuche gestützt auf das Öffentlichkeitsgesetz des Bundes. Überlegungen zur Revision von Art. 17 BGÖ, in: Recht – Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis 2 (2023),

S. 57 ff. (zit. Cueni, Gebühren(-freiheit) für Zugangsgesuche gestützt auf das Öffentlichkeitsgesetz des Bundes).

Cueni Raphaela, EGMR Lacatus gegen die Schweiz vom 19.1.2021, in: Jusletter vom 19.4.2021 (zit. Cueni, EGMR Lacatus v. Schweiz).

Cueni Raphaela, Falsche und irreführende Informationen im Verfassungsrecht der Schweiz, in: ex ante 1 (2019), S. 3 ff. (zit. Cueni, Falschinformationen).

Cueni Raphaela, Schutz von Satire im Rahmen der Meinungsfreiheit, Zürich St./Gallen 2019 (zit. Cueni, Satire).

Currie Ian, Freedom of expression and association, in: Tushnet Mark/Fleiner Thomas/Saunders Cheryl (Hrsg.), Routledge Handbook of Constitutional Law, Abingdon 2013 (zit. Currie, Freedom of expression and association).

Dubey Jacques, Droits fondamentaux, Vol. II : Libertés, garanties de l'État de droit, droits sociaux et politiques, Basel 2018 (zit. Dubey, Droits fondamentaux).

Dubey Jacques/Di Cicco Domenico, Kommentierung zu Art. 33 BV, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques, Commentaire romand Constitution fédérale, 1. Aufl., Basel 2021 (zit. CR- Dubey/Di Cicco, N. ...).

Dumermuth Martin, Löschung von Kommentaren auf Instagram durch die SRG. Besprechung von BGE 149 I 2, in: AJP/PJA 9 (2023), S. 1042 ff. (zit. Dumermuth, Löschung von Kommentaren auf Instagram durch die SRG).

Errass Christoph/Rechsteiner David, Kommentierung zu Art. 17 BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (Hrsg.), St. Galler Kommentar Bundesverfassung, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2023 (zit. SGK BV-Errass/Rechsteiner, Art. 17 N. ...).

Flückiger Alexandre/Junod Valérie, La reconnaissance d'un droit d'accès aux informations détenues par l'Etat fondée sur l'article 10 CEDH. Portée de l'arrêt Magyar Helsinki Bizottság contre Hongrie en droit suisse, in: Jusletter vom 27.2.2017 (zit. Flückiger/Junod, La reconnaissance d'un droit d'accès aux informations).

Garton Ash Timothy, Free Speech. Ten Principles for a Connected World, London 2016 (zit. Garton Ash, Free Speech).

Glaeser Edward/Sunstein Cass R., Does More Speech Correct Falsehoods?, in: The Journal of Legal Studies, 1 (2014), S. 65 ff. (zit. Glaeser/Sunstein, Does More Speech Correct Falsehoods?).

Grabenwarter Christoph/Pabel Katharina, Europäische Menschenrechtskonvention, 7. Aufl., München 2021 (zit. Grabenwarter/Pabel, EMRK, § ... N. ...).

Greenawalt Kent, Free Speech Justifications, in: Columbia Law Review, 89 (1989), S. 191 ff. (zit. Greenawalt, Free Speech Justifications).

Grisel Etienne, Droits fondamentaux. Libertés idéales, Bern 2008 (zit. Grisel, Droits fondamentaux).

Grote Rainer/Wenzel Nicola, Kapitel 18: Meinungsfreiheit, in: Dörr Oliver/Grote Rainer/Marauhn Thilo (Hrsg.), Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz, 3. Aufl., Tübingen 2022 (zit. Grote/Wenzel, EMRK/GG KK, Kap. 18 N. ...).

Guillén-Nieto Victoria, Hate Speech. Linguistic Perspectives, Berlin/Boston 2023 (zit. Guillén-Nieto, Hate Speech).

Häfelin Ulrich/Müller Georg/Uhlmann Felix, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zürich/St. Gallen 2020 (zit. Häfelin/Müller/Uhlmann, Verwaltungsrecht).

Harris David J./O'Boyle Michael/Bates Ed P./Buckley Carla M. (Hrsg.), Harris, O'Boyle & Warbrick. Law of the European Convention on Human Rights, 5. Aufl., New York 2023 (zit. Harris/O'Boyle/Warbrick, Law of the ECHR).

Heer Markus, Die ausserordentliche Nutzung des Verwaltungsvermögens durch Private: unter Einschluss des Verwaltungsvermögens im Einzelgebrauch, Zürich/Basel/Genf 2006 (zit. Heer, Ausserordentliche Nutzung).

Heinze Eric, Hate Speech and Democratic Citizenship, Oxford 2016 (zit. Heinze, Hate Speech).

Hertig Maya, Kommentierung zu Art. 16 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, 1. Aufl., Basel 2015 (zit. BSK-Hertig, Art. 16 N. ...).

Hertig Randall Maya, La responsabilité pénale des personnalités politiques pour les commentaires haineux publiés sur le mur de leur compte Facebook –

un regard vers Lausanne et Strasbourg, in: sui generis #unbequem 2024, S. 123 ff. (zit. Hertig Randall, Responsabilité).

Hertig Randall Maya/Le Fort Olivia, L'interdiction de la mendicité revisitée, in: Plaidoyer 4 (2012), S. 34 ff. (zit. Hertig/Le Fort, L'interdiction de la mendicité revisitée).

Hoch Hilmar, Meinungsfreiheit, in: Kley Andreas/Vallender Klaus A., Grundrechtspraxis in Liechtenstein, Schaan 2012, S. 195 ff. (zit. Hoch, Meinungsfreiheit).

Hoffmann-Riem Wolfgang, Regelungsstrukturen für öffentliche Kommunikation im Internet, AöR 2012, S. 510 ff. (zit. Hoffmann-Riem, Regelungsstrukturen).

Hoffmann-Riem Wolfgang, Kommunikationsfreiheiten. Kommentierungen zu Art. 5 Abs. 1 und 2 sowie Art. 8 GG, Baden-Baden 2002 (zit. Hoffmann-Riem, Kommunikationsfreiheiten).

Jaag Tobias, «Preferred Freedoms» im schweizerischen Verfassungsrecht, in: Zen-Ruffinen Piermarco/Auer Andreas (Hrsg.), De la Constitution: études en l'honneur de Jean-François Aubert, Basel 1996, S. 355 ff. (zit. Jaag, Preferred Freedoms).

Junod Valérie, La liberté d'expression du whistleblower. Cour européenne des droits de l'homme (Grande Chambre), Guja c. Moldova, 12 février 2008, in : Revue trimestrielle des droits de l'homme 77 (2009), S. 227 ff. (zit. Junod, La liberté d'expression du whistleblower).

Kaiser Anna-Bettina, Kommentierung zu Art. 5 GG, in: Brosius-Gersdorf Frauke (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Band I (Präambel, Artikel 1–19), 4. Aufl., Tübingen 2023 (zit. GGK-Kaiser, Art. 5 I, II GG N. ...).

Kellner Anna, Die Regulierung der Meinungsmacht von Internetintermediären, Baden-Baden 2019 (zit. Kellner, Meinungsmacht).

Krüsi Melanie, Das Zensurverbot nach Art. 17 Abs. 2 der Schweizerischen Bundesverfassung, Zürich 2011 (zit. Krüsi, Zensurverbot).

Lewke Christian, Zur Historie und Zukunft der Meinungsfreiheit. Der dauernde Kampf um ein bewegtes Gut, in: MRM 1 (2018), S. 41 ff. (zit.: Lewke, Zur Historie und Zukunft der Meinungsfreiheit).

Martenet Vincent/Zandirad David, Kommentierung zu Art. 15 BV, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques, Commentaire romand Constitution fédérale, 1. Aufl., Basel 2021 (zit. CR-Martenet/Zandirad, Art. 15 N. ...).

Mahon Pascal, Droit constitutionnel. Droits fondamentaux, Band II, 3. Aufl., Basel 2015 (zit. Mahon, Droit constitutionnel).

Mahon Pascal/Gonin Olivier, Kommentierung zu Art. 6 BGÖ, in: Brunner Stephan C./Mader Luzius (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar Öffentlichkeitsgesetz, Bern 2008 (zit. Mahon/Gonin, HK BGÖ, Art. 6 BGÖ N. ...).

Mazziotti Di Celso Manlio/Salerno Giulio M., Manuale di diritto costituzionale, 2. Aufl., Padova 2003 (zit. Mazziotti Di Celso/Salerno, Manuale di diritto costituzionale).

Meiklejohn Alexander, Free Speech and its Relation to Self-Government, New York 1948, abgedruckt in: Blasi Vincent (Hrsg.), Ideas of the First Amendment, S. 788 ff. (zit. Meiklejohn, Free Speech and its Relation to Self-Government).

Mélin-Soucramanien Ferdinand/Pactet Pierre, Droit constitutionnel, 39. Aufl., Paris 2021 (zit. Mélin-Soucramanien/Pactet, Droit constitutionnel).

Mill John Stuart, On Liberty, AUK Classics, bearbeitete Auflage mit einer Einleitung von W. L. Courtney, Luton 2014 (zit. Mill, On Liberty).

Milton John, Areopagitica: A Speech of Mr. John Milton for the Liberty of Unlicens'd Printing. To the Parlament of England, abgedruckt in: Blasi Vincent (Hrsg.), Ideas of the First Amendment, S. 52 ff. (zit. Milton, Areopagitica).

Moeckli Daniel, Bettelverbote: Einige rechtsvergleichende Überlegungen zur Grundrechtskonformität, in: ZBl 11 (2010), S. 537 ff. (zit. Moeckli, Bettelverbote).

Mörsdorf Oliver, Beitragslöschungen und Kontosperrungen nach den «Hausregeln» sozialer Netzwerke, in: NJW 2021, S. 3158 ff.

Müller Jörg Paul, Verwirklichung der Grundrechte nach Art. 35 BV. Der Freiheit Chancen geben, Bern 2018 (zit. Müller, Verwirklichung).

Müller Jörg Paul/Schefer Markus, Grundrechte in der Schweiz. Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4. Aufl., Bern 2008 (zit. Müller/Schefer, Grundrechte in der Schweiz).

Nussbaumer Katrin, Kommentierung zu Art. 17 ParlG, in: Graf Martin/Theler Cornelia/von Wyss Moritz, Parlamentsrecht und Parlamentspraxis der Schweizerischen Bundesversammlung. Kommentar zum Parlamentsgesetz (ParlG) vom 13.12.2002, Basel 2014 (zit. Nussbaumer, Kommentar ParlG, Art. 17 ParlG N. ...).

Öhlinger Theo/Eberhard Harald, Verfassungsrecht, 13. Aufl., Wien 2022 (zit. Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht).

Pahud de Mortanges René, Kommentierung zu Art. 16 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, 1. Aufl., Basel 2015 (zit. BSK-Pahud de Mortanges, Art. 15 N. ...).

Peduzzi Roberto, Meinungs- und Medienfreiheit in der Schweiz, Zürich 2004 (zit. Peduzzi, Meinungs- und Medienfreiheit).

Pille Jens-Ullrich, Meinungsmacht sozialer Netzwerke, Baden-Baden 2016 (zit. Pille, Meinungsmacht).

Piolino Marina, Die Staatsunabhängigkeit der Medien, Analyse eines verfassungsrechtlichen Prinzips im Spannungsverhältnis zur Staatsverantwortung im Medienbereich und zur staatlichen Öffentlichkeitsarbeit unter Berücksichtigung des digitalen Wandels, Diss. Basel, Zürich 2021 (zit. Piolino, Staatsunabhängigkeit).

Piolino Marina/Cueni Raphaela, Kommentierung zu Art. 17 BV, in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (Hrsg.), Onlinekommentar zur Bundesverfassung – Version: 6.1.2024 (OK-Piolino/Cueni zu Art. 17 BV, N. ...).

Rechsteiner David/Errass Christoph, Kommentierung zu Art. 16 BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (Hrsg.), St. Galler Kommentar Bundesverfassung, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2023 (zit. SGK BV- Rechsteiner/Errass, Art. 16 BV N. ...).

Rose Jürgen, Soldat und Meinungsfreiheit. Die Bedeutung von Meinungs- und Pressefreiheit im Rahmen der Inneren Führung, in: Sicherheit und Frieden (S+F) 3 (1998), S. 178 ff. (zit. Rose, Soldat und Meinungsfreiheit).

Rüegger Vanessa, Kunstfreiheit, Basel 2020 (zit. Rüegger, Kunstfreiheit).

Saxer Urs/Kollenberg Roman, Fake News, Wahrheitspflicht, Lüge. Medienregulierung auf konstitutionellen Abwegen, in: Verfassungsblog vom 20.10.2022 (zit. Saxer/Kollenberg, Fake News, Wahrheitspflicht, Lüge).

Schabas William A., U.N. International Covenant on Civil and Political Rights. Nowak's CCPR Commentary, 3. Aufl., Kehl 2019 (zit. Schabas, CCPR Commentary).

Schaub Lukas, Die Stimmpflicht als «Nudge»: Der Versuch einer regulatorischen (Neu-) Einordnung, in: ZBl 11 (2017), 583 ff. (zit. Schaub, Stimmpflicht).

Schauer Frederick, Fear, Risk and the First Amendment: Unravelling the Chilling Effect, in: Boston University Law Review, Faulty Papers, Paper 879, 58 (1978), S. 685 ff. (zit. Schauer, Fear, Risk and the First Amendment).

Schauer Frederick, Free Speech. A Philosophical Enquiry, Cambridge 1982 (zit. Schauer, Free Speech).

Schefer Markus, Kommunikationsgrundrechte, in: Diggelmann Oliver/Hertig Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2020 (zit. Schefer, Kommunikationsgrundrechte).

Schefer Markus, Die Beeinträchtigung von Grundrechten. Zur Dogmatik von Art. 36 BV, Bern 2006 (zit. Schefer, Beeinträchtigung).

Schefer Markus, Die Kerngehalte von Grundrechten. Geltung, Dogmatik, inhaltliche Ausgestaltung, Bern 2001 (zit. Schefer, Kerngehalte).

Schefer Markus/Cueni Raphaela, Die Informationsfreiheit nach Art. 16 Abs. 1 und 3 BV. Der Anspruch auf Einsicht in amtliche Akten, in: Jusletter vom 7.2.2022 (zit. Schefer/Cueni, Informationsfreiheit).

Schefer Markus/Cueni Raphaela, Öffentlichkeit im Wandel: Überlegungen aus grundrechtlicher Sicht. Studie zu Handen des BAKOM, 7.7.2020 (verfügbar unter: https://bit.ly/3b0Jdbe) (zit. Schefer/Cueni, Öffentlichkeit im Wandel).

Schefer Markus/Looser Martin, Die Beeinträchtigung von Grundrechten (Art. 36 BV), in: ius.full 3 (2008), S. 82 ff. (zit. Schefer/Looser, Die Beeinträchtigung von Grundrechten).

Shiffrin Seana Valentine, A Thinker-Based Approach to Freedom of Speech, in: 27 Constitutional Commentary (2011), S. 283 ff. (zit. Shiffrin, A Thinker-Based Approach).

Spescha Marc, Rechtsbruch und sozialer Wandel. über Ursachen und Wirkungen demonstrativer Normverletzungen im sozialen Konflikt und in gesellschaftlichen Veränderungsprozessen, Berlin 1988 (zit.: Spescha, Rechtsbruch und sozialer Wandel).

Staben Julian, Der Abschreckungseffekt auf die Grundrechtsausübung. Strukturen eines verfassungsrechtlichen Arguments, Tübingen 2017 (zit.: Staben, Abschreckungseffekt).

Stone Adrienne, The comparative constitutional law of freedom of expression, in: Ginsburg Tom/Dixon Rosalind (Hrsg.), Comparative Constitutional Law, Cheltenham/Northampton 2011 (zit. Stone, Freedom of expression).

Struth Anna Katharina, Hassrede und Freiheit der Meinungsäusserung, Heidelberg 2019.

Sunstein Cass R., Why Societies Need Dissent, Cambridge (MA) 2003 (zit. Sunstein, Why Societies Need Dissent).

Thurnherr Daniela, Kommentierung zu Art. 162 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, 1. Aufl., Basel 2015 (zit. BSK-Thurnherr, Art. 162 N. ...).

Tschannen Pierre/Müller Markus/Kern Markus, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Bern 2022 (zit. Tschannen/Müller/Kern, Verwaltungsrecht).

van Dijk Peter/van Hoof Fried/van Rijn Arjen/Zwaak Leo (Hrsg.), Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, 5. Aufl., Cambridge 2018 (zit. van Dijk/van Hoof/van Rijn/Zwaak, Theory and Practice of the ECHR).

Volokh Eugene/Falk Richard M., Google First Amendment Protection for Search Engine Search Results, in: The Journal of Law, Economics & Policy 2012, S. 883 ff. (zit. Volokh/Falk, Google First Amendment Protection).

Williams Susan H., Free Speech and Autonomy: Thinkers, Storytellers, and a Systemic Approach to Speech, in: 27 Constitutional Commentary 2011, S. 399 ff. (zit. Williams, Free Speech and Autonomy).

Wu Tim, Machine Speech, in: University of Pennsylvania Law Review 2013, S. 1495 ff. (zit. Wu, Machine Speech).

Zelezny John D., Communications Law. Liberties, Restraints, and the Modern Media, 4. Aufl., Belmont 2004 (zit. Zelezny, Communications Law).

Zumsteg Patrice Martin, Demonstrationen in der Stadt Zürich: Verwaltungsrecht und Behördenpraxis am Massstab der Versammlungs- und Meinungsfreiheit, Zürich/Basel/Genf 2020 (Zumsteg, Demonstrationen).

Zumsteg Patrice Martin, Kommentierung zu Art. 22 BV, in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (Hrsg.), Onlinekommentar zur Bundesverfassung – Version: 8.9.2023 (OK-Zumsteg zu Art. 22 BV, N. ...).

MATERIALIENVERZEICHNIS

Botschaft über den Beitritt der Schweiz zum Internationalen Übereinkommen von 1965 zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung und über die entsprechende Strafrechtsrevision vom 2.3.1992, BBl 1992 II 269 ff. (zit. Botschaft Art. 261bis StGB).

Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20.11.1996, BBl 1997 I 1 ff. (zit. Botschaft BV).

Botschaft zum Bundesgesetz über die Öffentlichkeit der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ) vom 12.2.2003, BBl 2003 1963 ff. (zit. Botschaft BGÖ).

Europäischer Gerichthof für Menschenrechte, Guide on Article 10 of the European Convention of Human Rights. Freedom of Expression. Updated on 28 February 2023 (zit. ECHR, Case Law Guide Art. 10, Rz. ...).

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 17 BV

Eine Kommentierung von Marina Piolino / Raphaela Cueni

ZITIERVORSCHLAG

Marina Piolino/Raphaela Cueni, Kommentierung zu Art. 17 BV, in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (Hrsg.), Onlinekommentar zur Bundesverfassung

Kurzzitat: OK-Piolino/Cueni, Art. 17 BV N. XXX.

Art. 17 Medienfreiheit

[1] Die Freiheit von Presse, Radio und Fernsehen sowie anderer Formen der öffentlichen fernmeldetechnischen Verbreitung von Darbietungen und Informationen ist gewährleistet.

[2] Zensur ist verboten.

[3] Das Redaktionsgeheimnis ist gewährleistet.

GLIEDERUNG

I. Allgemeines ... 311
A. (Entstehungs-)Geschichte ... 311
B. Völkerrechtliche Garantien und rechtsvergleichende Hinweise ... 313
C. Bedeutung und Funktion der Medienfreiheit ... 315
II. Medienfreiheit (Abs. 1) ... 316
A. Sachlicher Schutzbereich ... 316
1. Begriff der Medien im Kontext der Medienfreiheit ... 316
2. Geschützte Ansprüche und Teilgehalte ... 320
a. Schutz von Medieninhalten und Schutz institutioneller Aspekte ... 320
b. Einzelne Ansprüche und Teilgehalte (subjektiv-rechtliche Dimension) ... 321
c. Objektiv-rechtliche Dimension der Medienfreiheit ... 325
B. Persönlicher Schutzbereich ... 329
C. Einschränkungen ... 332
1. Beurteilung nach Art. 36 BV ... 333
a. Gesetzliche Grundlage (Art. 36 Abs. 1 BV) ... 333
b. Öffentliches Interesse (Art. 36 Abs. 2 BV) ... 334
c. Verhältnismässigkeit (Art. 36 Abs. 3 BV) ... 335
2. Inhaltliche Einschränkungen der Medienfreiheit ... 338
3. Verbreitungspflichten als Sonderfall inhaltlicher Einschränkungen ... 344
4. Einschränkungen in der Recherchetätigkeit und Darstellungsform ... 347
5. Einschränkungen in der Verteilung und Verbreitung von Medienerzeugnissen ... 348
6. Einschränkungen durch strukturelle und organisatorische Massnahmen ... 349
a. Einschränkungen des Marktzugangs in der Form von Bewilligungs- oder Konzessionspflichten ... 349
b. Grundversorgung mit Medienangeboten (Service public) und Formen staatlicher Medienförderung ... 351
III. Zensurverbot (Abs. 2 BV) ... 353
A. Begriff der Zensur ... 353
B. Kritische Beispiele ... 356
C. Staatsnotstand ... 357
D. Staatsunabhängigkeitsgebot ... 359
IV. Redaktionsgeheimnis (Abs. 3) ... 363
A. Bedeutung und Entstehung ... 363
B. Sachlicher Schutzbereich ... 365
C. Persönlicher Schutzbereich ... 366
D. Einschränkungen des Redaktionsgeheimnisses ... 367
Weitere empfohlene Lektüre ... 368
Literaturverzeichnis ... 369
Materialienverzeichnis ... 378

I. ALLGEMEINES

A. (Entstehungs-)Geschichte

Die Medienfreiheit entstand als Reaktion auf die Formen der **Zensur** von Kommunikationsinhalten (vgl. zum Zensurverbot N. 76 ff.). Diese wurden nach der Erfindung des Buchdrucks sowohl von kirchlicher als auch von staatlicher Seite ab dem 16. bis ins 19. Jahrhundert praktiziert.[1369] Vorfahrin der Medienfreiheit ist die Pressefreiheit, gab es doch während Jahrhunderten kein anderes Mittel der Massenkommunikation als Druckschriften.[1370] In der Schweiz wurde die Freiheit der Presse erstmals in der Helvetischen Verfassung vom 12. April 1798 garantiert.[1371] Nachdem die Zensur wenige Monate später aufgrund kritischer Berichterstattung über den französischen Staat durch die Helvetische Regierung wieder eingeführt wurde, begannen die Kantone erst wieder in der Zeit der Regeneration (1830-1848), die Zensur abzuschaffen und die Freiheit der Presse in ihren Verfassungen zu gewährleisten.[1372] 1

Aufgrund des Misstrauens gegenüber den konservativen Kantonen wurde die **Pressefreiheit** 1848 als ein «Bundesgrundrecht der ersten Stunde»[1373] in der neu entstandenen Bundesverfassung verankert.[1374] Der Schutz anderer Mediengattungen und weiterer Meinungsäusserungen waren in der Bundesverfassung ursprünglich nicht vorgesehen.[1375] Die Garantie der Pressefreiheit galt während über 150 Jahren bis zur Totalrevision der Bundesverfassung Ende des 20. Jahrhunderts, in deren Rahmen sie in die heute geltende Medienfreiheit umgewandelt wurde.[1376] 2

1369. Vgl. etwa Müller/Schefer, Grundrechte in der Schweiz, S. 351 f.; Nobel/Weber, Medienrecht, 2. Kap., N. 106 und 113; BSK-Zeller/Kiener, Art. 17 BV N. 36; vgl. ausführlich Barrelet/Werly, Droit de la communication, Rz. 44 ff.

1370. CR-Cottier, Art. 17 BV N. 3.

1371. Art. 7 der Helvetischen Verfassung: Die Pressefreiheit ist eine natürliche Folge des Rechts, das jeder hat, Unterricht zu erhalten. (m.w.Verw. Peduzzi, Meinungs- und Medienfreiheit, Fn. 29).

1372. Ausführlich Barrelet/Werly, Droit de la communication, Rz. 49 f.; Peduzzi, Meinungs- und Medienfreiheit, S. 13; Riklin, Presserecht, § 2 Rz. 15.

1373. Biaggini, Art. 17 BV N. 1.

1374. Art. 45 BV 1848 bzw. Art. 55 BV 1874: Die Pressefreiheit ist gewährleistet. (Barrelet/Werly, Droit de la communication, Rz. 52; Peduzzi, Meinungs- und Medienfreiheit, S. 13).

1375. BSK-Zeller/Kiener, Art. 17 BV N. 1.

3 Der Verfassungsentwurf von 1996 führte die «Freiheit von Presse, Radio und Fernsehen» noch als Teilaspekt einer Meinungs-, Informations- und Medienfreiheit auf (Art. 14 VE 1996).[1377] Dabei erfolgte der ausdrückliche Einschluss der Mediengattungen Radio und Fernsehen in die Medienfreiheit mit Hinweis auf die Rechtsprechung zu Art. 10 EMRK, wonach auch Radio und Fernsehen in den Schutzbereich von Art. 10 EMRK fallen und daher grundrechtlichen Schutz geniessen.[1378] Vor dem Hintergrund der gesellschaftlichen Bedeutung der Medien (vgl. hierzu N. 8) schuf das Parlament schliesslich mit Art. 17 BV eine eigene Bestimmung für die **Medienfreiheit** und erstreckte diese gleich wie Art. 93 BV (Radio und Fernsehen) auf die «anderen Formen der öffentlichen fernmeldetechnischen Verbreitung von Darbietungen und Informationen» (vgl. zu diesem Begriff auch N. 14). Dadurch sollte der Geltungsbereich von Art. 17 BV für künftige Entwicklungen neuer Medienformen offengehalten werden.[1379] Zudem fügte das Parlament das Zensurverbot sowie das Redaktionsgeheimnis ein.[1380] Damit fand der heute noch unverändert geltende Art. 17 BV Eingang in die 2000 in Kraft getretene neue Bundesverfassung.

4 Art. 17 BV steht in engem Verhältnis zu **Art. 93 BV**, der 1984 als verfassungsrechtliche Grundlage für das bereits seit den 1920er-Jahren bestehende Konzessionsregime im Radio- und Fernsehbereich in die Bundesverfassung aufgenommen wurde.[1381] So war die Rundfunkveranstaltung im Unterschied zum Pressebetrieb lange Zeit geprägt von begrenzt verfügbaren Verbreitungswegen (Frequenzknappheit) und von

1376.Vgl. Peduzzi, Meinungs- und Medienfreiheit, S. 13; vgl. zu den Revisionsversuchen Barrelet/Werly, Droit de la communication, Rz. 56 ff.

1377.BSK-Zeller/Kiener, Art. 17 BV N. 2.

1378.Vgl. Botschaft BV, S. 157; vgl. zu Art. 10 EMRK Kapitel I.B. Ob sich Radio- und Fernsehveranstalter auf eine sog. Radio- und Fernsehfreiheit berufen können, war aufgrund der in der Schweiz bis 2006 bestehenden Monopolsituation im Rundfunkbereich lange umstritten. Entsprechend sah die bereits 1984 eingefügte Verfassungsbestimmung über Radio und Fernsehen (Art. 93 BV bzw. Art. 55bis BV 1874) keine eigentliche «Freiheit» der Programmveranstaltung vor, sondern es wurden die Formulierungen der «Autonomie» in der Programmgestaltung und der «Unabhängigkeit» von Radio und Fernsehen vorgezogen (vgl. Barrelet, Libertés, Rz. 30; CR-Cottier, Art. 17 Cst. N. 5; Peduzzi, Meinungs- und Medienfreiheit, S. 14 und 120 f.; vgl. ausführlich Piolino, Staatsunabhängigkeit, S. 29 ff.).

1379.M.w.Verw. BSK-Zeller/Kiener, Art. 17 BV N. 2 und 15; vgl. hierzu auch die Verweise in Fn. 52.

1380BSK-Zeller/Kiener, Art. 17 BV N. 2.

1381.Ausführlich zur Entstehungsgeschichte Barrelet/Werly, Droit de la communication, Rz. 205 ff.; Piolino, Staatsunabhängigkeit, S. 26 ff.

einem hohen Finanzbedarf.[1382] Daher wurde die Veranstaltung von Radio und Fernsehen zur Gewährleistung eines vielfältigen Angebots für die gesamte Bevölkerung bis zur 2006 erfolgten Marktliberalisierung ausschliesslich als staatliches Grundversorgungsmonopol ausgestaltet (vgl. hierzu N. 29 und 73).[1383] Demgegenüber war der Bereich der Presse lange durch eine Konkurrenzsituation einer Vielzahl verschiedener Angebote gekennzeichnet, wodurch das Ergreifen staatlicher Massnahmen zur Vielfaltssicherung verglichen mit dem Rundfunkbereich im Hintergrund stand (vgl. allerdings zum aktuellen Strukturwandel der gesamten Medienlandschaft N. 31).[1384]

B. Völkerrechtliche Garantien und rechtsvergleichende Hinweise

Für das Verständnis und die Auslegung der Medienfreiheit gemäss Art. 17 BV sind auch völkerrechtliche Garantien verbindlich und deshalb zu beachten. So schützen unter anderem Art. 10 EMRK und Art. 19 f. UNO-Pakt II Äusserungen in den Medien bzw. die Medientätigkeit.[1385] Anders als die Bundesverfassung verankern diese die Medienfreiheit jedoch nicht als selbständig normierte Garantie, sondern gewährleisten sie als Teil umfassender Garantien der Kommunikationsgrundrechte.[1386] 5

In der schweizerischen Rechtsprechung zur Medienfreiheit hat insbesondere **Art. 10 EMRK** einen hohen Stellenwert.[1387] Aufgrund der wesentlichen Bedeutung einer freien Medientätigkeit für die Demokratie anerkennt der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) einen besonders stringenten Schutz für Medienäusserungen und Medienschaffende: So wird in ständiger Rechtsprechung festgehalten, dass die Medien zwar gewisse Grenzen nicht überschreiten dürfen, es jedoch ihre Pflicht ist, Informationen und Ideen von öffentlichem Interesse zu verbreiten. In diesem Kontext wird betont, dass der Beurteilungsspielraum der Staaten bezüglich der 6

1382 M.w.Verw. Piolino, Staatsunabhängigkeit, S. 151; vgl. ausführlich Botschaft RTVG 1987, S. 706 f. und S. 719 f.; Peduzzi, Meinungs- und Medienfreiheit, S. 122 ff.

1383 Ausführlich Dumermuth, Revision RTVG, S. 244 ff. und S. 255 ff.; Piolino, Staatsunabhängigkeit, S. 48 f. und S. 140 f.

1384 Vgl. Dumermuth, Rundfunkregulierung, S. 352; ausführlich Peduzzi, Meinungs- und Medienfreiheit, S. 119 f. und S. 334 f.; Piolino, Staatsunabhängigkeit, S. 152 ff.

1385 Für viele Harris/O'Boyle/Warbrick, Law of the ECHR, S. 618 ff.; Schabas, CCPR Commentary, Art. 19 CCPR Ziff. 21 ff.

1386 Vgl. BSK-Zeller/Kiener, Art. 17 BV N. 3 f.; Grabenwarter/Pabel, EMRK, § 23 N. 10.

1387 BSK-Zeller/Kiener, Art. 17 BV N. 3.

Einschränkung (solcher) Äusserungen von öffentlichem Interesse grundsätzlich reduziert ist.[1388] Ebenfalls anerkennt der Gerichtshof, dass Art. 10 EMRK die Staaten nicht lediglich dazu verpflichtet, vor Eingriffen in das Grundrecht abzusehen, sondern auch positive Verpflichtungen zum Schutz der Garantien begründet (vgl. dazu unten N. 18, 22 ff.).[1389] Mit seiner differenzierten Rechtsprechung und dem entwickelten hohen Schutzniveau für Medienäusserungen ist die Rechtsprechung zu Art. 10 EMRK deshalb auch für die Auslegung von Art. 17 BV praktisch äusserst relevant.[1390]

7 Ein rechtsvergleichender Blick lässt erkennen, dass spezifische Grundrechte der Medienfreiheit oder der Pressefreiheit auch in **anderen Verfassungen** statuiert sind: Hinzuweisen ist etwa auf die in Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG (Deutschland) gewährleistete Presse- und Rundfunkfreiheit sowie auf das in Art. 5 Abs. 3 GG statuierte Zensurverbot.[1391] Eine explizite Garantie der Pressefreiheit findet sich beispielsweise auch im Ersten Zusatzartikel zur US-amerikanischen Verfassung.[1392] Neben den Verfassungen mit vielfältigen expliziten Garantien der Medien- und Pressefreiheit anerkennen andere Verfassungen wiederum die Medienfreiheit über die Rechtsprechung als

1388 Etwa EGMR *Mediengruppe Österreich GmbH gegen Österreich*, Nr. 37713/18, 26.4.2022, N. 47; EGMR (Grosse Kammer), *Magyar Helsinki Bizottság gegen Ungarn*, Nr. 18030/11, 8.11.2016, N. 165 ff. (NGO mit medienähnlicher Funktion); EGMR *Cumhuriyet Vakfı u.a. gegen die Türkei*, Nr. 28255/07, 8.10.2013, N. 61 (vorgängige Einschränkung gegenüber Medien); EGMR (Grosse Kammer), *Bladet Tromsø und Stensaas gegen Norwegen*, Nr. 21980/93, 20.5.1999, N. 59 ff.; EGMR (Grosse Kammer), *Goodwin gegen das Vereinigte Königreich*, Nr. 17488/90, 20.3.1996, N. 39 f.; vgl. Harris/O'Boyle/Warbrick, Law of the ECHR, S. 618 f.

1389 Etwa EGMR *Özgür Gündem gegen die Türkei*, Nr. 23144/93, 16.3.2000, N. 43 ff.; vgl. zu positiven Verpflichtungen im Rahmen von Art. 10 EMRK Harris/O'Boyle/Warbrick, Law of the ECHR, S. 596 ff.

1390 Vgl. Müller/Schefer/Zeller, Medienfreiheit, S. 441.

1391 Vgl. etwa Schulze-Fielitz, GG-Kommentar, Art. 5 GG N. 86 ff.; Hoffmann-Riem, Kommunikationsfreiheiten, S. 166 ff.

1392 «Congress shall make no law [...] abridging the freedom of speech, or of the press [...].». Hinzuweisen ist i.S. eines Beispiels etwa noch auf Art. 16 Abs. 1 lit. a der südafrikanischen Verfassung, welcher die Pressefreiheit explizit als Teilgehalt der Meinungsfreiheit erwähnt. Ausdrückliche Gewährleistungen zur Medienfreiheit finden sich auch etwa in Art. 21 der italienischen Verfassung; die Bestimmung statuiert u.a. ein Zensurverbot und hält fest, dass das Gesetz Transparenzvorschriften bezüglich der Finanzierung von periodischen Presseerzeugnissen vorsehen darf. Vgl. etwa Bartole/Bin, Comm. breve, Art. 21 Ziff. XIII-XXI. Mit rechtsvergleichenden Hinweisen zu den Kommunikationsgrundrechten allgemein Stone, Comparative constitutional law, S. 406 f.; Currie, Freedom of expression, S. 231 f. (spezifisch mit Aussagen zum Zensurverbot auf S. 232 f.).

Teilgehalt allgemeiner gefasster Garantien zum Schutz der Kommunikationsgrundrechte.[1393]

C. Bedeutung und Funktion der Medienfreiheit

Die Medienfreiheit vermittelt Äusserungen durch bzw. mittels (Massen-)Medien[1394] einen im Vergleich zur Meinungsfreiheit (Art. 16 BV) besonderen Schutz. Dieser spezifische Schutz ist Ausdruck der besonderen Bedeutung der Medien und der medial vermittelten Kommunikation in einer demokratischen Gesellschaft.[1395] Durch das Aufarbeiten und die Vermittlung von Informationen unterschiedlicher Art sollen die Medien eine freie Meinungsbildung des Publikums zu verschiedenen Themen von öffentlichem Interesse ermöglichen (**Meinungsbildungsfunktion**).[1396] Mit der Absicherung eines ungehinderten Nachrichtenflusses und eines freien Meinungsaustauschs kommt der Medienfreiheit damit eine tragende Rolle in der gesellschaftlichen Willensbildung und eine wichtige gesellschaftliche und politische Bedeutung zu.[1397] Mit diesem Verständnis der Massenmedien als **Bindeglied** der Kommunikation zwischen Bevölkerung und Staat[1398] nimmt die Medienfreiheit insbesondere auch eine Funktion als Instrument der **Kontrolle** von politischer und gesellschaftlicher Macht wahr.[1399] So anerkennen der EGMR und (in Anlehnung an dessen Rechtsprechung) das Bundesgericht die Rolle der Medien als «Wächter» (*public watchdogs*) in einer demokratischen Gesellschaft (vgl. ausführlicher unten N. 9 ff. zum Begriff der Medien).[1400] 8

1393 CR-Cottier, Art. 17 Cst. N. 17; vgl. etwa Art. 13 StGG (Österreich) (wobei das Zensurverbot in Abs. 2 spezifisch genannt wird).

1394 Zum Begriff vgl. unten N. 9 ff.

1395 Für viele EGMR (Grosse Kammer), *Magyar Helsinki Bizottság gegen Ungarn*, Nr. 18030/11, 8.11.2016, N. 165; CR-Cottier, Art. 17 Cst. N. 9; BSK-Zeller/Kiener, Art. 17 BV N. 8.

1396 Ausführlich Piolino, Staatsunabhängigkeit, S. 70 ff.

1397 BGE 147 IV 65 E. 5.2; BGE 141 I 211 E. 3.1; BGE 137 I 209 E. 4.2.

1398 Etwa BGE 141 I 211 E. 3.1.

1399 BGE 147 IV 65 E. 5.2; BGE 141 I 211 E. 2.1; BGE 137 I 8 E. 2.5; vgl. Müller/Schefer/Zeller, Medienfreiheit, S. 438 ff.; ausführlich Piolino, Staatsunabhängigkeit, S. 74 ff.

1400 EGMR *Mediengruppe Österreich GmbH gegen Österreich*, Nr. 37713/18, 26.4.2022, N. 47; EGMR (Grosse Kammer), *Magyar Helsinki Bizottság gegen Ungarn*, Nr. 18030/11, 8.11.2016, N. 165 ff.; EGMR (Grosse Kammer), *Couderc und Hachette Filipacchi Associés gegen Frankreich*, Nr. 40454/07, 10.11.2015, N. 89; so schon EGMR *Lingens gegen Österreich*, Nr. 9815/82, 8.7.1986, N. 44; BGE 140 IV 108 E. 6.7; BGer, Urteil vom 6.4.2011, 2C_664/2010, E. 2.2; CR-Cottier, Art. 17 Cst. N. 9; BSK-Zeller/Kiener, Art. 17 BV N. 8.

II. MEDIENFREIHEIT (ABS. 1)

A. Sachlicher Schutzbereich

1. Begriff der Medien im Kontext der Medienfreiheit

9 Für die Definition der Medien orientiert sich der EGMR in seiner Rechtsprechung zu **Art. 10 EMRK** an deren Funktion als *public watchdogs* (vgl. zur Bedeutung und Funktion der Medienfreiheit N. 8). Im Rahmen dieses funktionalen Ansatzes lässt er insbesondere jenen Beiträgen einen verstärkten Schutz zukommen, die an die Öffentlichkeit gerichtet sind und Themen des öffentlichen Interesses behandeln.[1401] Lange Zeit hatte der Gerichtshof den erhöhten Schutzstandard nur Beiträgen zugestanden, die nach professionellen journalistischen Sorgfaltskriterien erarbeitet wurden.[1402] Im Zuge der wachsenden Bedeutung des Internets lässt der EGMR vermehrt auch nicht-journalistische Beiträge am erhöhten Schutz gemäss Art. 10 EMRK teilhaben, sofern sie zu einer im öffentlichen Interesse stehenden Debatte beitragen und mit angemessener Sorgfalt erstellt wurden – so etwa Informationen einer NGO auf einer Website oder Äusserungen eines Bloggers auf einem Internet-Forum.[1403] Im Kontext des Rechts auf Zugang zu behördlichen Informationen urteilte der Gerichtshof zudem, dass auch populäre Social-Media-Nutzende Funktionen als *public watchdogs* wahrnehmen und daher in den Genuss eines verstärkten Schutz kommen können.[1404] Gleichwohl unterstreicht der EGMR gerade auch mit Blick auf der im Internet bestehenden Informationsflut nach wie vor die Bedeutung der Befolgung berufsethischer journalistischer Sorgfaltspflichten.[1405]

10 Das Bundesgericht versteht unter dem Begriff der Medien im Sinne von **Art. 17 BV** öffentliche, technisch verbreitete Meinungsäusserungen ideellen

1401 Vgl. für die Presse etwa EGMR *Observer and Guardian gegen das Vereinigte Königreich*, Nr. 13585/88, 26.11.1991, N. 59; Oster, Media Law, S. 12; vgl. auch Grabenwarter/Pabel, EMRK, § 23 N. 8.

1402 Vgl. etwa EGMR *Kaperzyński gegen Polen*, Nr. 43206/07, 3.4.2012, N. 70; vgl. m.w.Verw. Oster, Media Law, S. 10 f.

1403 Vgl. etwa EGMR *Fatullayev gegen Aserbaidschan*, Nr. 40984/07, 22.4.2010, N. 95 und N. 102; EGMR *Růžový panter, O.S. gegen Tschechien*, Nr. 20240/08, 2.2.2012, N. 33; vgl. auch EGMR *GRA Stiftung gegen Rassismus und Antisemitismus gegen die Schweiz*, Nr. 18597/13, 9.1.2018, N. 60 f.; Oster, Media Law, S. 11 f.

Inhalts.[1406] Demgemäss muss sich die Äusserung an einen unbestimmten Adressatenkreis richten.[1407] Zudem muss die öffentliche Äusserung durch technische Mittel gespeichert und übertragen werden.[1408] Damit werden grundsätzlich auch öffentlich verbreitete Informationen im Internet von der Medienfreiheit geschützt.[1409] Betreffend die Kommunikation über soziale Medien ist mitunter danach zu fragen, ob sich die Meinungsäusserung an einen unbestimmten Adressatenkreis richtet. Mit Blick auf die verschiedenen Nutzungsmotive von Social-Media-Nutzenden ist diese Frage stets im Rahmen einer Einzelfallprüfung zu beurteilen.[1410] Weiter muss die öffentlichen Information meinungsbildende bzw. ideelle Inhalte aufweisen.[1411] Demgegenüber sind für primär kommerzielle Inhalte nach bundesgerichtlicher Praxis (anders als gemäss der Rechtsprechung des EGMR) nicht die Kommunikationsgrundrechte einschlägig, sondern die einen geringeren Schutz gewährende Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV).[1412]

Fraglich ist, inwieweit der Schutz durch Art. 17 BV die **Beachtung berufsethischer journalistischer Sorgfaltspflichten** voraussetzt. Im 11

1405 Vgl. etwa EGMR *Novaya Gazeta and Borodyanskiy gegen Russland*, Nr. 14087/08, 28.3.2013, N. 42; Oster, Media Freedom, S. 34; vgl. auch EGMR *Kaperzyński gegen Polen*, Nr. 43206/07, 3.4.2012, N. 70; vgl. m.w.Verw. Oster, Media Law, S. 7 f. und S. 10.

1404 EGMR (Grosse Kammer), *Magyar Helsinki Bizottság gegen Ungarn*, Nr. 18030/11, 8.11.2016, N. 108; vgl. Zeller, Konzept, S. 88.

1406 Vgl. betreffend die Presse bereits BGE 31 I 385 E. 2; BGE 100 Ia 445 E. 6; BGE 128 IV 53 E. 5.c; vgl. ausführlich Müller/Schefer/Zeller, Medienfreiheit, S. 441 ff.

1407 BGE 128 IV 53, E. 5.c; Belser/Waldmann, Grundrechte II, Kap. 5 N. 38; Müller/Schefer/Zeller, Medienfreiheit, S. 441 f. Damit wird die Individualkommunikation etwa über Messenger-Apps oder E-Mail nicht von der Medienfreiheit, sondern von der subsidiär greifenden Meinungsfreiheit gemäss Art. 16 BV und dem Fernmeldegeheimnis nach Art. 13 Abs. 1 BV geschützt (statt vieler Belser/Waldmann, Grundrechte II, Kap. 5 N. 38; vgl. im Zusammenhang mit der Überwachung von E-Mails BGE 126 I 50).

1408 Dabei kommt es auf die Art des verwendeten Mittels nicht an (statt vieler Müller/Schefer/Zeller, Medienfreiheit, S. 443; vgl. für das Erfordernis der mechanisch reproduzierten Presse BGE 128 IV 53 E. 5.c, S. 65).

1409 Vgl. Müller/Schefer/Zeller, Medienfreiheit, S. 443; vgl. ausführlich Peduzzi, Meinungs- und Medienfreiheit, S. 169.

1410 Im Rahmen der Anwendbarkeit von Art. 28 StGB bejahte das Bundesgericht etwa die Öffentlichkeit eines Facebook-Beitrags, der sich an 2'500 Personen richtete (m.w.Verw. BGer, Urteil vom 18.11.2020, 6B_440/2019, E. 5.4.4 und 5.6); vgl. betreffend die Auflösung der Grenze privater und öffentlicher Kommunikation in sozialen Netzwerken Bundesrat, Social-Media-Bericht, S. 7 f.; SGK-Errass/Rechsteiner, Art. 17 BV N. 34; vgl. auch Peduzzi, Meinungs- und Medienfreiheit, S. 155.

1411 Vgl. BGE 100 Ia 445 E. 6; Müller/Schefer/Zeller, Medienfreiheit, S. 448.

Kontext der Akkreditierung von Medienschaffenden hat das Bundesgericht die gesetzliche Eingrenzung des Medienbegriffs auf journalistische Medien für verfassungskonform erklärt und hierbei auf die Anwendung der vom Schweizer Presserat – dem Selbstregulierungsorgan für medienethische Fragen – verabschiedeten berufsethischen Sorgfaltspflichten verwiesen.[1413] In seiner jüngeren Praxis versucht das Bundesgericht mit Blick auf die Digitalisierung, die Medienfreiheit schärfer zu umreissen. So gewährt es nicht journalistisch tätigen Personen betreffend den Zugang zu behördlichen Informationen oder die Rechtfertigung von Persönlichkeitsverletzungen keinen Schutz durch die Medienfreiheit.[1414] Auch Teile der Lehre sprechen sich für die Einschränkung der Medienfreiheit auf journalistische Beiträge aus. Werden Themen im öffentlichen Interesse im Rahmen nicht-journalistischer Äusserungen behandelt – so z.B. von NGOs –, befürworten etwa Zeller/Kiener die punktuelle Gewährung eines vergleichbar verstärkten Schutzes im Rahmen der Meinungs- und Informationsfreiheit.[1415] Dieser Auffassung ist u.E. zuzustimmen.

12 Schliesslich vertreten gewisse Autorinnen und Autoren die Ansicht, dass nur journalistische Tätigkeiten von einer gewissen **Kontinuierlichkeit** von der

1412. Vgl. Müller/Schefer/Zeller, Medienfreiheit, S. 448; Nobel/Weber, Medienrecht, Kap. 3, N. 54. Entsprechend sind systematische, vorgängige Inhaltskontrollen kommerzieller Äusserungen – so etwa die Vorkontrolle der Arzneimittelwerbung – verfassungsrechtlich nicht ausgeschlossen (vgl. etwa BGE 128 I 295 E. 5.a), S. 308; krit. SGK-Errass/Rechsteiner, Art. 17 BV N. 35 ff.; CR-Cottier, Art. 17 Cst. N. 36). Teile der Lehre vertreten hingegen die Ansicht, dass auch kommerzielle Inhalte unter den Schutz der Medienfreiheit fallen. So kann auch Werbung politische oder kulturelle Themen aufnehmen und ist für die Medien existenzsichernd (ausführlich Barrelet/Werly, Droit de la communication, Rz. 72 f.; SGK-Errass/Rechsteiner, Art. 17 BV N. 36; Kley, Medien, S. 190). U.E. drängt sich ein Schutz kommerzieller Inhalte im Rahmen der Medienfreiheit nicht auf. Vielmehr erscheint es sinnvoll im Rahmen von Art. 17 BV der im Rahmen der Meinungsfreiheit entwickelten Abgrenzung zwischen ideellen und kommerziellen (und gemischten) Inhalten zu folgen.

1413. Vgl. BGer, Urteil vom 10.10.2013, 1C_335/2013, E. 3.4; vgl. den Journalistenkodex des Presserats; CR-Cottier, Art. 17 Cst. N. 11; BSK-Zeller/Kiener, Art. 17 BV N. 17; vgl. ausführlich zum Journalistenkodex des Presserats Barrelet/Werly, Droit de la Communication, Rz. 2203.

1414. Vgl. den mangelnden Anspruch auf behördliche Information eines IV-Versicherten, da dieser weder Journalist sei noch geltend mache, sonst wie «medial tätig zu sein», BGer, Urteil vom 27.6.2018, 1C_461/2017, E. 4.4; vgl. hierzu Zeller, Rechtsprechung 2017/2018, S. 674 f.; vgl. hinsichtlich persönlichkeitsverletzender nichtjournalistischer Kommentare in Diskussionsforen BGer, Urteil vom 3.4.2019, 5A_801/2018, E. 9.3.3; vgl. dazu Zeller, Rechtsprechung 2018/2019, S. 697; vgl. ausführlich zur Rolle journalistischer Sorgfaltspflicht in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung Zeller, Journalistische Sorgfaltspflicht, S. 64 ff.

Medienfreiheit geschützt sein sollen. Begründet wird dies damit, dass Medien zur wirksamen Wahrnehmung ihrer besonderen Funktionen einer auf Dauer ausgelegten und die entsprechenden Ressourcen erfordernden minimalen Organisationsstruktur bedürfen.[1416] U.E. ist fraglich, ob dieses Kriterium aufgrund seiner relativ hohen Hürde ein konstitutives Element des Medienbegriffs gemäss Art. 17 BV darstellt oder ob es nicht eher als richtungsgebend für die Einordnung eines Medienbeitrags unter die Medienfreiheit zu betrachten ist.[1417]

Zusammenfassend ist festzustellen, dass auch im schweizerischen Verfassungsrecht ein der Rechtsprechung des EGMR nahekommendes funktionales Verständnis der Medien im Rahmen der Kommunikationsfreiheiten herrscht. Ein verstärkter Schutz, sei es im Rahmen der Medienfreiheit oder der Meinungs- und Informationsfreiheit, ist jener 13

1415. Vgl. BSK-Zeller/Kiener, Art. 17 BV N. 9, 17 und 26; vgl. auch CR-Cottier, Art. 17 Cst. N. 11; Kiener/Kälin/Wyttenbach, Grundrechte, § 21 N. 17. Ein vergleichbarer Schutz kann angemessen sein beim Zugang zu amtlichen Dokumenten, hingegen nicht zwingend beim Schutz des Redaktionsgeheimnisses, der Akkreditierung von Medienschaffenden oder der Anwendbarkeit des Medienstrafrechts (vgl. m.Verw. auf die Praxis des EGMR BSK-Zeller/Kiener, Art. 17 BV N. 17). Damit dürfte etwa die von Julian Assange gegründete Enthüllungs-Plattform WikiLeaks u.E. mangels Beachtung der journalistischen Sorgfaltspflichten wie etwa der Abwägung mit Persönlichkeitsrechten nicht den Schutz der Medienfreiheit geniessen. Allerdings dürfte WikiLeaks aufgrund des zweifellosen Beitrags zu einer im öffentlichen Interesse stehenden Debatte punktuell von einem vergleichbar erhöhten Schutz durch die Meinungs- und Informationsfreiheit gemäss Art. 16 BV profitieren. Entsprechend geniessen auch nicht-journalistische Äusserungen auf Sozialen Medien wie Facebook oder Twitter sowie diese Online-Plattformen selbst mangels Beachtung der berufsethischen Sorgfaltspflichten u.E. nicht den Schutz der Medienfreiheit (a.M. betreffend die Plattformen selbst Brunner, Art. 17 BV, S. 96; differenzierter CR-Cottier, Art. 17 Cst. N. 11, wonach Online-Plattformen je nach Intensität ihrer redaktionellen Tätigkeit, sprich der Kontrolle über die Auswahl und Präsentation der Inhalte, als Medien gemäss Art. 17 BV bezeichnet werden können); vgl. auch einen neueren Entscheid des Bundesgerichts, worin dieses für die Anwendbarkeit des Medienstrafrechts einen weiten Medienbegriff vertritt und darunter mitunter auch soziale Medien erfasst, solange das Kriterium des unbestimmten Adressatenkreises bzw. der öffentlichen Zugänglichkeit erfüllt ist, m.w.Verw. BGer, Urteil vom 18.11.2020, 6B_440/2019, E. 5.4.2 ff.; krit. hierzu u.a. Cerutti/Frattolillo, Twitter. U.E. kann ein weiter Medienbegriff bei der Anwendbarkeit des Medienstrafrechts mit Blick auf Art. 16 BV gerechtfertigt sein und steht einem engeren Medienbegriff im Rahmen von Art. 17 BV nicht entgegen.

1416. Vgl. CR-Cottier, Art. 17 Cst. N. 11. Auch gemäss Biaggini umfasst die Medienfreiheit die «(mehr oder weniger) organisierte» öffentliche Kommunikation (vgl. Biaggini, Art. 17 BV N. 2).

1417. In diese Richtung auch BSK-Zeller/Kiener, Art. 17 BV N. 17.

öffentlichen Kommunikation über meinungsbildende Inhalte zu gewähren, die eine demokratiewesentliche Meinungsbildungs- und Kontrollfunktion erfüllt. Dies ist speziell der Fall bei journalistisch aufbereiteten Beiträgen, die im Rahmen einer gewissen Organisationsstruktur verbreitet werden.

2. Geschützte Ansprüche und Teilgehalte

a. Schutz von Medieninhalten und Schutz institutioneller Aspekte

14 Die Medienfreiheit beinhaltet sowohl eine inhaltliche als auch eine institutionelle bzw. organisatorische Seite. Die **inhaltliche Seite** ist auf den intensiveren Schutz von Medieninhalten ausgerichtet (vgl. zum Medienbegriff N. 9 ff., vgl. zu den Auswirkungen des besonderen Schutzes im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung N. 45 ff.).[1418] Dieser besondere Schutz wird unabhängig von der verwendeten Form bzw. Mediengattung gewährleistet, mittels welcher der Medieninhalt verbreitet wird; Art. 17 BV ist mit anderen Worten technologisch neutral ausgestaltet.[1419] Während die Presse alle Formen von Druckschriften umfasst, wird unter Radio und Fernsehen die zeitlich angesetzte bzw. lineare Verbreitung von Audio- oder audiovisuellen Inhalten verstanden.[1420] Über die Auffang- und Entwicklungsklausel der «anderen Formen» schützt Art. 17 BV gleichermassen alle heutigen und künftigen Formen fernmeldetechnisch verbreiteter öffentlicher Kommunikation (vgl. bereits N. 4).[1421]

15 Die **institutionelle bzw. organisatorische Seite** schützt die Medien als Institutionen bzw. Organisationen und in diesem Sinne die organisatorischen Rahmenbedingungen, die mit der Publikation von Medieninhalten untrennbar

1418. Vgl. Oster, Media Freedom, S. 84 f.; Oster, Media Law, S. 52; vgl. auch Grabenwarter/Pabel, EMRK, § 23 N. 9; BSK-Zeller/Kiener, Art. 17 BV N. 18.

1419. Vgl. CR-Cottier, Art. 17 Cst. N. 12; BSK-Zeller/Kiener, Art. 17 BV N. 13.

1420. Vgl. BSK-Zeller/Kiener, Art. 17 BV N. 14; vgl. zum Begriff von Radio und Fernsehen statt vieler BSK-Dumermuth/Zeller, Art. 93 BV N. 11.

1421. Biaggini, Art. 17 BV N. 5; CR-Cottier, Art. 17 Cst. N. 12; BSK-Zeller/Kiener, Art. 17 BV N. 15. Während es für den Schutz durch die Medienfreiheit irrelevant ist, welcher Mediengattung ein Medieninhalt zugeordnet wird, spielt die (in der Lehre umstrittene) Abgrenzung zwischen den verschiedenen Mediengattungen eine Rolle bei der Auslegung der Bundeskompetenz gemäss Art. 93 Abs. 1 BV, welche die Presse nicht erfasst (vgl. bereits N. 4) (BSK-Zeller/Kiener, Art. 17 BV N. 13; vgl. CR-Cottier, Art. 17 Cst. N. 12; vgl. ausführlich zum Lehrstreit betreffend die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen im Medienbereich Piolino, Staatsunabhängigkeit, S. 164 ff.).

verbunden und für die effektive Wahrnehmung der demokratiewesentlichen Funktionen der Medien notwendig sind (vgl. zur Bedeutung und Funktion der Medienfreiheit N. 8).[1422] Darunter fällt der gesamte Prozess der Produktion von Medieninhalten, von der Recherche- und Redaktions- bis zur Verbreitungs- und Speicherungstätigkeit, so etwa in der Form der ausdrücklich gewährleisteten Garantie des Redaktionsgeheimnisses (Art. 17 Abs. 3 BV, vgl. dazu N. 88 ff.).[1423] Zur institutionellen Medienfreiheit wird zudem das Gebot der Staatsunabhängigkeit der Medien gezählt.[1424] Auch Art. 10 EMRK garantiert die organisatorischen Voraussetzungen, auf welche die Medien für die Erfüllung ihrer Funktionen angewiesen sind, so etwa den Medienbetrieb, die technischen Bedingungen und die staatsunabhängige Organisation von Medien.[1425] Die institutionelle Seite der Medienfreiheit schützt typischerweise vor indirekter staatlicher Beeinflussung medialer Inhalte (vgl. hierzu N. 37).[1426]

b. Einzelne Ansprüche und Teilgehalte (subjektiv-rechtliche Dimension)

16 In ihrer subjektiv-rechtlichen Dimension schützt die Medienfreiheit konkrete Rechtspositionen der betroffenen Grundrechtsträger und vermittelt ihnen justiziable Ansprüche. Im Vordergrund steht dabei der Schutz von Medienschaffenden vor **Eingriffen in die Medienfreiheit** beispielsweise durch das Verbot einer anstehenden Publikation im Rahmen einer vorsorglichen Massnahme gem. Art. 261 ff. ZPO oder die strafrechtliche Sanktion für eine die Ehre oder die Privatsphäre einer Person verletzende

1422 Vgl. Oster, Media Freedom, S. 84 f.; Oster, Media Law, S. 52; vgl. auch Grabenwarter/Pabel, EMRK, § 23 N. 9; BSK-Zeller/Kiener, Art. 17 BV N. 18.

1423 Vgl. Oster, Media Freedom, S. 84 f.; Oster, Media Law, S. 52; m.w.Verw. Grabenwarter/Pabel, EMRK, § 23 N. 9; Müller/Schefer/Zeller, Medienfreiheit, S. 443 f.; BSK-Zeller/Kiener, Art. 17 BV N.18.

1424 Vgl. Oster, Media Freedom, S. 51 und 84 f.; Oster, Media Law, S. 52; zustimmend Piolino, Staatsunabhängigkeit, S. 90.

1425 Vgl. zur Beeinträchtigung eines Pressebetriebs EGMR *Özgür Gündem gegen die Türkei*, Nr. 23144/93, 16.3.2000, N. 49 und bezüglich der Beeinträchtigung technischer Voraussetzungen EGMR *Groppera Radio AG a.o. gegen die Schweiz*, Nr. 10890/84, 28.3.1990, N. 55; vgl. zur staatsunabhängigen Organisation von Service public-Medien EGMR *Manole a.o. gegen Moldau*, Nr. 13936/02, 17.9.2009, N. 98; vgl. dazu Oster, Media Freedom, S. 85.

1426 Vgl. Oster, Media Freedom, S. 85; Oster, Media Law, S. 52; vgl. in Bezug auf die Staatsunabhängigkeit von Radio und Fernsehen Peduzzi, Meinungs- und Medienfreiheit, S. 143;

Äusserung.[1427] Die Medienfreiheit schützt aber auch vor einer Behinderung der Medienschaffenden in der Recherchetätigkeit, etwa indem diese von bestimmten Orten ferngehalten werden.[1428]

17 Von besonderer praktischer Relevanz ist auch das spezifisch in Art. 17 Abs. 3 BV garantierte **Redaktionsgeheimnis**, welches Medienschaffenden insbesondere einen Schutz vor Offenlegung ihrer Informationsquellen garantiert (vgl. dazu ausführlich unten N. 88 ff.).

18 Die Medienfreiheit schützt Medienschaffende weiter in ihrer **Recherchetätigkeit**. In diesem Zusammenhang vermittelt die Medienfreiheit betroffenen Medienschaffenden auch einen Anspruch auf ausreichenden Schutz durch die zuständigen Behörden vor allfälligen (drohenden) Gewalttaten durch Dritte.[1429]

19 Gestützt auf Art. 17 BV haben Medienschaffende zudem ein Recht auf **Verbreitung von Informationen**. Geschützt sind damit alle Tätigkeiten des Transports, des Verkaufs und der Verteilung von Medieninhalten bzw. -erzeugnissen.[1430]

20 Eine Pflicht der vorgängigen **Meldung, Bewilligung oder Konzessionierung** von Medienerzeugnissen ist nur unter sehr restriktiven Voraussetzungen zulässig.[1431] Eine solche Praxis stellt einen schweren Eingriff in die Medienfreiheit dar, welcher der Zensur gleichkommen kann.[1432] Für die stärker geregelten Radio- und Fernsehveranstalter hingegen gelten Melde-, Bewilligungs- und Konzessionspflichten im Rahmen von Art. 17 BV und Art. 10

1427 Vgl. bspw. BGE 147 III 185 (Zeitungsartikel mit Schlagzeile «Kinderqual-Sekte»); BGE 137 IV 313 (Hitler-Vergleich); EGMR *GRA Stiftung gegen Rassismus und Antisemitismus Schweiz gegen die Schweiz*, Nr. 18597/13, 9.1.2018, N. 50 (zum Vorwurf des «verbalen Rassismus»); EGMR (Grosse Kammer), *Jersild gegen Dänemark*, Nr. 15890/89, 23.9.1994 (zur Thematik der Wiedergabe von strafrechtlich relevanten Äusserungen in den Medien). Ausführlich zu Einschränkungen der Medienfreiheit vgl. unten N. 36 ff.

1428 Etwa EGMR *Gsell gegen die Schweiz*, Nr. 12675/05, 8.10.2009, N. 49 ff.

1429 EGMR *Özgür Gündem gegen die Türkei*, Nr. 23144/93, 16.3.2000, N. 43 ff.; vgl. m.H. auf die Praxis zu Art. 19 UNO-Pakt II Schabas, CCPR Commentary, Art. 19 CCPR Ziff. 22; vgl. zu positiven Verpflichtungen im Rahmen von Art. 10 EMRK allgemein Harris/O'Boyle/Warbrick, Law of the ECHR, S. 596 ff.

1430 Barrelet/Werly, Droit de la communication, Rz. 126 f.

1431 Vgl. Barrelet/Werly, Droit de la communication, Rz. 129 ff., der für den Bereich der Presse von einer Unzulässigkeit ausgeht.

EMRK als zulässig (vgl. ausführlicher N. 72 f.; vgl. zum stärker geregelten Rundfunkbereich bereits N. 4).[1433]

Die Medienfreiheit gewährleistet Medienschaffenden auch das Recht, **Informationen von Dritten** grundsätzlich[1434] nicht «transportieren» zu müssen, wobei Überlegungen dazu insbesondere im stärker geregelten Rundfunkbereich praktisch relevant sind. Nach ständiger Rechtsprechung besteht grundsätzlich kein sogenanntes «Recht auf Antenne»[1435], d.h. kein Recht von Dritten oder des Staates, von Programmveranstaltern die Verbreitung bestimmter Informationen zu verlangen (vgl. ausführlicher auch zu den Ausnahmen N. 63 ff.).[1436] 21

Traditionell wurde die Medienfreiheit primär als Abwehrgrundrecht verstanden, welches grundsätzliche keine **Leistungsansprüche** und insbesondere kein Recht auf Massnahmen der Medienförderung vermittelt.[1437] Trotzdem anerkennen Rechtsprechung und Lehre auch im Rahmen der Medienfreiheit spezifische Leistungs- und Teilhaberechte, sei es bezüglich des Zugangs zu staatlichen Informationen (dazu sogleich N. 23 f.), sei es bezüglich des Zugangs zu (bestehender) Infrastruktur.[1438] Hervorzuheben sind in diesem Kontext spezifische **Zugangsrechte** von Medienschaffenden zu **relevanten Informationen**. 22

So vermittelt die Medienfreiheit ein Recht auf **Zugang zu staatlichen Quellen**, welches nach geltender bundesgerichtlicher Rechtsprechung (wohl) über die im Rahmen der Informationsfreiheit gemäss Art. 16 BV garantierten Zugangsrechte hinausgeht.[1439] Rechnung getragen wird den Bedürfnissen von Medienschaffenden auch in der Ausgestaltung des Öffentlichkeitsgesetzes des 23

1432 Dies insbesondere, da die Idee der Pressefreiheit und des Zensurverbots sich aus der Praxis staatlicher und kirchlicher Lizensierungssysteme entwickelt hat; d.h. die Ablehnung systematischer, inhaltlicher Vorkontrolle von Medienerzeugnissen eigentlicher Kern der Medienfreiheit darstellt. Vgl. John Milton, Areopagitica. Ausführlich zum Zensurverbot unten N. 76 ff.

1433 Barrelet/Werly, Droit de la communication, Rz. 250 ff.

1434 Eine Ausnahme besteht allerdings etwa im Kontext des Gegendarstellungsrechts nach Art. 28*g* ZGB. Vgl. zum Gegendarstellungsrecht etwa BGE 113 II 369 E. 3; BGE 130 III 1 E. 4.2.1.

1435 Vgl. m.w.Verw. bspw. BGE 136 I 167 E. 3.3.1.

1436 Vgl. Barrelet/Werly, Droit de la communication, Rz. 271; Biaggini, Art. 17 BV N. 7.

1437 Vgl. etwa CR-Cottier, Art. 17 Cst. N. 14; Biaggini, Art. 17 BV N. 7.

1438 Vgl. Müller, Verwirklichung der Grundrechte, S. 89 (mit dem Hinweis auf den Anspruch auf Zugang zu bestehenden Einrichtungen, darunter etwa dem Radio- oder Fernsehnetz).

Bundes. So verpflichten Art. 10 Abs. 4 lit. a BGÖ und Art. 9 VBGÖ die Behörden zur Rücksichtnahme auf Medien bei Zugangsgesuchen zu amtlichen Dokumenten gestützt auf das genannte Gesetz. Art. 15 Abs. 4 VBGÖ sieht seit 2014 grundsätzlich eine Reduktion der erhobenen Gebühren für Medienschaffende um 50 Prozent vor.[1440]

24 Auch für die **Gerichtsberichterstattung** über strafrechtliche Hauptverhandlungen verfügen Medienschaffende gestützt auf Art. 70 Abs. 3 StPO über weitergehende Zugangsrechte, als sich diese für die Allgemeinheit aus Art. 30 Abs. 3 BV und Art. 69 ff. StPO ergeben (vgl. auch unten N. 26, 56, 67 ff.).[1441] Dies entspricht der Bedeutung der Medienschaffenden als Kontrollinstanz von staatlichem Handeln und ihrer Wächter- und Vermittlerrolle in diesen Verfahren.[1442]

25 Die Medienfreiheit entfaltet keine direkte Horizontal- bzw. Drittwirkung zwischen Privaten. Damit können sich Medienschaffende gegenüber Einflussnahmen etwa von Seiten des Verlags nicht direkt auf die Medienfreiheit berufen (sog. **«innere oder innerbetriebliche Medienfreiheit»**). Vielmehr sind Spannungsverhältnisse zwischen der Medienfreiheit von Redaktionsangestellten einerseits und der Medienfreiheit sowie der wirtschaftlichen Gestaltungsfreiheit des Verlags als Arbeitgeber andererseits nicht direkt unter dem Titel des Verfassungsrechts, sondern unter jenem des (verfassungskonform auszulegenden) Arbeitsrechts aufzulösen.[1443] Damit ist der Medienfreiheit der Medienschaffenden bei der Anwendung des einschlägigen Arbeitsrechts hinreichend Rechnung zu tragen (vgl. Art. 35 Abs. 3 BV; vgl. sogleich N. 27).[1444]

1439 BGE 137 I 8 (Anerkennung eines Zugangsrechts aus Art. 17 BV, nicht aber aus Art. 16 Abs. 3 BV). Obwohl die bundesgerichtliche Rechtsprechung diesbezüglich (noch) nicht ganz klar ist, ist u.E. mit Blick auf das Urteil EGMR (Grosse Kammer), *Magyar Helsinki Bizottság gegen Ungarn*, Nr. 18030/11, 8.11.2016 und die besondere Stellung Medienschaffender in der Vermittlung von Informationen zwischen staatlichen Behörden und Öffentlichkeit (vgl. auch N. 8) davon auszugehen, dass der Informationsanspruch im Rahmen von Art. 17 BV weitergeht als derjenige im Rahmen von Art. 16 Abs. 1 und 3 BV. Zur Frage einer allfälligen Weiterentwicklung von Art. 16 Abs. 1 und 3 BV.

1440 Vgl. mit dem Anstoss zur entsprechenden Änderung BGE 139 I 114 E. 4.3.

1441 Etwa BGE 143 I 194 E. 3.1.

1442 BGE 143 I 194 E. 3.1.

1443 Vgl. m.w.Verw. Nobel/Weber, Medienrecht, 3. Kap., Rz. 131; vgl. auch Müller/Schefer/Zeller, Medienfreiheit, S. 478.

c. Objektiv-rechtliche Dimension der Medienfreiheit

In ihrer objektiv-rechtlichen Dimension verpflichtet die Medienfreiheit den Staat, die erforderlichen Massnahmen für ihre Verwirklichung zu treffen.[1445] Dies ergibt sich ausdrücklich aus Art. 35 Abs. 1 BV, wonach die Grundrechte als objektive Grundsatznormen in der ganzen Rechtsordnung zur Geltung kommen müssen.[1446] Damit ist der Staat einerseits zu einer **grundrechtskonformen Rechtsetzung** verpflichtet, in deren Rahmen die Erfüllung der wesentlichen Funktionen der Medien tatsächlich ermöglicht und durch Entwicklungen in der Verfassungswirklichkeit nicht unterwandert wird.[1447] Als Beispiele zu nennen sind etwa das sog. Medienstrafrecht, welches durch die Begrenzung des Kreises strafrechtlich verantwortlicher Personen[1448] Medienäusserungen privilegiert schützt[1449] (Art. 28 StGB, Art. 322 StGB, Art. 322bis StGB), [1450] Art. 266 ZPO (vgl. unten N. 57), [1451] oder die bereits erwähnten Bestimmungen von Art. 10 Abs. 4 lit. a BGÖ, Art. 9 VBGÖ und Art. 15 Abs. 4 VBGÖ (vgl. auch oben N. 23) sowie Art. 70 Abs. 3 StPO (vgl. auch oben N. 23). 26

Andererseits wendet sich die Medienfreiheit auch an die **Rechtsanwendung** und verlangt, dass die rechtsanwendenden Behörden gesetzliche Bestimmungen **grundrechtskonform** auslegen.[1452] Für den Anwendungsbereich der Medienfreiheit betrifft dies insbesondere die grundrechtskonforme Anwendung von die Medienfreiheit einschränkenden Normen etwa des Zivil- und Strafrechts, des Lauterkeits- oder des Urheberrechts (vgl. hierzu N. 53 ff.).[1453] 27

1444 Vgl. zu den menschenrechtlichen Grenzen arbeitsvertraglicher Loyalitätspflicht von Journalisten EGMR *Matúz gegen Ungarn*, Nr. 73571/10, 21.10.2014, N. 32 ff.; BSK-Zeller/Kiener, Art. 17 BV N. 78.

1445 Vgl. Schefer, Kommunikationsgrundrechte, S. 1423.

1446 Vgl. etwa BGE 139 I 114, E. 3 und E. 4.

1447 Vgl. SGK-Errass/Rechsteiner, Art. 17 BV N. 57 ff.; Schefer, Kerngehalte, S. 288 f.

1448 Vgl. BSK-Zeller, Art. 28 StGB N. 12; Buess, Strafrechtliche Verantwortlichkeit, S. 6; enge Auslegung der Anwendbarkeit in BGE 125 IV 206 E. 3b

1449 M.w.Verw. auf unterschiedliche Ansichten in Lehre und Rspr. BSK-Zeller, Art. 28 StGB N. 28.

1450 BSK-Zeller, Art. 28 StGB N. 1.

1451 Botschaft Änderung ZGB (Persönlichkeitsschutz), BBl 1982 II 636, 667 (zur Ratio der Vorgängerbestimmung von Art 28*c* Abs. 3 ZGB).

1452 Vgl. ausführlich zur flankierenden Dimension der Grundrechte im Allgemeinen Müller, Verwirklichung der Grundrechte, S. 101 ff.

28 Ein typisches Beispiel für die objektiv-rechtliche Dimension der Medienfreiheit ist sodann das **Vielfaltsgebot**. Obwohl dieses aufgrund der historischen Gegebenheiten v.a. für den Rundfunkbereich Bedeutung erlangt hat (vgl. hierzu bereits N. 4), beansprucht es Geltung für den gesamten Medienbereich. Denn Medien müssen zur Gewährleistung ihrer Meinungsbildungs- und Kontrollfunktion möglichst vielfältige Themen und Meinungen in die Öffentlichkeit tragen können. Daher hat der Staat eine Medienordnung zu garantieren, die eine die Meinungsvielfalt widerspiegelnde Medienvielfalt anstrebt.[1454] So existieren in einer Demokratie zahlreiche unterschiedliche Interessen und Meinungen, die grundsätzlich gleichwertig sind.[1455] Unterschieden wird zwischen verschiedenen Vielfaltsdimensionen. Im Zentrum steht das Anstreben einer Vielfalt von Meinungen und Informationen über Angelegenheiten von öffentlichem Interesse (inhaltliche Vielfalt). Diese inhaltliche Vielfalt kann durch eine Vielzahl verschiedener Medienanbieter mit individuellem Angebot gesichert sein (Aussenpluralismus). Zudem kann inhaltliche Vielfalt auch innerhalb eines einzelnen Medienanbieters bestehen (Binnenpluralismus).[1456]

29 Für den Bereich von **Radio und Fernsehen** ist die Vielfaltssicherung nebst weiteren Vorgaben explizit im **Grundversorgungs- bzw. Service public-Auftrag** gemäss Art. 93 Abs. 2 BV festgeschrieben (vgl. zum Begriff der Grundversorgung bzw. des Service public N. 74).[1457] Demnach trägt der Bund eine Gewährleistungsverantwortung, den Rundfunkbereich so zu

---

1453 Etwa BGE 147 III 185 E. 3.3, 4.2.3. f. (Art. 28 ff. ZGB); BGE 123 III 354 E. 2a (Art. 3 lit. a UWG); BGE 131 IV 160 E. 3.3.1 (Art. 173 StGB); BGE 131 III 480 E. 2.2, 4.1, 5 (Art. 25 und 10 Abs. 2 URG); vgl. Peduzzi, Meinungs- und Medienfreiheit, S. 100 f.

1454 Vgl. Belser/Waldmann, Grundrechte II, Kap. 5, N. 35; SGK-Errass/Rechsteiner, Art. 17 BV N. 59; Kiener/Kälin/Wyttenbach, Grundrechte, § 21, N. 25; Müller, Verwirklichung der Grundrechte, S. 88 f. und S. 96; Müller/Schefer/Zeller, Medienfreiheit, S. 475.

1455 Vgl. für den Rundfunkbereich m.w.Verw. Hager, Rundfunkvielfalt, S. 6 f. In diesem Sinn hält das Bundesgericht in BGE 98 Ia 73 E. 3.b fest, dass die demokratische Willensbildung „unter anderem dadurch gekennzeichnet [ist], dass die miteinander im Wettstreit stehenden Interessengruppen und Parteien ihre Anliegen und Meinungen ungehindert einer breiten Öffentlichkeit kundgeben können".

1456 Vgl. zum Ganzen etwa Oster, Media Freedom, S. 266.; vgl. auch Hager, Rundfunkvielfalt, S. 10 f.

1457 Art. 93 Abs. 2 BV: Radio und Fernsehen tragen zur Bildung und kulturellen Entfaltung, zur freien Meinungsbildung und zur Unterhaltung bei. Sie berücksichtigen die Besonderheiten des Landes und die Bedürfnisse der Kantone. Sie stellen die Ereignisse sachgerecht dar und bringen die Vielfalt der Ansichten angemessen zum Ausdruck.

organisieren, dass die Meinungsfreiheit und -vielfalt auf Seiten des Publikums optimal gewährleistet werden.[1458] Dies wird vom Bundesgesetzgeber dadurch garantiert, dass er den Service public-Auftrag des Art. 93 Abs. 2 BV an die Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft (SRG) überträgt und überdies die Erteilung sog. Konzessionen mit Leistungsauftrag an lokal-regionale Rundfunkveranstalter vorsieht.[1459] Diese Service public-Veranstalter sind gemäss dem rundfunkrechtlichen Vielfaltsgebot zur inhaltlichen Vielfalt verpflichtet (Binnenpluralismus).[1460] Dieses System lässt sich historisch dadurch erklären, dass der Rundfunkbereich über Jahre durch das Bestehen weniger Radio- und Fernsehveranstalter gekennzeichnet war (vgl. bereits N. 4).

Im Unterschied zum Rundfunkbereich zeichnete sich der Bereich der **Presse** 30
lange Zeit durch einen Wettbewerb verschiedener Anbieter mit individuellem Angebot aus. Das Recht jedes Verlags, die inhaltliche Tendenz seines Angebots festzulegen – die sog. **Tendenzfreiheit** – bildet als presserechtliches Gegenstück des rundfunkrechtlichen Vielfaltsgebots einen wichtigen Bestandteil der Pressefreiheit und sichert den Aussenpluralismus im Pressebereich.[1461] Bis anhin wurde dieser Aussenpluralismus als ausreichender Garant inhaltlicher Vielfalt in diesem Bereich erachtet (vgl. bereits N. 4).[1462] Anläufe zur Einführung von Verfassungsbestimmungen, die

1458 Vgl. etwa m.w.Verw. Dumermuth, Revision RTVG, S. 233, Hettich/Schelker, Medien, S. 53; vgl. auch SGK-Hettich/Schöller, Art. 93 BV N. 24; BSK-Zeller/Dumermuth, Art. 93 BV N. 19.

1459 Vgl. Art. 24 f., Art. 38 und Art. 43 RTVG. Im Gegenzug erhalten die SRG und je nach Finanzierungsmöglichkeiten des betreffenden Gebiets auch die lokal-regionalen Veranstalter eine Abgeltung aus den Einnahmen der Radio- und Fernsehabgabe (vgl. Art. 68*a* Abs. 1 lit. a und b RTVG); vgl. hierzu ausführlich statt vieler Piolino, Staatsunabhängigkeit, S. 142 ff.

1460 Vgl. Art. 4 Abs. 4 Bundesgesetz über Radio und Fernsehen (RTVG, SR 784.40); Hager, Rundfunkvielfalt, S. 19; Peduzzi, Meinungs- und Medienfreiheit, S. 334 f.; vgl. ausführlich m.w.Verw. Masmejan, Comm. LRTV, Art. 4 LRTV N. 66 ff.; Weber, Komm. RTVG, Art. 4 RTVG N. 39 ff. Die Verpflichtung zur inhaltlichen Vielfalt ist zudem insoweit untrennbar mit der Erfüllung des Service public-Auftrags als öffentliche Aufgabe verbunden, als sie sich nicht zuletzt aus dem Service-public-Prinzip der Gleichheit bzw. aus dem damit zusammenhängenden Grundsatz der staatlichen Neutralität bzw. Nichtidentifikation ergibt (vgl. Dumermuth, Programmaufsicht, S. 40 f.; vgl. ausführlicher Piolino, Staatsunabhängigkeit, S. 124 ff.).

1461 Vgl. zur Tendenzfreiheit der Presse im deutschen Verfassungsrecht etwa BVerfGE 52, 283 (296); vgl. aus dem schweizerischen Verfassungsrecht etwa Dubey, Droits fondamentaux II, Rz. 2160; vgl. auch Müller/Schefer/Zeller, Medienfreiheit, S. 478.

1462 Vgl. BGE 98 Ia 73 E. 3.c); vgl. auch Dumermuth, Rundfunkregulierung. S. 352; Peduzzi, Meinungs- und Medienfreiheit, S. 334 f.

dem Bund eine Kompetenz zur mediengattungsübergreifenden Vielfaltssicherung und Medienpolitik eingeräumt hätten, sind bereits mehrfach gescheitert.[1463] Damit muss sich der Bund zur Förderung der Pressevielfalt auf andere Kompetenznormen stützen, so etwa auf die Kompetenz im Postwesen für die Ermässigung der Posttarife für die Presse.[1464]

31 Durch die Digitalisierung unterliegt die **gesamte Medienlandschaft einem Strukturwandel**. Aufgrund der hohen Reichweite von sog. Informationsintermediären wie sozialen Medien und Suchmaschinen wandern die Werbeeinnahmen zunehmend zu Akteuren wie insbesondere Google und Meta (bis 2021: Facebook).[1465] Zudem ist die Zahlungsbereitschaft des Publikums für journalistische Informationen in der Schweiz konstant tief.[1466] Damit ist der gesamte Bereich journalistischer Medien zunehmend von mangelnden Ressourcen geprägt, was die Wahrnehmung deren demokratiewesentlichen Funktionen erschwert. Die Wettbewerbssituation nähert sich somit unabhängig von der Mediengattung insoweit der früheren Situation im Rundfunkbereich an (vgl. hierzu N. 4 und N. 29), als die inhaltliche Vielfalt je länger, je weniger durch eine Vielzahl verschiedener Medienanbieter gesichert wird.[1467] Entsprechend dieser Veränderungen im grundrechtlichen Realbereich dürfte sich u.E. die staatliche Verantwortung zur Ergreifung mediengattungsübergreifender Massnahmen zwecks

1463 Vgl. ausführlich Riklin, Presserecht, § 3 N. 62 ff.; vgl. auch die weiteren Verweise in Piolino, Staatsunabhängigkeit, Fn. 1008. Während dem Bund mit Art. 93 Abs. 1 BV keine Kompetenz zur mediengattungsübergreifende Medienförderung zur Verfügung steht, enthalten einige kantonale Verfassungen Kompetenznormen zur Vielfaltsförderung im gesamten Medienbereich (vgl. etwa § 73 KV AG, § 37 KV BS, Art. 28 KV GE, Art. 46 KV BE und Art. 103 KV SO; vgl. hierzu Barrelet/Werly, Droit de la Communication, Rz. 568; m.w.Verw. Piolino, Staatsunabhängigkeit, S. 166 f.).

1464 Vgl. ausführlich Barrelet/Werly, Droit de la Communication, Rz. 647 ff.; vgl. zudem zur Förderung der rätoromanischen Presse im Rahmen der Sprach- und Kulturförderung M.w.Verw. Barrelet/Werly, Droit de la Communication, Rz. 567 und zu den reduzierten Mehrwertsteuersätzen Barrelet/Werly, Droit de la Communication, Rz. 1174 f.

1465 Vgl. fög/UZH, Jahrbuch 2021, S. 11 und S. 13.

1466 Vgl. fög/UZH, Jahrbuch 2022, S. 13.

1467 Vgl. ausführlicher Piolino, Staatsunabhängigkeit, S. 162 f.; fög/UZH, Jahrbuch 2022, S. 12 ff. So führt die problematische Ressourcenlage zu einer zunehmenden Anbieterkonzentration und Zusammenlegung der Redaktionen, wodurch der Aussenpluralismus abnimmt (vgl. ausführlich fög/UZH, Jahrbuch 2020, S. 159 ff.). Gleichzeitig nimmt dadurch die Vielfalt der abgedeckten Themen innerhalb der verbleibenden Medienanbieter ab (vgl. ausführlich fög/UZH, Jahrbuch 2020, S. 163 ff.).

Vielfaltssicherung aktualisieren.[1468] Dabei stehen angesichts des Ressourcenmangels insbesondere finanzielle Fördermassnahmen im Zentrum (vgl. zur staatlichen Medienförderung N. 74).[1469]

B. Persönlicher Schutzbereich

Auf die Medienfreiheit berufen können sich alle natürlichen und juristischen Personen, die an der Recherche, Herstellung und Verbreitung von Medieninhalten beteiligt sind, unabhängig von ihrer Nationalität. Somit sind sowohl **Medienschaffende** als auch **Medienunternehmen** von der Medienfreiheit geschützt. Ebenfalls erfasst sind Hilfspersonen von Medienschaffenden wie z.B. Kameraleute.[1470] Dabei muss sich das Medienschaffen u.E. zumindest an journalistischen Berufsregeln orientieren und in dieser Hinsicht einen gewissen Grad an Professionalität aufweisen (vgl. zum Medienbegriff N. 9 ff.). Zu teilen ist entsprechend die Auffassung, wonach etwa das Verfassen von Leserbriefen oder von Kommentaren in Blogs oder Diskussionsforen keine «medienschaffende» Tätigkeit ist, deren Urheberinnen und Urheber vom persönlichen Schutzbereich von Art. 17 BV erfasst werden.[1471] 32

Der Grundrechtsschutz **juristischer Personen im Rahmen der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe** wird von der h.L. dann bejaht, wenn die juristische Person in einer bestimmten Funktion unmittelbar und spezifisch der Verwirklichung von Grundrechten dient.[1472] Der SRG gestand das Bundesgericht (ähnlich den Gemeinden) lange Zeit lediglich eine von Art. 93 Abs. 3 BV garantierte (Programm-)Autonomie innerhalb des gesetzlich umschriebenen Leistungsauftrags und damit keinen grundrechtlichen Schutz zu.[1473] Demgegenüber forderte ein Teil der Lehre seit jeher den grundrechtlichen Schutz der SRG bei der Erfüllung ihres öffentlichen Auftrags 33

1468 Vgl. auch Müller/Schefer/Zeller, Medienfreiheit, S. 476.

1469 Vgl. EMEK, Medien im digitalen Zeitalter, S. 16; vgl. aus der Medienwissenschaft m.w.Verw. Puppis et al., Medien, S. 359.

1470 Vgl. etwa SGK-Errass/Rechsteiner, Art. 17 BV N. 65 f.; Kley, Medien, S. 194.

1471 So auch die 3. Aufl. des SGK BV SGK-Brunner/Burkert, Art. 17 BV N. 31, die zudem eine «berufliche» Tätigkeit voraussetzen: «Medienschaffende» müssen demnach entweder in einer Anstellung, selbständig oder als Auftragsnehmende für ein Medium tätig sein.

1472 Vgl. etwa Hangartner, Verfassungsmässige Rechte, S. 122; vgl. im Kontext staatlicher Hochschulen als Träger der Wissenschaftsfreiheit Belser/Waldmann, Grundrechte II, Kap. 5, N. 63; Kiener/Kälin/Wyttenbach, Grundrechte, § 24, N. 5.

mit der Begründung, dass die SRG gerade aufgrund ihres Programmauftrags «eine wesentliche Funktion für die Meinungsäusserungs- und Informationsfreiheit [...] zu erfüllen hat».[1474] Inzwischen bejaht auch das Bundesgericht den Schutz der SRG durch Art. 17 BV bei der Erfüllung ihres Leistungsauftrags.[1475]

34 Inwieweit auch **Mediennutzende bzw. das Publikum** von der Medienfreiheit geschützt sind, ist in der Lehre nicht gänzlich geklärt.[1476] In jedem Fall kann sich das Publikum auf die funktional der Medienfreiheit zugeordnete Informationsfreiheit gemäss Art. 16 Abs. 3 BV berufen, die mitunter einen staatlich unbeeinflussten Zugang zu Medieninformationen garantiert.[1477] Fraglich bleibt allerdings, ob Eingriffe in die Medienfreiheit – z.B. staatliche Einflussnahmen auf eine lokale Zeitung – aufgrund dieser funktionalen Beziehung zugleich immer auch Eingriffe in die Informationsfreiheit der Mediennutzenden (z.B. der betreffenden Zeitungsleserschaft) darstellen.[1478] In jedem Fall müsste die oder der Einzelne für eine prozessuale Geltendmachung von Grundrechtsverletzungen die Voraussetzung der Beschwerdebefugnis erfüllen. Gemäss der Praxis des EGMR zu Art. 10 EMRK ist eine Person nicht bereits dadurch, dass sie eine Zeitung regelmässig liest, zur Beschwerde aufgrund der Verletzung ihrer Informationsfreiheit durch ein staatliches Verbot dieser Zeitung befugt, solange weiterhin ein hinreichend vielfältiges Medienangebot besteht.[1479] Dementsprechend ist u.E. zumindest dann eine Berufung auf die Medien- bzw. Informationsfreiheit denkbar, wenn dem Einzelnen durch eine einschränkende staatliche Massnahme kein hinreichend vielfältiges

1473. Vgl. etwa BGer, Urteil vom 13.1.2000, 2A.213/1999, E. 1; BGE 98 Ia 73 E. 3c); BGer, Urteil vom 17.10.1980, in: ZBl 1982, E. 3.a), S. 224; vgl. aus der Lehre etwa Hangartner, Verfassungsmässige Rechte, S. 124.

1474. So Müller, Elemente, S. 95; vgl. auch Hangartner, Verfassungsmässige Rechte, S. 124; Hettich/Schelker, Medien, S. 135; Müller/Schefer/Zeller, Medienfreiheit, S. 450 und S. 491.

1475. Statt vieler BGE 137 I 8 E. 2.4; BGE 137 I 340 E. 3.3; vgl. hierzu Belser/Waldmann, Grundrechte II, Kap. 5, N. 40; Seiler, Grundrechtsträgerschaft und Grundrechtsverpflichtung, S. 752; vgl. m.w.Verw. Piolino, Staatsunabhängigkeit, S. 432 f.

1476. Biaggini, Art. 17 BV N. 6. Eine Grundrechtsträgerschaft des Publikums bejahen etwa in der 3. Aufl. des SGK-BV SGK-Brunner/Burkert, Art. 17 BV N. 33 und Kley, Medien, S. 194.

1477. Statt vieler BSK-Hertig, Art. 16 BV N. 16; Kley, Medien, S. 194; vgl. ausführlich Peduzzi, Meinungs- und Medienfreiheit, S. 211 ff.

1478. Vgl. hierzu Piolino, Staatsunabhängigkeit, S. 80 f. und S. 437.

1479. Vgl. EGMR *Tanrikulu, Çetin, Kaya u.a. gegen die Türkei* (Entscheid über das Eintreten), Nr. 40160/98; 6.11.2001; Oster, Media Law, S. 59.

Medienangebot mehr zur Verfügung stünde, wobei die lokal-regionalen Verhältnisse zu berücksichtigen sind.[1480]

Vom Schutzbereich der Medienfreiheit dürften auch Äusserungen erfasst sein, welche (teil-)automatisiert generiert wurden; zu denken ist insbesondere an Äusserungen durch «**Journalismusbots**».[1481] Journalismusbots bzw. Technologien der künstlichen Intelligenz können in verschiedenen Stadien der Herstellung und Weitergabe von Medienäusserungen eingesetzt werden. Aktuell finden entsprechende Technologien als «Generatoren» von Medienäusserungen etwa im Rahmen der Erstellung von Texten, der Bearbeitung von Bildern oder Videos oder auch als Chatbots – beispielsweise zur Interaktion mit Nutzerinnen und Nutzern zum Zweck der Personalisierung des Angebots[1482] – Anwendung.[1483] Diese Äusserungen sind unabhängig von der Art ihrer Erstellung als Medienäusserungen zu schützen; die Tatsache, dass sie (teil-)automatisiert generiert wurden, schliesst sie nicht vom sachlichen Schutzbereich der Medienfreiheit aus. Daraus ist jedoch nicht zu schliessen, dass entsprechende KI-Anwendungen selbst Grundrechtsträger wären.[1484] 35

1480 Ausführlich Piolino, Staatsunabhängigkeit, S. 437 ff.

1481 Damit sind hier Technologien der künstlichen Intelligenz gemeint, welche von Medienunternehmen oder Medienschaffenden im Rahmen ihrer journalistischen Tätigkeit eingesetzt werden. Vgl. zur Erfassung von «Bot-Äusserungen» vom Schutzbereich der Kommunikationsgrundrechte Schefer, Kommunikationsgrundrechte, S. 1435 ff. (Rz. 60 ff.).

1482 Vgl. Goldhammer/Dieterich/Prien, Wissenschaftlicher Bericht: Künstliche Intelligenz, Medien und Öffentlichkeit, Berlin/Bern März/April 2019, S. 26 mit dem Hinweis auf «AINews», damals verwendet von La Liberté.

1483 Ausführlich zum Thema Goldhammer/Dieterich/Prien, Wissenschaftlicher Bericht: Künstliche Intelligenz, Medien und Öffentlichkeit, Berlin/Bern März/April 2019, S. 9 ff.; vgl. auch Tamedia, Roboter Tobi schreibt erste Texte. Ein Freelancer der besonderen Art: Ein Roboter hat die Redaktion beim Berichten über die Abstimmungsresultate unterstützt – und das mit personalisierten Texten, persoenlich.ch vom 24.09.2018 (https://www.persoenlich.com/medien/roboter-tobi-schreibt-erste-texte).

1484 Vgl. zum Ganzen Schefer, Kommunikationsgrundrechte, S. 1436 f. (Rz. 64). Vgl. ebenfalls SGK-Errass/Rechsteiner, Art. 17 BV N. 44 und 66.

C. Einschränkungen

36 Eingriffe in die Medienfreiheit erfolgen einerseits über **direkte rechtliche Einschränkungen** wie beispielsweise präventive Verbote,[1485] negative Zugangsverfügungen[1486] oder nachträgliche Sanktionen.[1487]

37 Als weitere Eingriffsart sind **indirekte Einschränkungen der publizistischen Tätigkeit** zu nennen (auch mittelbare Eingriffe genannt). Anders als unmittelbare Einflussnahmen knüpfen mittelbare Einflussnahmen nicht an bestimmte Medieninhalte an, womit sie die Auswahl und Gestaltung von Medieninhalten lediglich indirekt und weniger berechenbar beeinflussen. Ob eine staatliche Einflussnahme als direkt oder indirekt zu betrachten ist, hängt von der Steuerbarkeit des Einflusses auf die Gestaltung der Medieninhalte ab.[1488] Über solche Mittel der indirekten Einflussnahme verfügt der Staat typischerweise im Rahmen von organisatorischen Massnahmen, so etwa bei der Organisation der Grundversorgung bzw. des Service public im Medienbereich (vgl. zu den organisatorischen Einschränkungen der Medienfreiheit N. 72 ff.; vgl. auch N. 84).[1489]

38 Neben diesen rechtlichen Einschränkungen sind auch **faktische Einschränkungen** zu beachten. Zu nennen ist beispielsweise das physische Fernhalten von Medienschaffenden vom Ort einer Kundgebung durch die Verhinderung ihrer Weiterreise[1490] oder gezielte, öffentliche Kritik von Behörden an einzelnen Medienschaffenden oder Medienunternehmen.[1491]

39 Von nicht unerheblicher Bedeutung sind indirekte Einschränkungen in die Medienfreiheit durch einen sog. **Chilling Effect**: Insbesondere der EGMR unterstreicht in seiner Rechtsprechung, dass scharfe Sanktionen gegen

---

1485 Etwa im Rahmen von Art. 266 ZPO; vgl. dazu Barrelet/Werly, Droit de la communication, Rz. 1656 ff.

1486 Etwa BGE 137 I 8.

1487 Etwa BGE 147 III 185; BGE 137 IV 313; BGE 131 III 480; BGE 123 III 354.

1488 Vgl. ausführlich zur Dogmatik der indirekten Einwirkungen auf den publizistischen Inhalt als Schutz vor Grundrechtsgefährdungen Piolino, Staatsunabhängigkeit, S. 183 ff.

1489 Vgl. für Bereich von Radio und Fernsehen m.w.Verw. BSK-Zeller/Dumermuth, Art. 93 BV N. 34; vgl. m.w.Verw. insbesondere auf die deutsche Lehre und Rechtsprechung im Rundfunkbereich Piolino, Staatsunabhängigkeit, S. 182.

1490 BGE 130 I 369; EGMR *Gsell gegen die Schweiz*, Nr. 12675/05, 8.10.2009.

1491 BSK-Zeller/Kiener, Art. 17 BV N. 22; vgl. Zeller, Gezielte Kritik einer Ministerin an einem Journalisten respektierte EMRK, in: medialex 2014, S. 102 f.

Medienschaffende oder ein unzureichender Quellenschutz dazu führen können, dass Medienschaffende aus Angst vor Sanktionen generell zu gewissen Themen oder in ausgewählten Bereichen von zulässiger und erwünschter Berichterstattung absehen.[1492]

Einschränkungen in die Medienfreiheit in der geschilderten Art sind grundsätzlich an den Anforderungen von **Art. 36 BV** zu messen (sogleich N. 42 ff.). Da Einschränkungen – seien sie rechtlicher, faktischer oder indirekter Art – unterschiedliche Aspekte der Medientätigkeit und -organisation betreffen, können sich dabei besondere Fragen stellen. Entsprechend haben sich in der Rechtsprechung spezifische Fallgruppen herausgebildet. Daher wird im Anschluss an die allgemeinen Erläuterungen auf diese unterschiedlichen relevanten Fallgruppen eingegangen (N. 52 ff.). 40

1. Beurteilung nach Art. 36 BV

Einschränkungen in die Medienfreiheit sind grundsätzlich an den Voraussetzungen von Art. 36 BV zu messen. Die Anforderungen an eine Rechtfertigung sind umso höher, je schwerwiegender der Eingriff ist, und mit zunehmender Schwere der Einschränkung ist diese gerichtlich auch umso präziser zu überprüfen.[1493] 41

a. Gesetzliche Grundlage (Art. 36 Abs. 1 BV)

Einschränkungen der Medienfreiheit bedürfen gemäss Art. 36 Abs. 1 BV einer **gesetzlichen Grundlage**, wobei die Anforderungen an die Normstufe und Normdichte umso höher sind, je schwerwiegender die Einschränkung einzustufen ist. Einschränkungen erfolgen dabei gestützt auf unterschiedliche Normen des Bundesrechts (vgl. ausführlicher unten N. 53 ff.) oder des kantonalen Rechts.[1494] Für Äusserungen in Radio und Fernsehen sind 42

1492 Etwa EGMR *Jecker gegen die Schweiz*, Nr. 35449/14, 6.10.2020, N. 30 ff.; EGMR (Grosse Kammer), *Big Brother Watch u.a. gegen das Vereinigte Königreich*, Nr. 58170/13, 62322/14 und 24960/15, 20.5.2021, N. 442 ff.; EGMR (Grosse Kammer*), Cumpănă und Mazăre gegen Rumänien*, Nr. 33348/96, 17.12.2004, N. 114; ursprünglich zum Bezug zwischen Chilling Effect und Quellenschutz EGMR (Grosse Kammer), *Goodwin gegen das Vereinigte Königreich*, Nr. 17488/90, 20.3.1996, N. 39; vgl. allgemein zum Chilling Effect Schauer, Fear, Risk, and the First Amendment, S. 685 ff.; vgl. zum Chilling Effect auch unten N. 88 (Art. 17 Abs. 3 BV).

1493 Vgl. Schefer, Beeinträchtigung, S. 29.

insbesondere die einschlägigen Bestimmungen des RTVG relevant (vgl. ausführlicher unten N. 60).

43 Ausnahmsweise – beim Vorliegen einer ernsten, unmittelbaren und nicht anders abwendbaren Gefahr für hochrangige Rechtsgüter[1495] – erlaubt die **polizeiliche Generalklausel** (Art. 36 Abs. 1 Satz 3 BV) eine Einschränkung der Medienfreiheit ohne explizite Grundlage im Gesetz. Allerdings ist bei der Anwendung dieser Ausnahme Zurückhaltung geboten:[1496] So ist etwa die faktische Einschränkung der Medienfreiheit durch das Hindern eines Journalisten an der Weiterreise ans WEF nach Davos gemäss EGMR mangels Unvorhersehbarkeit der Gefahr nicht durch die polizeiliche Generalklausel gedeckt.[1497]

b. Öffentliches Interesse (Art. 36 Abs. 2 BV)

44 Einschränkungen der Medienfreiheit verfolgen unterschiedliche **öffentliche Interessen**; vom Schutz der öffentlichen Sicherheit[1498] und Ordnung,[1499] über den Schutz der Autorität und Integrität der Rechtspflege,[1500] den Schutz der öffentlichen Gesundheit,[1501] der öffentlichen Sittlichkeit,[1502] von vertraulichen Informationen[1503] bis zum Schutz von Grundrechten Dritter.[1504] Art. 36 Abs. 2 BV kennt keinen abschliessenden Katalog[1505] von möglichen öffentlichen

1494 Relevant sind etwa kantonale Normen bzgl. Werbung für Medienerzeugnisse. Vgl. Plakatverordnung Basel-Stadt, SG 569.500 mit u.a. in § 7 Anforderungen an den Inhalt von Plakaten. Vgl. m.w.Verw. Barrelet/Werly, Droit de la communication, Rz. 632 ff., Rz. 1474 ff.

1495 BSK-Epiney, Art. 36 BV N. 40 ff.

1496 BSK-Epiney, Art. 36 BV N. 41.

1497 EGMR *Gsell gegen die Schweiz*, Nr. 12675/05, 8.10.2009, N. 51 ff.; a.A. BGE 130 I 369 E. 7.3.

1498 Etwa EGMR *Halis Dogan u.a. gegen die Türkei*, Nr. 50693/99, 10.1.2006, N. 24.

1499 Etwa EGMR (Grosse Kammer), *Pentikäinen gegen Finnland*, Nr. 11882/10, 20.10.2015, N. 86.

1500 Etwa EGMR *Sunday Times gegen das Vereinigte Königreich* (Nr. 1), Nr. 6538/74, 26.4.1979, N. 54 ff.

1501 Bspw. für Medien geltende Tabakwerbeverbote, wobei diese in der Schweiz grundsätzlich im Rahmen von Art. 27 BV beurteilt werden. Etwa BGE 128 I 295 E. 5b. Zu Art. 10 EMRK Grabenwarter/Pabel, EMRK, § 23 N. 27.

1502 Etwa EGMR (Grosse Kammer), *Mouvement Raëlien gegen die Schweiz*, Nr. 16354/06, 30.7.2012, N. 54 f.

1503 Etwa BGE 126 IV 242; EGMR (Grosse Kammer), *Stoll gegen die Schweiz*, Nr. 69698/01, 10.12.2007, N. 51.

1504 Etwa EGMR (Grosse Kammer), *Axel Springer AG gegen Deutschland*, Nr. 39954/08, 7.2.2012, N. 82 ff.; EGMR *Giniewski gegen Frankreich*, Nr. 64016/00, 31.1.2006, N. 40 ff.

1505 Aufzählung angelehnt an Art. 10 Abs. 2 EMRK.

Interessen zur Einschränkung der Medienfreiheit.[1506] Unzulässig sind jedoch Einschränkungen, die ein öffentliches Interesse verfolgen, welches der Schutzrichtung des Grundrechts im Kern zuwiderläuft.[1507] Einschränkungen zum Zweck der Unterbindung von Staatskritik sind deshalb nie zulässig.[1508]

c. Verhältnismässigkeit (Art. 36 Abs. 3 BV)

45 Einschränkungen der Medienfreiheit müssen verhältnismässig sein (Art. 36 Abs. 3 BV). Als verhältnismässig gilt eine Einschränkung, wenn sie geeignet und erforderlich ist, um das mit der einschränkenden Massnahme anvisierte staatliche Ziel zu erreichen, und die Massnahme für den bzw. die Grundrechtsbetroffenen zumutbar ist.[1509] Dabei stellen Rechtsprechung und Lehre bei der Beurteilung der Verhältnismässigkeit jeweils auf die konkreten Umstände des Einzelfalls ab.[1510]

46 Bei der Prüfung der Verhältnismässigkeit von Einschränkungen der Medienfreiheit weist der EGMR regelmässig darauf hin, dass die Ausübung der Pressefreiheit auch mit **Pflichten und Verantwortung**[1511] verbunden sei.[1512] Danach haben sich Medienschaffende im guten Glauben zu verhalten und haben in Übereinstimmung mit den entsprechenden medienethischen Grundsätzen zuverlässig und korrekt zu berichten (vgl. zur Beachtung journalistischer Sorgfaltspflichten als Bestandteil des Medienbegriffs N. 11).[1513]

1506 Schefer, Beeinträchtigung, S. 77; vgl. zu Art. 10 Abs. 2 EMRK Grabenwarter/Pabel, EMRK, § 23 N. 24.

1507 Schefer, Beeinträchtigung, S. 77 f.

1508 Schefer, Beeinträchtigung, S. 78 (m.w.Verw.). Vgl. EGMR *OOO Memo gegen Russland*, Nr. 2840/10, 15.3.2022, N. 45 ff.

1509 Etwa BGE 142 I 49 E. 9.1; BGE 127 I 164 E. 3d; vgl. ausführlich zu den Anforderungen Schefer, Beeinträchtigung, S. 82 ff.

1510 Etwa BGE 127 I 164 E. 3d; zu Art. 10 EMRK etwa Grabenwarter/Pabel, EMRK, § 23 N. 24.

1511 «duties and responsibilities» / «devoirs et responsabilités»

1512 Allerdings: Die Pflichten und die Verantwortung von Medienschaffenden in sich mag alleine keine Einschränkung der Medienfreiheit zu rechtfertigen. Vgl. Cueni, Satire, S. 170 ff. (mit einer Kritik an EGMR *Leroy gegen Frankreich*, Nr. 36109/03, 2.10.2008, N. 38 ff.).

1513 Für viele EGMR *Orlovskaya Iskra gegen Russland*, Nr. 42911/08, 21.2.2017, N. 109; EGMR (Grosse Kammer), *Stoll gegen die Schweiz*, Nr. 69698/01, 10.12.2007, N. 102 ff.; wegweisend aus der älteren Rechtsprechung EGMR (Grosse Kammer), *Bladet Tromsø und Stensaas gegen Norwegen*, Nr. 21980/93, 20.5.1999, N. 65 ff.; EGMR (Grosse Kammer), *Jersild gegen Dänemark*, Nr. 15890/89, 23.9.1994, N. 31; vgl. EGMR (Grosse Kammer), *Delfi AS gegen Estland*, Nr. 64569/09, 16.6.2015, N. 134 (Hinweis, dass die Pflichten und Verantwortung von den Auswirkungen des Mediums abhängen können).

Gemäss Rechtsprechung des Gerichtshofs sind Medienschaffende zur korrekten und wahrheitsgetreuen Information verpflichtet.[1514] Bezüglich der journalistischen Pflicht zur Abklärung des Wahrheitsgehalts von Informationen hält der EGMR fest, dass der Umfang dieser Pflicht insbesondere von der Art des Vorwurfs oder der Kritik und der Schwere der möglichen Verletzung des guten Rufs der betroffenen Person abhänge.[1515] Medienschaffende trifft zudem eine Pflicht der unabhängigen Recherche sowie der Verifikation von verwendeten Informationen.[1516] Die Anforderungen an diese Verifikationspflicht sind allerdings weniger hoch bei der Übernahme von Informationen aus offiziellen Dokumenten: Hier dürfen Medienschaffende grundsätzlich davon ausgehen, dass die darin enthaltenen Informationen wahrheitsgemäss sind.[1517]

47 Eine **Freiheitsstrafe für Journalistinnen und Journalisten** aufgrund ihrer journalistischen Tätigkeit ist gemäss Rechtsprechung des EGMR aus Überlegungen der Verhältnismässigkeit nur in aussergewöhnlichen Fällen zulässig, etwa wenn durch die Arbeit der betreffenden Medienschaffenden andere Grundrechte schwerwiegend beeinträchtigt werden.[1518] Darüber hinaus betrachtet der EGMR strafrechtliche Sanktionen gegenüber Medienschaffenden generell kritisch und betont, dass sich nicht erst die Schwere der Strafe, sondern bereits die Tatsache, dass bestraft wird, abschreckend auf die journalistische Tätigkeit auswirken könne.[1519]

48 Bezüglich **Kritik** der Medien an der **Justiz** hält der EGMR fest, dass ein besonderes öffentliches Interesse am Zugang zu Informationen der

1514. Etwa EGMR *Radio France u.a. gegen Frankreich*, Nr. 53984/00, 30.3.2004, N. 37 f.; vgl. Harris/O'Boyle/Warbrick, Law of the ECHR, S. 665.

1515. EGMR *Welsh und Silva Canha gegen Portugal*, Nr. 16812/11, 17.9.2013, N. 22 (m.w.Verw.); EGMR *Radio France u.a. gegen Frankreich*, Nr. 53984/00, 30.3.2004, N. 37 ff.

1516. Vgl. Harris/O'Boyle/Warbrick, Law of the ECHR, S. 665 ff.

1517. Etwa EGMR *Gorelishvili gegen Georgien*, Nr. 12979/04, 5.6.2007, N. 41; EGMR *Colombani u.a. gegen Frankreich*, Nr. 51279/99, 25.6.2002, N. 65; wegweisend EGMR (Grosse Kammer), *Bladet Tromsø und Stensaas gegen Norwegen*, Nr. 21980/93, 20.5.1999, N. 71; vgl. Harris/O'Boyle/Warbrick, Law of the ECHR, S. 667 f.

1518. EGMR (Grosse Kammer), *Cumpănă und Mazăre gegen Rumänien*, Nr. 33348/96, 17.12.2004, N. 115.

1519. EGMR *Dammann gegen die Schweiz*, Nr. 77551/01, 25.4.2006, N. 57. Vgl. allerdings EGMR *Ruokanen et al gegen Finnland*, Nr. 45130/06, 6.4.2010, N. 49 ff. (verhältnismässig schwere Sanktion zulässig bei Vorwurf unbewiesener Straftaten und damit Beeinträchtigung der Unschuldsvermutung).

Gerichtsberichterstattung besteht.[1520] Deshalb gelten Einschränkungen oder das Vorenthalten von Informationen zum Zweck des Schutzes der Integrität der Rechtspflege nur als zulässig, wenn mit «absoluter Sicherheit Gefahr für das Ansehen der Rechtsprechung» besteht.[1521]

Mediale Kritik gegenüber Politikerinnen und Politikern sowie anderen **öffentlichen Personen**[1522] ist nach ständiger Rechtsprechung des EGMR und des Bundesgerichts in besonders weitem Masse zulässig.[1523] Allerdings gilt es auch hier abzustufen: Im Vergleich zu Äusserungen, welche die öffentliche Sphäre dieser Personen betreffen, sind Einschränkungen von Medienäusserungen in Bezug auf das Privatleben von öffentlichen Personen eher zulässig.[1524] In der Berichterstattung über private Personen ist der Rahmen zulässiger Äusserung deutlich beschränkter;[1525] in der Abwägung zwischen dem Informationsinteresse der Medien einerseits und dem Schutz der Privatsphäre bzw. der Persönlichkeitsrechte Privater andererseits gehen letztere regelmässig vor, wobei hier zu berücksichtigen ist, inwiefern die private Person Teil einer öffentlichen Debatte ist.[1526] 49

Im Rahmen der journalistischen Berichterstattung ist Medienschaffenden grundsätzlich auch die Verwendung von **übertreibenden und polemischen** 50

1520 Vgl. zum Bezug zwischen der Medienfreiheit und der Garantie der Justizöffentlichkeit etwa BGE 147 IV 297 E. 1.2.4.2 (Zulassung von akkreditierten Medienschaffenden bei Ausschluss der Öffentlichkeit von Gerichtsverhandlungen während der Coronapandemie als Mittel, um die «Öffentlichkeit» der Verfahren trotzdem zu gewährleisten). Vgl. zum Zugang zu Medienschaffenden zu Gerichtsverhandlungen und ihrer Brückenfunktion in diesem Bereich etwa BGE 146 I 30 E. 2.2; BGE 141 I 211 E. 3.3.1.1.

1521 EGMR *Sunday Times gegen das Vereinigte Königreich* (Nr. 1), Nr. 6538/74, 26.4.1979, N. 66 («They could be deprived of this information, which was crucially important for them, only if it appeared absolutely certain that its diffusion would have presented a threat to the 'authority of the judiciary'.»); vgl. Grabenwarter/Pabel, EMRK, § 23 N. 45 (m.w.Verw.).

1522 Grabenwarter/Pabel, EMRK, § 23 N. 44 (m.w.Verw.).

1523 Etwa BGE 137 IV 313 E. 2.1.4; EGMR *Otegi Mondragon gegen Spanien*, Nr. 2034/07, 15.3.2011, N. 50; grundlegend EGMR *Lingens gegen Österreich*, Nr. 9815/82, 08.07.1986, N. 42; vgl. mit einer Übersicht Cueni, Satire, S. 190 ff.

1524 EGMR (Grosse Kammer), *Couderc und Hachette Filipacchi Associés gegen Frankreich*, Nr. 40454/07, 10.11.2015, N. 117 ff.

1525 Etwa EGMR *Petrenco gegen Moldawien*, Nr. 20928/05, 30.3.2010, N. 55.

1526 Vgl. EGMR (Grosse Kammer), *Hannover gegen Deutschland* (Nr. 2), Nr. 40660/08, 7.2.2012, N. 110; EGMR (Grosse Kammer), *Couderc und Hachette Filipacchi Associés gegen Frankreich*, Nr. 40454/07, 10.11.2015, N. 117 ff.; EGMR *Minelli gegen die Schweiz* (Entscheid über das Eintreten), Nr. 14991/02, 14.6.2005; vgl. ausführlich Harris/O'Boyle/Warbrick, Law of the ECHR, S. 639 ff.

Äusserungen gestattet.[1527] Allerdings hält der EGMR in seiner Rechtsprechung gleichzeitig fest, dass Medienschaffende ihre Rechte nicht für grundlose persönliche Angriffe missbrauchen dürfen.[1528] Zu beachten ist, dass nach Rechtsprechung des EGMR übertriebene und polemische Pauschalurteile regelmässig als Wertung und nicht als Äusserung über Tatsachen einzustufen sind.[1529] Das Verlangen eines Wahrheitsbeweises für die Äusserung von Meinungen (in Abgrenzung zur Äusserung über Tatsachen)[1530] gilt allgemein als unzulässig.[1531]

51 Die durch die Medienfreiheit geschützte **Bildberichterstattung** ist im Einzelfall regelmässig gegen die Persönlichkeitsrechte der betroffenen Personen abzuwägen. Kriterien, welche in die Abwägung der Verhältnismässigkeit einer Einschränkung einfliessen, sind u.a. die Bekanntheit bzw. die Natur der abgebildeten Person, der Beitrag der Publikation zu einer Debatte von gesellschaftlichem Interesse, der Gegenstand der Berichterstattung, das vorgängige Verhalten der Person, Inhalt, Form und Konsequenzen der Veröffentlichung sowie die Begleitumstände der Bildherstellung.[1532]

2. Inhaltliche Einschränkungen der Medienfreiheit

52 Einschränkungen der Medienfreiheit treffen regelmässig Inhalte von geplanten oder getätigten Äusserungen bzw. diese Einschränkungen erfolgen anknüpfend an den Inhalt einer Medienäusserung.

53 Im **materiellen Recht** praktisch von grosser Bedeutung ist die Rechtsprechung zu ehrverletzenden Medienäusserungen, deren

1527. Etwa EGMR *Orlovskaya Iskra gegen Russland*, Nr. 42911/08, 21.2.2017, N. 109; EGMR *Lopes Gomes da Silva gegen Portugal*, Nr. 37698/97, 28.9.2000, N. 34.

1528. Vgl. Harris/O'Boyle/Warbrick, Law of the ECHR, S. 678.

1529. EGMR *Hrico gegen die Slowakei*, 49418/99, 20.7.2004, N. 45; EGMR *Lopes Gomes da Silva gegen Portugal*, Nr. 37698/97, 28.9.2000, N. 31 ff.; vgl. ausführlich Harris/O'Boyle/Warbrick, Law of the ECHR, S. 674 f

1530. Vgl. zur Abgrenzung zwischen Tatsachenbehauptungen und Meinungsäusserungen etwa Cueni, Satire, S. 198 ff. (m.w.H.).

1531. Etwa EGMR *Tuşalp gegen die Türkei*, Nr. 32131/08 und 41617/08, 21.02.2012, N. 43; EGMR (Grosse Kammer), *Lindon, Otchakovsky-Laurens und July gegen Frankreich*, Nr. 21279/02 und 36448/02, 22.10.2007, N. 55; so schon EGMR *Lingens gegen Österreich*, Nr. 9815/82, 8.7.1986, N. 46.

1532. Etwa EGMR (Grosse Kammer), *Hannover gegen Deutschland* (Nr. 2), Nr. 40660/08, 7.2.2012, N. 108 ff.; EGMR *Hannover gegen Deutschland* (Nr. 1), Nr. 59320/00, 24.6.2004, N. 60.

Einschränkung gestützt auf Art. 28 ff. ZGB[1533] oder Art. 173 StGB[1534] möglich ist. Die Rechtsprechung hält fest, dass die entsprechenden Normen verfassungskonform auszulegen sind,[1535] dass allerdings der Informationsauftrag der Presse kein allgemeiner Rechtfertigungsgrund für die Verletzung von Persönlichkeitsrechten ist.[1536] Zudem wird verschiedentlich ausgeführt, dass die genannten Normen selbst eine Konkretisierung grundrechtlich geschützter Interessen darstellen[1537] und deshalb im konkreten Fall eine Abwägung zwischen dem Schutz der Persönlichkeitsrechte und dem Interesse an Information der Öffentlichkeit notwendig ist.[1538] So ist beispielsweise in der politischen Diskussion die ehrverletzende Qualität einer Äusserung nur mit Zurückhaltung anzunehmen.[1539] Bei der Beurteilung der Frage, ob eine Äusserung persönlichkeits- oder ehrverletzend ist, stellt die Rechtsprechung auf den sogenannten «durchschnittlichen Leser» ab.[1540] Den Informationsauftrag der Presse umschreibt das Bundesgericht in langjähriger Praxis weit und fasst darunter nicht nur die Information i.e.S., sondern auch die Provokation eines Gedankenaustauschs und grundsätzlich die (reine) Unterhaltung.[1541] Diesbezüglich präzisiert die Rechtsprechung allerdings, dass die Befriedigung von Neugier oder Sensationsgier grundsätzlich nicht durch den Informationsauftrag der Medien gedeckt ist und entsprechend eine Persönlichkeitsverletzung nicht rechtfertigen kann.[1542]

Weitere im Rahmen der Medienfreiheit relevante strafrechtliche Bestimmungen sind etwa die Bestimmungen zum Schutz der Privatsphäre 54

1533 Etwa BGE 147 III 185; BGer, Urteil vom 14.4.2014, 5A_ 553/2012.

1534 Etwa BGE 137 IV 313; BGE 131 IV 160.

1535 BGE 132 III 641 E. 5.2; BGE 131 IV 160 E. 3.3.1.

1536 BGE 132 III 641 E. 5.2; vgl. auch 137 IV 313 E. 2.1.5; BGE 131 IV 160 E. 3.3.2 mit dem Hinweis, dass für Medienschaffende abgesehen von Art. 28*a* StGB keine Privilegierungen vorgesehen seien.

1537 BGE 131 IV 160 E. 3.3.1.

1538 BGE 147 III 185 E. 4.3.3; BGE 138 III 641 E. 4.2.1 (verworfen durch EGMR *GRA Stiftung gegen Rassismus und Antisemitismus Schweiz gegen die Schweiz*, Nr. 18597/13, 9.1.2018); BGE 132 III 641 E. 5.2; BGE 131 IV 160 E. 3.3.1. Ohne eine solche Abwägung innerhalb der Beurteilung von Art. 173 StGB allerdings BGE 137 I 313 E. 2.1 ff. Zu Art. 28 ZGB allgemein BGE 147 III 185 E. 4.3.3; nicht überzeugend BGE 138 III 641 E. 4.4.3.

1539 BGE 137 IV 313 E. 2.1.4. Vgl. im Kontext der Gerichtsberichterstattung BGE 141 I 211 E. 3.3.2.

1540 Etwa BGE 147 III 185 E. 4.2.3. Kritisch zu dieser Figur Cueni, Satire, S. 303 ff.

1541 BGE 143 III 297 E. 6.7.3 mit Verweis auf BGE 37 I 381 E. 2.

1542 BGE 143 III 297 E. 6.7.3. Vgl. zur Abgrenzung allgemein, Bacher, Medienfreiheit und Persönlichkeitsschutz, insb. Rz. 685.

(insb. Art. 179bis ff. StGB, Art. 321ter StGB)[1543] und von Geheimnissen (Art. 293 StGB, Art. 320 ff. StGB)[1544] oder Art. 261bis StGB[1545], welcher Einschränkungen spezifischer diskriminierender Äusserungen und des Aufrufs zu Hass erlaubt.

55 Daneben ergeben sich direkte und indirekte inhaltliche Einschränkungen aus einer Vielzahl weiterer Bestimmungen. Im Sinne einer beispielhaften Aufzählung zu erwähnen sind wettbewerbsrechtliche Einschränkungen von Medienäusserungen, welche insbesondere zum **Schutz des wirtschaftlichen Ansehens** einer Person gestützt auf Art. 3 Abs. 1 lit. a UWG erfolgen.[1546] Ebenfalls Anwendung finden die Bestimmungen zum **Schutz des Urheberrechts**.[1547] Aktuell zur Debatte steht etwa auch Art. 47 Abs. 1 lit. c. BankG, wonach sich strafbar macht, wer «ein ihm [...] offenbartes Geheimnis weiteren Personen offenbart oder für sich oder einen anderen ausnützt».[1548] Diese Bestimmung stellt sowohl eine direkte wie auch eine mittelbare[1549] Einschränkung der Medienfreiheit dar.

56 Ebenfalls zu beachten sind Einschränkungen, welche sich aus den einschlägigen Normen des **Zivil- und des Strafprozessrechts** ergeben. So erlauben die Art. 261 ff. ZPO Verbote von geplanten Äusserungen[1550] und die Art. 69 ff. StPO sehen zum Schutz von Verfahrensbeteiligten oder Dritten Schranken der Gerichtsberichterstattung vor.[1551]

57 Während eine Vielzahl dieser Bestimmungen nachträgliche Einschränkungen der Medienfreiheit (in Form etwa einer Strafe oder der Verpflichtung zur Leistung von Schadenersatz oder Genugtuung) erlauben, sind insbesondere gestützt auf Art. 261 ff. ZPO auch **präventive Einschränkungen** wie

---

1543 BGer, Urteil vom 7.10.2008, 6B_225/2008.

1544 BGE 126 IV 236; EGMR (Grosse Kammer), *Stoll gegen die Schweiz*, Nr. 69698/01, 10.12.2007; BGE 127 IV 122; EGMR *Dammann gegen die Schweiz*, Nr. 77551/01, 25.4.2006.

1545 Vgl. etwa EGMR (Grosse Kammer), *Jersild gegen Dänemark*, Nr. 15890/89, 23.9.1994, N. 25 ff.

1546 Vgl. etwa BGer, Urteil vom 29.10.2013, 5A_376/2013, E. 6; BGE 123 IV 211.

1547 Zur Relevanz urheberrechtlicher Regelungen vgl. Barrelet/Werly, Droit de la communication, Rz. 1982 ff.

1548 Die Problematik dieser Norm als u.E. unverhältnismässige Einschränkung der Medienfreiheit wurde zuletzt im Kontext der «Suisse Secrets» diskutiert. Vgl. etwa Zollinger, Die Verwendung von Bankdaten durch Medienschaffende. Eine Änderung wird gegenwärtig von einer Motion der Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Nationalrats verlangt (Motion 22.4272 vom 14. November 2022 – Pressefreiheit in Finanzplatzfragen gewährleisten).

1549 Vgl. Ausführungen zum Chilling Effect oben N. 39.

1550 Etwa BGer, Urteil vom 12.9.2002, 5P.254/2002, E. 2.1 ff. (noch zum alten Art. 28*c* ZGB).

1551 Etwa BGE 147 IV 145 E. 1.3; BGE 141 I 211 E. 3.3.1.2.

beispielsweise ein Verbot einer geplanten Medienäusserung möglich.[1552] Aufgrund der Bedeutung der Medienfreiheit für die gesellschaftliche und demokratische Willensbildung sowie die Kontrolle von politischer Macht (vgl. dazu oben N. 8) gelten präventive Einschränkungen als tendenziell eher schwerwiegend[1553] und können – je nach Art und Kontext – bezüglich Schwere des Eingriffs Formen der Zensur nahekommen.[1554] Gemäss EGMR beurteilt sich die Verhältnismässigkeit derartiger präventiver Massnahmen gegen Medienäusserungen nach ihrem Umfang, ihrer Dauer, dem Vorliegen einer Begründung und der Möglichkeit einer Anfechtung des Verbots.[1555] Dem trägt der Gesetzgeber Rechnung, indem er über Art. 266 ZPO vorsorgliche Massnahmen gegen periodisch erscheinende Medien auf Situationen beschränkt, in welchen ein besonders schwerer Nachteil droht und offensichtlich keine Rechtfertigung vorliegt.[1556] Mit Blick auf die Schwere präventiver Einschränkungen ist deshalb auch die beschlossene[1557] Änderung von Art. 266 ZPO problematisch: In der neuen Fassung der Bestimmung reicht künftig ein zu erwartender «schwerer» Nachteil für die Betroffenen. Die Änderung, welche sich u.a. explizit als ein Mittel zu einem besseren Umgang mit (mutmasslich) persönlichkeitsverletzenden Medienberichten versteht,[1558] wurde entsprechend in der Lehre und in der Öffentlichkeit auch kontrovers diskutiert.[1559]

1552. Vgl. etwa BGer, Urteil vom 12.9.2002, 5P.254/2002, E. 2.1 ff. (noch zum alten Art. 28*c* ZGB).

1553. Vgl. EGMR *Dammann gegen die Schweiz*, Nr. 77551/01, 25.4.2006, N. 52.

1554. Vgl. Harris/O'Boyle/Warbrick, Law of the ECHR, 4. Aufl., S. 618 («Indeed, prior restraints are the most serious threat to the free flow of information and to the meaningful debate among the public.»); Müller/ Schefer, Grundrechte in der Schweiz, S. 354 ff.; vgl. zum Zensurverbot unten N. 76 ff.

1555. EGMR *Cumhuriyet Vakfı u.a. gegen die Türkei*, Nr. 28255/07, 8.10.2013, N. 64 ff.

1556. Botschaft Änderung ZGB (Persönlichkeitsschutz), BBl 1982 II 636, 667 (zur Ratio der Vorgängerbestimmung von Art 28*c* Abs. 3 ZGB).

1557. Gegen die Änderungen kam kein Referendum zustande. Die Bestimmung soll auf 1.1.2025 in Kraft treten.

1558. Voten Bauer Philippe, Hefti Thomas, Rieder Beat, Z'graggen Heidi, Amtl. Bull. SR 2021, S. 684 ff.

1559. Vgl. u.a. Hürlimann, Unliebsame Medienberichte; Schwaibold, Ein Attentat auf die Medienfreiheit; Masmejan, Vorsorgliche Massnahmen gegen die Medien; vgl. aus der Presse etwa Wattenhofer Reto, Angriff auf die Medienfreiheit? Parlament beschliesst «Maulkorb»-Artikel, Aargauer Zeitung vom 13.5.2022 (https://www.aargauerzeitung.ch/news-service/inland-schweiz/medienfreiheit-angriff-auf-die-medienfreiheit-parlament-beschliesst-maulkorb-artikel-ld.2284661).

58 Bei der Anwendung der erwähnten Normen sind die zuständigen Behörden und Gerichte dazu angehalten, den Gehalten der Medienfreiheit in den jeweiligen Verfahren durch eine **verfassungskonforme Auslegung** der einschränkenden Bestimmungen Rechnung zu tragen (vgl. dazu auch oben N. 27).[1560] Dazu gehören eine Berücksichtigung der Medienfreiheit bei der Subsumtion unter einen allfälligen Tatbestand – etwa indem der Begriff der Ehrverletzung bei politischen und anderen öffentlichen Personen eng ausgelegt wird[1561] – wie auch die Beachtung der Anliegen der Medienfreiheit als allfällige Rechtfertigungsgründe. Das Bundesgericht befasste sich so etwa mit der Frage, ob die Aufnahme eines Beratungsgesprächs eines Versicherungsberaters zum Zweck der Aufdeckung von Missständen bei dieser Beratung durch die Wahrnehmung von Interessen der Medienfreiheit gerechtfertigt sei.[1562] Während das Gericht die Möglichkeit einer Rechtfertigung des nach Art. 179bis Abs. 1 und 2 StGB respektive Art. 179ter Abs. 1 StGB tatbestandsmässigen Verhaltens nicht ausschloss, kam es im konkreten Fall allerdings zum Schluss, dass auch mildere Mittel – so insbesondere die Transkription des Gesprächs – zur Verfügung gestanden hätten, weshalb die strafrechtliche Verurteilung bestätigt wurde.[1563] Anders schätzte allerdings dann der EGMR die Situation im konkreten Fall ein und kam zum Schluss, dass im Hinblick auf den Beitrag zu einer öffentlichen Debatte und den nicht sehr schwerwiegenden Eingriff in die Privatsphäre des Versicherungsberaters eine unverhältnismässige Einschränkung von Art. 10 EMRK vorliege.[1564]

59 Die Pflicht der grundrechtskonformen Auslegung und Anwendung der einschränkenden Gesetzesbestimmungen gilt auch für den Sonderfall der **Wiedergabe von strafrechtlich relevanten Äusserungen** als Teil der journalistischen Berichterstattung, wenn beispielsweise zwecks einer Dokumentation rassendiskriminierende Äusserungen wiedergegeben werden:[1565] Der Wiedergabe von Äusserungen Dritter kommt im Rahmen der

1560 Etwa BGE 131 IV 160 E. 3.3.1.

1561 Etwa BGE 137 IV 313 E. 2.1.4; schon EGMR *Lingens gegen Österreich*, Nr. 9815/82, 8.7.1986, N. 43 ff.

1562 BGer, Urteil vom 7.10.2008, 6B_225/2008, E. 3.1 ff.

1563 BGer, Urteil vom 7.10.2008, 6B_225/2008, E. 3.4.7; krit. dazu etwa Riklin, «Kassensturz»-Aufnahmen, S. 184 f.

1564 EGMR *Haldimann u.a. gegen die Schweiz*, Nr. 21830/09, 24.2.2015, N. 56 ff.

1565 Vgl. EGMR (Grosse Kammer), *Jersild gegen Dänemark*, Nr. 15890/89, 23.9.1994, N. 33 ff.

Medientätigkeit eine wichtige Bedeutung zu; die Funktion der Medien besteht u.a. gerade darin, Äusserungen Dritter wiederzugeben.[1566] Für die wahrheitsgetreue Berichterstattung über öffentliche Verhandlungen und amtliche Mitteilungen einer Behörde sieht Art. 28 Abs. 4 StGB explizit vor, dass diese straflos bleibt.[1567] Wegweisend aus der Rechtsprechung des EGMR ist das bereits ältere Urteil in *Jersild gegen Dänemark*, in welchem der Gerichtshof festhielt, dass die Wiedergabe von strafbaren rassistischen Äusserungen Dritter im Kontext einer Berichterstattung über Rassismus zulässig sein kann, sofern die Äusserungen in einen erkennbaren Kontext eingebettet sind und ihre Wiedergabe klar einem öffentlichen Interesse dient.[1568]

Für Äusserungen in **Radio und Fernsehen** sind zudem die inhaltlichen Anforderungen an die Programmgestaltung gemäss Art. 4 ff. RTVG zu beachten. Die Mindestanforderungen an den Programminhalt – etwa die Pflicht zur Beachtung der Grundrechte (Art. 4 Abs. 1 RTVG), das Sachgerechtigkeitsgebot (Art. 4 Abs. 2 RTVG)[1569] oder – für konzessionierte Programme – das Vielfaltsgebot (Art. 4 Abs. 4 RTVG) (dazu ausführlich oben N. 29)[1570] – sind im Ansatz bereits in Art. 93 Abs. 2 RTVG angelegt. Diese Normen bieten mit ihren inhaltlichen Anforderungen an die Ausgestaltung von Radio- und Fernsehprogrammen Grundlage für Einschränkungen der Medienfreiheit gemäss Art. 17 Abs. 1 BV.[1571] 60

Als zulässig gilt gemäss ständiger Lehre und Rechtsprechung das **Verbot politischer und religiöser Werbung** in Radio und Fernsehen gemäss Art. 10 Abs. 1 lit. d und e RTVG. Die (heute enger gefasste) Beschränkung dieser Art von ideeller Werbung[1572] dient bzgl. politischer Werbung dem Anliegen der 61

1566 Müller/Schefer/Zeller, Medienfreiheit, S. 459 ff.

1567 Vgl. BSK-Zeller, Art. 28 StGB N. 112 ff.

1568 EGMR (Grosse Kammer), *Jersild gegen Dänemark*, Nr. 15890/89, 23.9.1994, N. 33 ff. Hervorgehoben wurde vom EGMR auch die Tatsache, dass der Beitrag Teil eines Nachrichtenformats war, welches sich an ein gut informiertes Publikum richtete.

1569 Das Sachgerechtigkeitsgebot ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung verletzt, wenn sich das Publikum aufgrund der Missachtung der journalistischen Sorgfaltspflichten keine eigene Meinung bilden kann (vgl. statt vieler ausführlich BGE 137 I 340, E. 3.1 f.).

1570 Zur Grundrechtsbindung von Radio- und Fernsehsendungen m.w.Verw. Piolino, Staatsunabhängigkeitsgebot, S. 295 f. und S. 345; zur Geltung der Gebote der Sachgerechtigkeit und Vielfalt im Programm der SRG im Vorfeld von Wahlen und Abstimmungen Cueni, Satire im Vorfeld von Wahlen und Abstimmungen, Rz. 18 ff.

1571. Vgl. BSK-Zeller/Dumermuth, Art. 93 BV N. 20.

Unabhängigkeit von Radio und Fernsehen, aber auch der Chancengleichheit in der politischen Willensbildung.[1573] Das Verbot religiöser Werbung bezweckt den Schutz des Religionsfriedens und der konfessionellen Neutralität.[1574]

62 Allgemein gilt für inhaltliche Einschränkungen der Medienfreiheit, dass sie – sofern der Eingriff Informationen von gesellschaftlichem Interesse betrifft und damit als eher schwerwiegend einzustufen ist – besonders präzise zu überprüfen sind.[1575] Im Fall einer Verurteilung von Medienschaffenden für eine satirisch-aggressive Kritik eines Politikers weist der EGMR entsprechend daraufhin, dass der Beurteilungsspielraum der Mitgliedstaaten in einer solchen Angelegenheit reduziert sei, und er kommt zum Schluss, dass die Verurteilung aufgrund des Charakters der kritisierten Person als politischer Person und der Rolle der Verurteilten als Medienschaffende nicht verhältnismässig und Art. 10 EMRK deshalb verletzt sei.[1576] Das Bundesgericht trägt dieser Rechtsprechung in verschiedenen Urteilen Rechnung,[1577] bekundet jedoch gerade im Umgang mit polemischen oder satirischen Äusserungen regelmässig Mühe, den Anforderungen der Medienfreiheit in der Auslegung und Anwendung von Art. 173 ff. StGB oder Art. 28 ff. ZGB konsequent und überzeugend Rechnung zu tragen.[1578]

3. Verbreitungspflichten als Sonderfall inhaltlicher Einschränkungen

63 Die Pflicht von Medien, bestimmte Inhalte zu verbreiten, stellt einen grundsätzlich schweren Eingriff in die Medienfreiheit dar und muss daher auf einer genügend bestimmten formell-gesetzlichen Grundlage beruhen, von gewichtigem öffentlichen Interesse sein und einer strengen Verhältnismässigkeitsprüfung standhalten.[1579] Entsprechend sind Verbreitungspflichten von Medien auf explizit in einem formellen Gesetz

1572. Botschaft RTVG 2003, BBl 2003 1569, 1676 f.; vgl. zur alten Bestimmung EGMR *Verein gegen Tierfabriken Schweiz geegn die Schweiz* (Nr. 1), Nr. 24699/94, 28.6.2001.

1573. Botschaft RTVG 2003, BBl 2003 1569, 1676 f.; ausführlich Capt, Comm LRTV, Art. 10 RTVG N. 96 ff.

1574. Botschaft RTVG 1987, BBl 1987 II 689, 734 f.; Capt, Comm LRTV, Art. 10 RTVG N. 127 ff. (m.Verw. insb. auch auf die Rechtsprechung des EGMR in diesem Bereich).

1575. Vgl. zur Schwere inhaltsbezogener Einschränkungen von Äusserungen von gesellschaftlichem Interesse Cueni, Satire, S. 189 (m.w.Verw.).

1576. EGMR *Welsh und Silva Canha gegen Portugal*, Nr. 16812/11, 17.9.2013, N. 21 ff.

1577. Vgl. BGer, Urteil vom 14.4.2014, 5A_553/2012, E. 3.6; BGE 128 IV 53 E. I.A.1a.

1578. Besonders augenfällig etwa in BGE 137 IV 313 E. 2.1.4 ff.; kritisch Cueni, Satire, S. 243, 278 f., 332 f., 406 ff.

vorgesehene Ausnahmefälle zu beschränken.[1580] Verbreitungspflichten können die Form von Verlautbarungs- bzw. Äusserungsrechten des Staates oder von Dritten einnehmen.

Verlautbarungen des Staates sind mit Blick auf das Staatsunabhängigkeitsgebot klar als solche zu kennzeichnen und unter der ausschliesslichen Verantwortung der beauftragenden Behörde zu verbreiten, damit die Medien nicht als Sprachrohr der Behörden benutzt werden (vgl. auch N. 87).[1581] Auf Bundesebene sind verhältnismässig ausgestaltete, weil auf bestimmte Ausnahmesituationen eingeschränkte staatliche Verlautbarungsrechte z.B. in Art. 8 Abs. 1 RTVG vorgesehen, wonach konzessionierte Radio- und Fernsehveranstalter u.a. zur (kostenlosen) Verbreitung dringlicher polizeilicher Bekanntmachungen verpflichtet werden können.[1582] U.E. als problematisch zu bezeichnen sind hingegen die in bestimmten kantonalen Gesetzesbestimmungen vorgesehenen behördlichen Berichtigungs- bzw. Gegendarstellungsrechte. So sehen diese ein generell geltendes und damit sehr weitgehendes Recht der Behörden vor, irreführende oder unrichtige Informationen, die sich auf die Ausübung öffentlicher Gewalt beziehen, nach Belieben zu korrigieren.[1583] 64

Als **Verlautbarungsrechte von Dritten** sind das zivilrechtliche Gegendarstellungsrecht bei Persönlichkeitsverletzungen gemäss Art. 28*g* ff. ZGB (vgl. bereits N. 21) und für den Rundfunkbereich zudem das sog. «**Recht auf Antenne**» zu nennen. Dabei ist zu beachten, dass gemäss der bereits von 65

1579. Vgl. m.w.Verw. Piolino, Staatsunabhängigkeit, S. 402 f.; vgl. in Bezug auf staatliche Verlautbarungsrechte im Rundfunkbereich Dumermuth, Rundfunkrecht, Rz. 106.

1580. Vgl. im Kontext von Verbreitungspflichten des Service public-Rundfunks Ministerkomitee des Europarats, Empfehlung zur Unabhängigkeit des Service-public-Rundfunks, App., Ziff. VI und ausführlich Erläuterungen, Ziff. 65 ff.

1581. Vgl. im Kontext von Verbreitungspflichten des Service public-Rundfunks Ministerkomitee des Europarats, Empfehlung zur Unabhängigkeit des Service-public-Rundfunks, App., Ziff. VI und ausführlich Erläuterungen, Ziff. 65 ff; m.w.Verw. Piolino, Staatsunabhängigkeit, S. 402 f.

1582. Vgl. ausführlich zu den Bekanntmachungspflichten gemäss Art. 8 RTVG Weber, Komm. RTVG, Art. 8 RTVG N. 1 ff. Unter dem Regime des RTVG 1991 war noch die Pflicht zur Verbreitung jeglicher behördlichen Erklärung vorgesehen (krit. diesbezüglich zu Recht etwa Barrelet/Werly, Droit de la Communication, Rz. 741; Dumermuth, Rundfunkrecht, Rz. 110; Masmejan, Comm. LRTV, Art. 8 LRTV N. 2; Weber, Komm. RTVG, Art. 8 RTVG N. 4); vgl. zum Ganzen Piolino, Staatsunabhängigkeit, S. 403.

1583. Krit. m.Verw.a. die Gesetzesbestimmungen in den Kantonen Waadt und Genf CR-Cottier, Art. 17 Cst. N. 36; weniger kritisch hierzu Barrelet/Werly, Droit de la Communication, Rz. 573 ff.

Art. 93 Abs. 3 BV garantierten Programmautonomie namentlich niemand von einem Programmveranstalter die Verbreitung bestimmter Darbietungen und Informationen verlangen kann (Art. 6 Abs. 3 RTVG). Damit haben Dritte keinen selbständigen «Anspruch auf Antenne». Ein solches Recht besteht allerdings ausnahmsweise akzessorisch, wenn die Zugangsverweigerung rechtswidrig ist. Im Zentrum steht dabei die rechtsungleiche bzw. diskriminierende Behandlung eines Dritten in seiner Meinungsäusserung. Eine solche liegt vor, wenn gewissen Dritten wie z.B. Parteien der Zugang zum Programm gewährt, vergleichbaren Dritten ein solcher jedoch ohne sachlichen Grund verwehrt wird.[1584] Für solche Ausnahmefälle hat der Gesetzgeber die Zugangsbeschwerde an die Unabhängige Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen (UBI) eingeführt (vgl. Art. 93 Abs. 3 lit. b und Art. 97 Abs. 2 lit. b RTVG).[1585]

66 Bis anhin wurde eine rechtswidrige Zugangsverweigerung in der Praxis lediglich für den speziellen Fall des **Werbebereichs der SRG** in Bezug auf ideelle Werbung bejaht. Gemäss Bundesgericht durfte die SRG die Verweigerung des Zugangs zum Werbebereich nicht einzig damit begründen, dass die Befürchtung besteht, die (ideelle) Werbung könne den Ruf der SRG allenfalls beschädigen. So kann sich die SRG im Werbebereich nicht in gleicher Weise wie im redaktionellen Programm auf ihre Programmautonomie berufen, sondern hat mit Blick auf ihre Grundrechtsgebundenheit als privilegierte Konzessionärin des Bundes der Meinungsäusserungsfreiheit Dritter Rechnung zu tragen. Daher ist die SRG gemäss Bundesgericht im Werbebereich nicht nur an das Rechtsgleichheitsgebot bzw. das Diskriminierungsverbot gebunden, sondern muss auch dem ideellen Gehalt der Freiheitsrechte Rechnung tragen und entsprechende Grundrechtseingriffe gemäss Art. 36 BV rechtfertigen können. Da sich die SRG nicht auf eine gesetzliche Grundlage stützen konnte und kein überwiegendes öffentliches Interesse vorbrachte, wurde die Zugangsverweigerung als rechtswidrig

1584 Vgl. betreffend eine unterlassene Berichterstattung über zwei Volksmotionen BGer, Urteil vom 5. April 2019, 2C_589/2018, E. 3.3: vgl. für den kulturellen Bereich UBI, Entscheid b.930 vom 15. Dezember 2022.

1585 Vgl. ausführlich hierzu Kley, Programmzugang; Masmejan, Comm. LRTV, Art. 94 LRTV N. 47 ff.; vgl. auch Piolino, Staatsunabhängigkeit, S. 343. Der Gesetzgeber hat dadurch einen Ausgleich geschaffen zwischen den grundrechtlichen Interessen der Rundfunkveranstalter auf der einen und jenen der Dritten auf der anderen Seite (vgl. Müller, Verwirklichung der Grundrechte, S. 142 f.).

qualifiziert.[1586] Diesem Abwägungsentscheid ist u.E. zuzustimmen.[1587] Auch der EGMR hat diesen Entscheid für zulässig erachtet.[1588]

4. Einschränkungen in der Recherchetätigkeit und Darstellungsform

67 Neben inhaltlichen Eingriffen in die Medienfreiheit sind Einschränkungen in der Recherchetätigkeit oder der Darstellungsform ebenfalls zu beachten. Ein Beispiel einer derartigen Einschränkung der gewählten **Form der Darstellung** ist etwa das in Art. 70 Abs. 1 StPO statuierte Verbot von Bild- und Tonaufnahmen für die Gerichtsberichterstattung bei Strafprozessen.[1589] Bei der Beurteilung der Zulässigkeit der Bildberichterstattung bei strafrechtlichen Ermittlungen, Gerichtsverfahren und von verurteilten Personen spielt gemäss Rechtsprechung des EGMR neben dem Bekanntheitsgrad der Person unter anderem auch die gesundheitliche Verfassung der Person, die Art der Tat oder ein allfälliger Zusammenhang zwischen Bild und Text eine Rolle.[1590]

68 Wird Medienschaffenden zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung der Zugang zu einer Strafanstalt verwehrt, stellt dies ebenfalls eine Einschränkung der Medienfreiheit dar.[1591] Dasselbe gilt, wenn zum Schutz der öffentlichen Gesundheit Beschränkungen im Zugang von Medienschaffenden zu öffentlichen Verhandlungen von Gerichten[1592] oder Parlamenten erfolgen, [1593] oder wenn Gerichtsberichterstatter aus Gründen des Opferschutzes von einer Hauptverhandlung ausgeschlossen werden.[1594] Zu berücksichtigen ist bei diesen **Zugangsbeschränkungen**, dass diese zugleich auch die gewählte

---

1586 Vgl. BGE 139 I 306 E. 3.2.2 ff.

1587 Vgl. ausführlicher hierzu mit Fokus auf die Grundrechtsbindung der SRG Piolino, Staatsunabhängigkeit, S. 344 f.

1588 Vgl. EGMR *SRG/SSR und publisuisse AG gegen die Schweiz*, Nr. 41723/14, 22.3.2021.

1589 BSK-Saxer/Thurnheer, Art. 71 StPO N. 7 ff.; vgl. zu dieser Problematik unter dem alten Recht auch Zeller, Zwischen Vorverurteilung und Justizkritik, S. 350 ff.

1590 Etwa EGMR *Verlagsgruppe News GmbH gegen Österreich* (Nr. 2), Nr. 10520/02, 14.12.2006, N. 36 ff.; m.w.Verw. Grabenwarter/Pabel, EMRK, § 23 N. 50.

1591 Etwa BGE 137 I 8.

1592 Vgl. etwa BGE 147 IV 297 E. 2.1 ff. (hier allerdings Ausschluss der Öffentlichkeit zum Schutz der öffentlichen Gesundheit bei gleichzeitiger Zulassung von 20 Medienschaffenden zur Garantie der Justizöffentlichkeit, Art. 30 Abs. 3 BV).

1593 Vgl. mit einer Einordnung solcher Ausschlüsse während der Covid-Pandemie Hänni, Coronavirus und die Medienfreiheit, in: medialex 03/2020 vom 2. April 2020, Rz. 32 f.

1594 Etwa BGE 143 I 194.

Form der Darstellung einschränken können: Wenn etwa mangels Zugang zu einem Ort oder einer Person ein Interview nicht durchgeführt werden kann, fällt das Interview als Darstellungsform weg.[1595]

69 Sofern diese Einschränkungen in der Recherchetätigkeit und Darstellungsform **inhaltlich neutral** ausgestaltet sind, ihre Anwendung **rechtsgleich** erfolgt und **keine substantiellen (einseitigen) Auswirkungen** auf die Berichterstattung zu Themen von gesellschaftlichem Interesse zu erwarten sind, sind sie – im Vergleich zu inhaltlichen Einschränkungen – grundsätzlich weniger problematisch, weshalb die Anforderungen an ihre Rechtfertigung und die gerichtliche Überprüfungsdichte praktisch weniger streng sind.[1596] Auch sie sind jedoch nur rechtmässig, sofern sie sich auf eine gesetzliche Grundlage stützen, ein öffentliches Interesse verfolgen und im konkreten Fall verhältnismässig sind.[1597]

5. Einschränkungen in der Verteilung und Verbreitung von Medienerzeugnissen

70 Einschränkungen der Medienfreiheit können weiter die Verteilung und die Verbreitung von Medienerzeugnissen tangieren. In der Lehre wird etwa darauf hingewiesen, dass es unzulässig wäre, wenn der Staat über eine (allfällige) Monopolstellung im Postbereich den Vertrieb bestimmter Medienerzeugnisse benachteiligen würde.[1598] Eingriffe im Stadium des Vertriebs und der Verbreitung sind zudem etwa gestützt auf Art. 2 Abs. 2 lit. c BWIS[1599] möglich. Diese Bestimmung sieht vor, dass der Bund als «vorbeugende polizeiliche Massnahme» u.a. Propagandamaterial mit zu Gewalt aufrufendem Inhalt sicherstellen, beschlagnahmen oder einziehen kann. Aufgrund dieser Formulierung ist nicht auszuschliessen, dass auch Medienerzeugnisse als «Propagandamaterial» unter die Bestimmung subsumiert und somit sichergestellt, beschlagnahmt oder eingezogen werden

1595 Etwa BGE 137 I 8.

1596 Vgl. zur Abgrenzung inhaltsbezogener und inhaltlich neutraler Einschränkungen Cueni, Satire, S. 202 ff. (m.w.Verw.).

1597 Deshalb kritisch zu Verboten von Bild- und Tonaufzeichnungen ohne Ausnahmen Zeller, Zwischen Vorverurteilung und Justizkritik, S. 356 f.

1598 Barrelet/Werly, Droit de la communication, Rz. 160.

1599 Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit vom 21.3.1997 (BWIS; SR 120).

könnten.[1600] Insofern als es sich dabei um präventive und inhaltsbezogene Massnahmen handelt, sind diese als schwere Eingriffe in die Medienfreiheit zu werten. Aus demselben Grund problematisch sind auch allfällige Vertriebsbeschränkungen von Medienerzeugnissen.[1601] So hält der EGMR fest, dass das Verbot des Verkaufs, der Verbreitung und der Lagerung einer Tageszeitung zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung – konkret der Bekämpfung von Terrorismus – zwar ein öffentliches Interesse verfolge. Allerdings fehle es an der für eine präventive Einschränkung erforderlichen präzisen gesetzlichen Grundlage. Deshalb sei das Verbot nicht notwendig in einer demokratischen Gesellschaft, d.h. nicht erforderlich und somit nicht verhältnismässig.[1602]

6. Einschränkungen durch strukturelle und organisatorische Massnahmen

71 Eingriffe durch strukturelle bzw. organisatorische Massnahmen weisen für gewöhnlich keine direkte, sondern eine indirekte Auswirkung auf das Medienschaffen auf (vgl. zum Begriff oben N. 37). Zu nennen sind insbesondere Einschränkungen des Marktzugangs von Medien in der Form von Bewilligungs- oder Konzessionspflichten für das Medienschaffen sowie Massnahmen der Grundversorgung mit Medienangeboten (Service public) und Formen staatlicher Medienförderung.

a. Einschränkungen des Marktzugangs in der Form von Bewilligungs- oder Konzessionspflichten

72 Für den Bereich von Radio und Fernsehen sieht die sog. Rundfunkklausel in Art. 10 Ziff. 1 Satz 3 **EMRK** vor, dass Art. 10 EMRK die Staaten nicht daran hindert, für Radio- und Fernsehunternehmen eine Genehmigung vorzuschreiben. Ursprünglich sollte den Staaten dadurch die Berücksichtigung technischer Aspekte ermöglicht werden, damit die Nutzung knapper Frequenzen einer Genehmigungspflicht unterstellt werden konnte. Nach dem Wegfall der Frequenzknappheit wurde auch die **inhaltlich orientierte Vielfaltssicherung** als legitimes Eingriffsziel qualifiziert und das

1600 Vgl. BGE 125 II 417 (unter dem sichergestellten Material befanden sich gemäss Urteil auch «Zeitschriften»).

1601 Grabenwarter/Pabel, EMRK, § 23 N. 18.

1602 EGMR *Halis Dogan gegen die Türkei*, Nr. 50693/99, 10.1.2006, N. 24 ff.

öffentliche Interesse, mittels einer Genehmigungspflicht für die Qualität und Ausgewogenheit der Rundfunkprogramme zu sorgen, anerkannt. Damit wird durch die Rundfunkklausel der Kreis legitimer Eingriffszwecke über die in Art. 10 Ziff. 2 EMRK aufgezählten Ziele hinaus erweitert.[1603] Generell räumt der EGMR den Staaten einen grossen Ermessensspielraum bei der Auswahl der zu bewilligenden bzw. konzessionierten Angebote ein.[1604] Inwieweit auch ausserhalb des traditionellen Rundfunkbereichs die Vielfaltssicherung als legitimes Interesse im Sinne der Rundfunkklausel berücksichtigt werden darf, ist in der Lehre umstritten.[1605] Jedenfalls ist die Rundfunkklausel u.E. nicht derart formuliert, dass Genehmigungen ausserhalb des Rundfunkbereichs per se unzulässig sind. Als schwerere Grundrechtseingriffe sind solche jedoch nur unter sehr restriktiven Voraussetzungen möglich. Die Frage aktualisiert sich insofern, als die Medienvielfalt in allen Mediengattungen zunehmend abnimmt und sich dadurch staatliche Massnahmen zur Vielfaltssicherung im Medienbereich wie etwa Medienfördermassnahmen aktualisieren dürften (vgl. zum Strukturwandel der gesamten Medienlandschaft N. 31).

73 Für die **Schweiz** hielt der EGMR fest, dass diese mittels einer **Konzessionspflicht** von allen Radio- und Fernsehveranstaltern einen Beitrag zur Erfüllung des Grundversorgungs- bzw. Service public-Auftrags gemäss Art. 93 Abs. 2 BV verlangen und hierfür eine allgemeine und vielfältige Information des Publikums vorschreiben durfte.[1606] Dieses System, das die Rundfunkveranstaltung als staatliches Grundversorgungsmonopol etablierte, galt bis zur Marktliberalisierung durch die Totalrevision des RTVG im Jahr

---

1603 Vgl. EGMR *Informationsverein Lentia u.a. gegen Österreich*, Nr. 13914/88 u.a., 24.11.1993, N. 32 f. und N. 39; vgl. auch EGMR *Demuth gegen die Schweiz*, Nr. 38743/97, 5.11.2002, N. 34 f. In den 1990er-Jahren hat der EGMR aufgrund des Wegfalls der Frequenzknappheit das in den Anfängen des Rundfunks verbreitete staatliche Monopol eines einzigen Veranstalters für unverhältnismässig erklärt. So sei die an bestimmte Bedingungen geknüpfte staatliche Vergabe von Bewilligungen oder Konzessionen an verschiedene Veranstalter – wobei im Gegenzug Privilegien wie staatliche Finanzierung und/oder die Nutzung knapper Frequenzen gewährt werden können – das mildere Mittel zur Wahrung der Vielfalt und Ausgewogenheit im Rundfunkbereich (vgl. EGMR *Informationsverein Lentia u.a. gegen Österreich*, Nr. 13914/88 u.a., 24.11.1993, N. 39); vgl. zum Ganzen Grabenwarter/Pabel, EMRK, § 23 N. 52 f.; Piolino, Staatsunabhängigkeit, S. 97 f.

1604 Vgl. EGMR *92.9 Hit FM Radio GmbH gegen Österreich* (Entscheid über das Eintreten), Nr. 6754/05, 30.9.2010.

1605 Vgl. hierzu m.w.Verw. Piolino, Staatsunabhängigkeit, S. 158; vgl. zur Unzulässigkeit von Genehmigungspflichten für Presseunternehmen m.w.Verw. Barrelet/Werly, Droit de la Communication, Rz. 129 ff.

2006. Seither ist die Rundfunkveranstaltung einer blossen **Meldepflicht** unterstellt und neben die konzessionierten sind gemeldete Veranstalter getreten, die Tendenzfreiheit geniessen (duales System, vgl. hierzu bereits N. 4).[1607] Durch die Zulassung von nicht zur inhaltlichen Vielfalt verpflichteten Anbietern kombiniert das duale System sowohl den Binnen- als auch den Aussenpluralismus (vgl. hierzu N. 28 f.).[1608]

b. Grundversorgung mit Medienangeboten (Service public) und Formen staatlicher Medienförderung

74 Als weitere strukturelle bzw. organisatorische Massnahme zu nennen ist die gesetzlich umschriebene **Grundversorgung mit Medienangeboten**, die für die gesamte Bevölkerung und für alle Regionen des Landes nach gleichen Prinzipien zur Verfügung stehen soll (**Service public**).[1609] Zur Sicherung dieser Grundversorgung erteilt der Staat Leistungsaufträge, deren Erfüllung er beaufsichtigt und finanziert (vgl. für den Rundfunk bereits N. 4 und 29). Dadurch verfügt der Staat über subtile Mittel der indirekten Einflussnahme auf die publizistische Tätigkeit (vgl. dazu bereits N. 37).[1610] Ähnliches gilt für verschiedene Formen **staatlicher Medienförderung** wie die verbilligten Posttarife auf Bundesebene (vgl. hierzu bereits N. 30).[1611] Der Staat befindet sich in diesen Bereichen in einer schwierigen Doppelrolle, indem er durch die Organisation der Grundversorgung oder von Förderinstrumenten die Medienvielfalt gewährleisten kann, dadurch aber gleichzeitig die Medienfreiheit potenziell gefährdet.[1612] Damit bedürfen auch solche

---

1606 Dem Eingriffsziel der Vielfaltsgewährleistung mass der EGMR besonders für die Schweiz mit ihrer besonderen politischen und kulturellen Struktur als Bundesstaat eine hohe Bedeutung zu. So durfte die Schweiz bei der Vergabe der Rundfunkkonzessionen auch sensible politische Kriterien wie den kulturellen und sprachlichen Pluralismus, die Förderung der Bergregionen und das föderale Gleichgewicht berücksichtigen (vgl. EGMR *Demuth gegen die Schweiz*, Nr. 38743/97, 5.11.2002, N. 43 f.).

1607 Vgl. ausführlich Piolino, Staatsunabhängigkeit, S. 102 f. und S. 140 f.; vgl. auch Dumermuth, Revision RTVG, S. 243 ff. und S. 255 f.

1608 Vgl. Menschenrechtskommissar des Europarats, Media Pluralism, S. 18.

1609 Vgl. im Kontext von Radio und Fernsehen Bundesrat, Service-public-Bericht, S. 6; Hettich/Schelker, Medien, S. 100; Martenet, Service public, S. 20 f.; vgl. ausführlicher zum Begriff des Service public im schweizerischen Recht Piolino, Staatsunabhängigkeit, S. 124 ff.

1610 Vgl. für den Rundfunk m.w.Verw. BSK-Zeller/Dumermuth, Art. 93 BV N. 34.

1611 So muss der Staat auch für die Gewährung staatlicher Privilegien wie z.B. Finanzhilfen die förderwürdige Aufgabe gesetzlich umschreiben, deren Erfüllung beaufsichtigen und die nötigen Mittel bereitstellen (vgl. m.w.H. Piolino, Staatsunabhängigkeit, S. 149 und S. 251 ff.).

Massnahmen stets einer hinreichenden gesetzlichen Grundlage und müssen im öffentlichen Interesse sowie verhältnismässig sein. Die Organisation einer Grundversorgung oder staatlicher Förderinstrumente für Medien ist somit nicht bereits als solche unzulässig, doch kann die Medienfreiheit aufgrund der Art und Weise der Ausgestaltung solcher Massnahmen verletzt werden (vgl. insbesondere zum Staatsunabhängigkeitsgebot als Teil des Zensurverbots ausführlich N. 84 ff.).[1613]

75 Als Spezialform staatlicher Medienförderung kann auch die **staatliche Vergabe von Werbe- bzw. Inserateaufträgen** betrachtet werden. Wie Österreichs Inserateaffäre im Jahr 2021 gezeigt hat, verfügt der Staat auf diese Weise über erhebliches Beeinflussungspotenzial.[1614] Da der Staat grundsätzlich auch im privatrechtlichen Handeln an die Grundrechte gebunden ist (vgl. Art. 35 Abs. 1 BV),[1615] muss er bei der Vergabe von Werbeaufträgen den grundrechtlichen Interessen der Medien Rechnung tragen. Dabei steht insbesondere das Gleichbehandlungsgebot im Zentrum. Der Staat hat alle Medienorganisationen gleich zu behandeln und entsprechend bei der Wahl bzw. beim Ausschluss bestimmter Medien stets sachliche Gründe vorzuweisen, wie etwa die schnelle Information einer bestimmten Region oder die Auflagestärke.[1616] Mit Blick auf das Staatsunabhängigkeitsgebot müssen vom Staat stammende Werbung bzw. Inserate zudem klar als solche erkennbar sein (vgl. hierzu N. 87).[1617]

1612. Vgl. für Radio und Fernsehen Müller/Schefer/Zeller, Freie Kommunikation in Radio und Fernsehen, S. 486.

1613. Vgl. zum Ganzen ausführlich Piolino, Staatsunabhängigkeit, S. 148 ff.

1614. Dabei erhalten Medien hohe Beträge für das Verbreiten von Inseraten bzw. Werbung staatlicher Stellen, wofür sie im Gegenzug eine den Inserenten wohlwollende Berichterstattung verbreiten (vgl. Lorenz/Pramer/Ebenführer, Werbeausgaben der Regierung: Mit Inseraten Politik machen, Der Standard, 7.10.2021, https://www.derstandard.de/story/2000130237090/werbeausgaben-der-regierung-mit-inseraten-politik-machen, [besucht am 3.7.2022]).

1615. Vgl. hierzu m.w.Verw. BSK-Waldmann, Art. 35 BV N. 1.

1616. Vgl. m.w.Verw. Saxer, Öffentlichkeitsinformationen, S. 26 f.; vgl. ausführlich Piolino, Staatsunabhängigkeit, S. 394.

1617. Ausführlich Piolino, Staatsunabhängigkeit, S. 401 f.

III. ZENSURVERBOT (ABS. 2 BV)

A. Begriff der Zensur

Gemäss Art. 17 Abs. 2 BV ist Zensur verboten. Das Zensurverbot stellt den Kerngehalt der Medienfreiheit dar.[1618] «Zensur» wird z.T. als Oberbegriff für staatliche Inhaltskontrolle verwendet.[1619] Nach ständiger Rechtsprechung und Lehre steht Zensur im Sinne von Art. 17 Abs. 2 BV jedoch nur für die präventive und systematische Inhaltskontrolle (**systematische Vorzensur**).[1620] Das Zensurverbot bezweckt, die Gefahr inhaltlicher Beherrschung bzw. Lenkung der Meinungsbildung durch den Staat zu verhindern.[1621] Dabei muss nicht nachgewiesen werden, dass eine Lähmung der Meinungsbildung im konkreten Einzelfall tatsächlich eingetreten ist, da das Zensurverbot auf den Schutz vor Gefährdungen der Medienfreiheit ausgerichtet ist.[1622] Zudem ist irrelevant, dass die systematische Prüfung lediglich bestimmte Kommunikationsformen oder -inhalte betrifft.[1623] Als absolut verboten gilt somit das Errichten staatlicher Verfahren der inhaltlichen Vorkontrolle wie etwa Vorgaben, die alle Publikationen einer bestimmten Medienorganisation, 76

1618. Aufgrund seines Hauptanwendungsbereichs ist das Zensurverbot lediglich im Rahmen der Medienfreiheit verfassungsrechtlich verankert, doch gilt es als Aspekt des Kerngehalts aller Kommunikationsgrundrechte; vgl. etwa Botschaft BV, S. 161; BGE 138 I 274 E. 2.2 und E. 3.4.1; Biaggini, Art. 16 BV N. 12). A.a. SGK-Errass/Rechsteiner, Art. 17 BV N. 89 f. Im Gegensatz zu anderen Kommunikationsgrundrechten erschöpft sich der Kerngehalt der Medienfreiheit im Zensurverbot.

1619. Vgl. etwa Biaggini, Art. 17 BV N. 14; Nobel/Weber, Medienrecht, 2. Kap., N. 109; BSK-Zeller/Kiener, Art. 17 BV N. 35; vgl. ausführlich zu den verschiedenen Zensurformen Krüsi, Zensurverbot, S. 91 ff.

1620. Vgl. aus der Rechtsprechung etwa BGE 138 I 274 E. 2.2.2; vgl. aus der Lehre etwa Barrelet/Werly, Droit de la Communication, Rz. 140; Biaggini, Art. 17 BV N. 16; SGK-Errass/Rechsteiner, Art. 17 BV N. 89; BSK-Hertig, Art. 16 BV N. 41; Kiener/Kälin/Wyttenbach, Grundrechte, § 21, N. 35; Müller/Schefer, Grundrechte in der Schweiz, S. 352 f.; Schefer, Kerngehalte, S. 463 f.; BSK-Zeller/Kiener, Art. 17 BV N. 39; vgl. ausführlich Krüsi, Zensurverbot, S. 255 ff.; Peduzzi, Meinungs- und Medienfreiheit, S. 247 ff.; vgl. aus der deutschen Lehre m.w.Verw. etwa Hoffmann-Riem, Kommunikationsfreiheiten, Rz. 93.

1621. Vgl. etwa m.w.Verw. Müller/Schefer, Grundrechte in der Schweiz, S. 352; Schefer, Kerngehalte, S. 463; vgl. aus der deutschen Lehre etwa Hoffmann-Riem, Kommunikationsfreiheiten, Rz. 89.

1622. Vgl. Schefer, Beeinträchtigung, S. 43; Schefer, Kerngehalte, S. 463.

1623. Vgl. m.w.Ver w. Müller/Schefer, Grundrechte in der Schweiz, S. 352 f.; BSK-Zeller/Kiener, Art. 17 BV N. 39.

von spezifischen Autoren oder zu einem bestimmten Thema systematisch der Genehmigung einer Behörde unterwerfen oder gar ganz verbieten.[1624]

77 Von der systematischen Vorzensur abzugrenzen sind **inhaltliche Vorkontrollen im Einzelfall**. Solche Präventiveingriffe berühren zwar gemäss Rechtsprechung und herrschender Lehre nicht den Kerngehalt der Kommunikationsgrundrechte, doch stellen sie gemäss hier vertretener Auffassung stets schwere Grundrechtseingriffe dar. Solche Beschränkungen müssen daher in einem formellen Gesetz vorgesehen sein und sind nur in Ausnahmefällen zum Schutz vor einer konkret nachweisbaren, unmittelbar bevorstehenden Gefahr für grundlegende Rechtsgüter wie dem menschlichen Leben oder der Aufrechterhaltung der militärischen Sicherheit zulässig.[1625] Ein nicht unproblematisches Beispiel für einen Präventiveingriff im Einzelfall ist die in Art. 28*a* Abs. 1 Ziff. 1 ZGB i.V.m. Art. 261 ff. ZPO vorgesehene Möglichkeit, vom Richter bei drohender Persönlichkeitsverletzung durch eine Meinungsäusserung deren Veröffentlichung vorsorglich verbieten zu lassen (vgl. ausführlicher N. 57).[1626]

78 Vor dem Hintergrund der **Digitalisierung** möchte ein Teil der Lehre auch die systematische, kurz nach Publikation erfolgende Nachzensur als absolut verbotene Zensur verstanden wissen.[1627] Dies wird überzeugenderweise damit begründet, dass es heute technisch möglich ist, eine Homepage unmittelbar nach der Veröffentlichung von Inhalten zu sperren. Da solche Verfahren in ihrer Wirkung einer Vorzensur gleichkommen, kann der Zeitpunkt der institutionalisierten Kontrolle in solchen Fällen keine Rolle mehr spielen.[1628]

1624 Vgl. Barrelet/Werly, Droit de la communication, Rz. 136; Schefer, Beeinträchtigung, S. 43 und Schefer, Kerngehalte, S. 463 f.

1625 So auch m.w.Verw. Müller/Schefer, Grundrechte in der Schweiz, S. 354 f.; BSK-Zeller/Kiener, Art. 17 BV N. 40; vgl. Schefer, Kerngehalte, S. 463 f., der auch gewisse präventive Eingriffe im Einzelfall unter das Zensurverbot subsumiert.

1626 Krit. zur bundesgerichtlichen Praxis im Zusammenhang mit der blossen Glaubhaftmachung einer Persönlichkeitsverletzung gemäss Art. 28*c* Abs. 1 ZGB Müller/Schefer, Grundrechte in der Schweiz, S. 355 f.; vgl. zur ebenfalls problematischen Gesetzesbestimmung der Sicherstellung, Beschlagnahmung und Einziehung von Propagandamaterial gemäss Art. 13*e* BWIS Müller/Schefer, Grundrechte in der Schweiz, S. 356.

1627 So etwa Müller/Schefer, Grundrechte in der Schweiz, S. 355 f.; Schefer, Kerngehalte, S. 465 f.; BSK-Zeller/Kiener, Art. 17 BV N. 41; vgl. aus der deutschen Lehre etwa Hoffmann-Riem, Kommunikationsfreiheiten, Rz. 93; vgl. eingehend m.w.Verw. Krüsi, Zensurverbot, S. 112 ff.

1628 Vgl. Müller/Schefer, Grundrechte in der Schweiz, S. 354; vgl. aus der deutschen Lehre Hoffmann-Riem, Kommunikationsfreiheiten, Rz. 93.

Vor diesem Hintergrund sind die aktiven Durchsuchungen des Internets nach Websites mit strafrechtlich relevanten oder die innere Sicherheit gefährdenden Inhalten,[1629] verbunden mit der Möglichkeit zur Blockierung von Schweizer Domains,[1630] zumindest als verfassungsrechtlich problematisch zu bezeichnen.[1631]

Eine weitere, mit der Digitalisierung entstandene Problematik ist die **systematische** und **inhaltsbezogene Kontrolle** von Inhalten durch **private Anbieter von Kommunikationsdiensten**, entweder aus eigenem Antrieb oder motiviert durch staatliche Massnahmen. Da Kommunikationsdienste wie Facebook, Instagram, Tiktok oder YouTube hohe Nutzungszahlen aufweisen und nur von wenigen Anbietern kontrolliert werden (Meinungsmacht), können sich solche Überwachungen insbesondere dann, wenn der Staat Anlass zu systematischen Kontrollen gibt, ähnlich auswirken wie traditionelle Zensur. Dies gilt unabhängig davon, ob der Staat die Plattformbetreiber direkt zur Kontrolle verpflichtet oder ob diese indirekt – z.B. durch strenge Haftungsregeln in Bezug auf widerrechtliche Inhalte – vom Staat dazu veranlasst werden. Zudem werden solche Diensteanbieter zur Vermeidung staatlicher Sanktionen im Zweifel Inhalte eher einschränken, woraus eine Art «Kollateralzensur» resultieren kann. Solche Auswirkungen muss der Staat bei der Regulierung von Kommunikationsdiensten berücksichtigen, um dem Zensurverbot nicht zuwiderzulaufen.[1632] Gleichzeitig bergen auch jene Inhaltskontrollen Gefahren für die Kommunikationsgrundrechte, die von meinungsmächtigen Diensteanbietern aus eigenem Antrieb vorgenommen werden. Dies ist insbesondere der Fall, wenn die Inhaltseinschränkungen gestützt auf unpräzise und rasch ändernde Nutzungsbedingungen, willkürlich bzw. ohne sachlichen Grund oder gar auf diskriminierende Weise erfolgen, ohne dass sich die Betroffenen wirksam gegen Löschungen zur Wehr setzen können.[1633] Zwar sind private Diensteanbieter anders als der Staat grundsätzlich nicht an die Grundrechte gebunden. Allerdings hat der Staat 79

1629 Vgl. Art. 14 und Art. 13*e* Abs. 5 lit. a BWIS und Art. 13 Bundesgesetz über den Nachrichtendienst vom 25.9.2015 (NDG; SR 121).

1630 Vgl. Art. 30 Abs. 3 Verordnung über Internet-Domains vom 5.11.2014 (VID, SR 784.104.2) und Art. 13*e* Abs. 5 lit. a BWIS. Erst dies macht die inhaltliche Vorkontrolle problematisch.

1631 Vgl. Schefer, Kommunikationsgrundrechte, Rz. 101.

1632 Vgl. zum Ganzen M.w.Verw. Schefer, Kommunikationsgrundrechte, Rz. 102.

1633 Vgl. ausführlich zu dieser Problematik Schefer/Cueni, Öffentlichkeit im Wandel, S. 53 ff. und S. 67 f.

dafür zu sorgen, dass die Grundrechte je nach Eignung auch unter Privaten wirksam werden (Art. 35 Abs. 2 BV). Dies gilt insbesondere in Fällen, in denen die wirksame Ausübung der Grundrechte einer Vielzahl von Personen durch gesellschaftlich mächtige Private bedroht ist.[1634]

80 Anders als die Bundesverfassung kennt **Art. 10 EMRK** kein ausdrückliches Zensurverbot.[1635] Der EGMR wendet jedoch bei Präventiveingriffen im Rahmen der Prüfung der gesetzlichen Grundlage und der Verhältnismässigkeit generell einen strikten Massstab an.[1636] Während der Gerichtshof in diesem Zusammenhang etwa Präventivmassnahmen in der Form von Konzessionierungs- bzw. Bewilligungsverfahren im Rundfunkbereich im Lichte von Art. 10 EMRK unter gewissen Bedingungen für zulässig erklärt (vgl. N. 72 f.), hat er Eingriffe, die sich in der Form von Publikationsverboten auf die künftige Erscheinung ganzer Zeitungen und nicht lediglich bestimmter Artikeltypen bezogen, als unverhältnismässig eingestuft.[1637] Im «Manole-Entscheid» qualifizierte der EGMR die präventive Kontrolle der vom moldawischen Service-public-Veranstalter verbreiteten Nachrichten durch das regierungstreue Leitungsgremium des Veranstalters als unverhältnismässigen Eingriff in die Kommunikationsfreiheiten der beschwerdeführenden Journalistinnen und Journalisten.[1638]

B. Kritische Beispiele

81 Im Folgenden sind Beispiele präventiver Inhaltskontrolle zu nennen, die mit Blick auf das Zensurverbot kritisch zu betrachten sind. Zum einen ist dies die **vorgängige behördliche Filmkontrolle aus Gründen des Jugendschutzes**.[1639] Zwar ist diese in der Schweiz inzwischen mehrheitlich verschwunden, da sie darauf reduziert wurde, für jeden Kinofilm das

1634 Vgl. statt vieler BSK-Waldmann, Art. 35 BV N. 71.

1635 BSK-Zeller/Kiener, Art. 17 BV N. 37.

1636 Vgl. EGMR *Mosley gegen das Vereinigte Königreich*, Nr. 48009/08, 10.5.2011, N. 117; EGMR *RTBV gegen Belgien*, Nr. 50084/06, 29.3.2011, N. 107 ff.; EGMR *Observer and Guardian gegen das Vereinigte Königreich*, Nr. 13585/88, 26.11.1991, N. 60; vgl. m.w.Verw. Oster, Media Freedom, S. 130 f.; vgl. auch m.w.Verw. BSK-Zeller/Kiener, Art. 17 BV N. 37.

1637 Vgl. etwa EGMR *Ürper u.a. gegen die Türkei*, Nr. 14526/07 u.a., 20.10.2009, N. 42 ff.; Oster, Media Freedom, S. 130.

1638 Vgl. EGMR *Manole a.o. gegen Moldau*, Nr. 13936/02, 17.9.2009, N. 107 ff.

1639 Vgl. zur kantonalen Praxis in den späten 1980er-Jahren, Kinofilme generell einer behördlichen präventiven Bewilligungspflicht zu unterstellen, BGE 120 Ia 190; krit. etwa Müller/Schefer, Grundrechte in der Schweiz, S. 353.

Mindestalter für die Zulassung von Zuschauern zu definieren.[1640] Das 2022 verabschiedete Bundesgesetz über den Jugendschutz in den Bereichen Film und Videospiele (JSFVG[1641]) enthält denn auch lediglich vereinheitlichte Vorgaben zur Alterskennzeichnung und Vorgaben zur Alterskontrolle,[1642] womit es verfassungsrechtlich in dieser Hinsicht nicht zu beanstanden ist. Demgegenüber ist etwa im Kanton Zürich die Altersfreigabe von Filmen verbunden mit der Möglichkeit eines Vorführverbots,[1643] was verfassungsrechtlich nicht unproblematisch erscheint.[1644]

Zum anderen ist die **systematische Vorkontrolle des Briefverkehrs von Strafgefangenen sowie Untersuchungshäftlingen** kritisch zu betrachten. Diese wird zwar von der Lehre und Rechtsprechung unter Verweis auf die differenzierte Geltung des Zensurverbots für den Briefverkehr als Individualkommunikation nicht ohne Weiteres als absolut verboten qualifiziert.[1645] Allerdings steht auch die Individualkommunikation unter dem Schutz der Kommunikationsgrundrechte, womit auch die systematische Vorkontrolle des Briefverkehrs nur unter sehr restriktiven Bedingungen zulässig sein kann.[1646] 82

C. Staatsnotstand

Die Kerngehalte der Grundrechte gelten gemäss Schweizer Verfassungsrecht auch in gewissen Situationen des Staatsnotstands, wie z.B. beim Erlass von dringlich erklärten Bundesgesetzen ohne eigene Verfassungsgrundlage nach Art. 165 Abs. 3 BV.[1647] Damit ist das Verbot der systematischen Vorzensur auch in solchen Zeiten zu beachten.[1648] Kriegssituationen hingegen sind eine auch 83

1640 Vgl. m.w.Verw. CR-Cottier, Art. 17 Cst. N. 36

1641 BBl 2022 2406.

1642 Vgl. Art. 6 ff. JSFVG.

1643 § 10 des Gesetzes über den Jugendschutz bei öffentlichen Filmvorführungen und Trägermedien (JFTG) des Kantons Zürich vom 26.11.2018.

1644 So auch Schefer, Kommunikationsgrundrechte, Rz. 98.

1645 Vgl. für Untersuchungshäftlinge etwa BGE 117 Ia 465; m.w.Verw. Kiener/Kälin/Wyttenbach, Grundrechte, § 18, N. 28.

1646 Vgl. ausführlich zum Schutz von Inhaftierten durch die Kommunikationsgrundrechte Müller/Schefer, Grundrechte in der Schweiz, S. 417 ff.

1647 Schefer unterscheidet nebst diesen Staatsnotstandssituationen noch zwei weitere Bereiche außerordentlicher Situationen: Massnahmen der inneren Sicherheit (z.B. selbständiges Notverordnungsrecht gestützt auf Art. 185 Abs. 3 BV) und Kriegssituationen (vgl. Schefer, Kerngehalte, S. 157 ff.).

rechtlich ungelöste Ausnahmesituation, die eigene Regeln erfordert.[1649] Demgegenüber ist Art. 10 EMRK gemäss Art. 15 EMRK nicht notstandsfest, womit sowohl im Krieg als auch in einem anderen öffentlichen Notstand davon abgewichen werden kann. Dies bedingt jedoch, dass die Lage eine solche Abweichung unbedingt erfordert (Verhältnismässigkeitsprinzip).[1650] Systematische Vorzensur wird also nicht ohne Weiteres zulässig, weil Krieg oder ein anderer öffentlicher Notstand herrscht. In diesem Kontext ist der Entscheid des Rats der EU vom 1.3.2022, die russischen Rundfunksender Russia Today und Sputnik aufgrund deren Propaganda für die Russische Föderation zu verbieten,[1651] kritisch zu sehen.[1652] Demgegenüber ist der Entscheid des schweizerischen Bundesrats, die EU-Sanktionen gegen die beiden Sender nicht zu übernehmen mit der Begründung, dass es wirksamer sei, unwahren und schädlichen Äusserungen mit Fakten zu begegnen, anstatt sie zu verbieten, u.E. zu begrüssen. Denn staatliche Einschränkungen von Propaganda sind nicht per se legitim, sondern lediglich in den gesetzlich vorgesehenen Fällen.[1653] Damit dürfte der Entscheid der Swisscom AG – ein öffentliches Unternehmen und daher grundsätzlich an die Grundrechte gebunden –,[1654] die Sender Russia Today und Sputnik nicht mehr zu

1648 Vgl. ausführlich zu den Anforderungen der Bundesverfassung an die Derogation von Grundrechten im Notstand Schefer, Kerngehalte, S. 156 ff.

1649 Der traditionelle Grundrechtsschutz beschränkt sich vorwiegend auf Bedrohungen ausserhalb des Krieges. Bei einem unmittelbar drohenden oder bereits in Gang befindlichen Krieg werden die grundrechtlichen Anliegen in erster Linie vom humanitären Völkerrecht wahrgenommen (Schefer, Kerngehalte, S. 157 f.).

1650 Vgl. ausführlich Grabenwarter/Pabel, EMRK, § 2 N. 8 ff.

1651 Vgl. m.w.Verw. Europäische Union, Ukraine Sanktionen gegen die vom Kreml unterstützte Medien Russia Today und Sputnik, Pressemitteilung, 2.3.2022, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip_22_1490 (besucht am 16.5.2022).

1652 Vgl. auch Schulz, Informationsfreiheit im Ausnahmezustand, in: Legal Tribune Online, 23.4.2022, <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/russia-today-verbot-der-eu-zulaessig-oder-nicht-kompetenzueberschreitung/> (besucht am 16.5.2022).

1653 Vgl. etwa zum Verbot staatsgefährlicher Propaganda gemäss Art. 275bis StGB und zum Verbot von Diskriminierung und Aufruf zu Hass gemäss Art. 261bis StGB; Mühlemann, Rahmenbedingungen für ein Verbot von Kriegspropaganda in der Schweiz, 28.3.2022, <https://www.vischer.com/know-how/blog/rahmenbedingungen-fuer-ein-verbot-von-kriegspropaganda-in-der-schweiz-39541/> (besucht am 16.5.2022).

1654 Vgl. statt vieler m.w.Verw. BSK-Waldmann, Art. 35 BV N. 26 f.

verbreiten,[1655] u.E. schwierig mit der Medienfreiheit in Einklang zu bringen sein.

D. Staatsunabhängigkeitsgebot

Systematische Vorzensur kann nicht nur durch staatliche Verfahren der Vorkontrolle konkreter Medieninhalte realisiert werden, sondern auch durch die Beherrschung der Medientätigkeit mittels staatlicher Organisationsmassnahmen. Diese Gefahr besteht insbesondere im Bereich der Grundversorgung bzw. des Service public, in welchem der Staat Leistungsaufträge erteilt, deren Erfüllung beaufsichtigt und finanziert, sowie im Bereich der staatlichen Medienförderung (vgl. bereits N. 74 und sogleich N. 86). Anders als staatliche Verfahren der Vorzensur ermöglichen staatliche Organisationsmassnahmen nicht primär eine direkte bzw. punktgenaue, sondern eine indirekte und damit lediglich grobe bzw. richtunggebende Inhaltskontrolle.[1656] Diese sog. «Generalzensur» mittels organisatorischer Beherrschung der Medientätigkeit durch den Staat wird bisweilen als institutionalisierte Zensur bezeichnet (vgl. bereits zum Staatsunabhängigkeitsgebot als Teil der organisatorischen bzw. institutionellen Seite der Medienfreiheit N. 15).[1657] Das **Verbot der Beherrschung** der Medientätigkeit durch staatliche Organisationsmassnahmen ist gleichzeitig der **Kerngehalt des Staatsunabhängigkeitsgebots**. Sollen Medien ihre Meinungsbildungs- und Kontrollfunktion wirksam wahrnehmen können (vgl. hierzu N. 8), dürfen sie vom Staat nicht beherrscht werden, sondern müssen von diesem unabhängig sein.[1658] Da das Zensurverbot auch vor Gefährdungen schützt (vgl. N. 76), reicht bereits die Möglichkeit bzw. der Anschein des beherrschenden Einflusses des Staats auf die Medieninhaltsproduktion aus.[1659] 84

1655 Vgl. Swissinfo, Swisscom und Sunrise nehmen russischen Staatssender aus Programm, 2.3.2022, < https://www.swissinfo.ch/ger/alle-news-in-kuerze/swisscom-und-sunrise-nehmen-russischen-staatssender-aus-programm/47396482> (besucht am 5.6.2023).

1656 Vgl. ausführlich Piolino, Staatsunabhängigkeit, S. 221 ff.; vgl. für den Rundfunkbereich Peduzzi, Meinungs- und Medienfreiheit, S. 143; m.w.Verw. BSK-Zeller/Dumermuth, Art. 93 BV N. 34; vgl. für das deutsche Rundfunkrecht BVerfGE 90, 60 (88 f.).

1657 Piolino, Staatsunabhängigkeit, S. 221; vgl. für das deutsche Rundfunkrecht Herrmann/Lausen, Rundfunkrecht, § 5 N. 41.

1658 Piolino, Staatsunabhängigkeit, S. 222; vgl. Hangartner, Unabhängigkeit, S. 1185; Nobel/Weber, Medienrecht, 2. Kap., N. 173; Peduzzi, Meinungs- und Medienfreiheit, S. 240.

85 Die **Mindestanforderungen des Staatsunabhängigkeitsgebots** sind darauf ausgerichtet, dass der Staat die Medientätigkeit nicht selber wahrnehmen darf (vgl. hingegen zur Zulässigkeit staatlicher Öffentlichkeitsarbeit N. 87).[1660] Dieses Funktions- bzw. Betätigungsverbot, das für den Staat im Medienbereich im Gegensatz zu anderen wirtschaftlichen Sektoren wie dem Telekommunikations- oder Postbereich gilt, richtet sich an alle drei Staatsgewalten sowie an staatlich beherrschte Unternehmen.[1661] Dies bedingt im Allgemeinen, dass staatliche Organisationsmassnahmen den Medienorganisationen bei der publizistischen Tätigkeit erhebliche Entscheidungsspielräume belassen.[1662] Im Einzelnen wird dies durch verschiedene Mindestanforderungen sowohl auf normativer, institutioneller als auch finanzieller Ebene gewährleistet. So darf der Staat z.B. im Rahmen von Leistungsaufträgen oder der Medienförderung nicht derart konkrete Vorgaben für die Medientätigkeit aufstellen, dass damit eine eigentliche Eigenbetätigung des Staats einhergeht. Dabei müssen staatliche Vorgaben eine umso geringere Regelungsdichte aufweisen, je grösser deren Inhaltsnähe ist.[1663] Bei der Aufsicht über die Einhaltung der aufgestellten Vorgaben darf der Staat keine Zweckmässigkeitskontrolle bzw. Fachaufsicht über die publizistische Tätigkeit ausüben. Dies bedingt die Auslagerung der Medientätigkeit auf in dieser Hinsicht unabhängige bzw. autonome Organisationen.[1664] Da der Staat die Inhaltsproduktion zudem durch Personalentscheide mindestens richtunggebend bestimmen könnte, darf der

1659 Piolino, Staatsunabhängigkeit, S. 223; vgl. Schefer, Beeinträchtigung, S. 43; Schefer, Kerngehalte, S. 463.

1660 Ausführlich Piolino, Staatsunabhängigkeit, S. 226 ff.; vgl. Barrelet, Libertés, Rz. 24 und Rz. 33; Hangartner, Unabhängigkeit, S. 1185; vgl. auch BGE 141 II 182 E. 6.6.

1661 Ausführlich zum Adressatenkreis des Staatsunabhängigkeitsgebots Piolino, Staatsunabhängigkeit, S. 410 ff.

1662 Ausführlich Piolino, Staatsunabhängigkeit, S. 285 ff.; vgl. für den Rundfunkbereich etwa BGE 98 Ia 73 E. 3.c.

1663 Verboten sind insbesondere Vorgaben oder Verbote der Darstellung bestimmter Themen oder Meinungen (sog. Positiv- oder Negativlisten). Ausführlich Piolino, Staatsunabhängigkeit, S. 289 ff.; vgl. für das deutsche Rundfunkrecht Hoffmann-Riem, Regulierung, S. 193.

1664 Ausführlich Piolino, Staatsunabhängigkeit, S. 298 ff.; vgl. für den Rundfunkbereich etwa BGE 131 II 253 E. 3.4; BGE 98 Ia 73 E. 3.c; BGer, Urteil vom 17.10.1980, in: ZBl 1982, E. 3.a), S. 224; Barrelet/Werly, Droit de la communication, Rz. 831 und Rz. 862; Dumermuth, Rundfunkrecht, Rz. 426; Nobel/Weber, Medienrecht, 8. Kap., N. 163 ff.; vgl. hingegen die gemäss der wohl h.L. verfassungsrechtlich nicht gewährleistete Hochschulautonomie, deren Rahmen Bund und Kantone daher frei bestimmen können (vgl. statt vieler Biaggini, Art. 63*a* BV N. 12).

Staat auf die Einstellung des operativ tätigen Personals keinen Einfluss haben.[1665] Staatsvertreter sind hingegen zulässig in strategischen Führungsgremien von Medien, solange sie keine starke Minderheitsposition einnehmen (Grundsatz der Drittelsgrenze).[1666] Medienorganisationen dürfen mithin nicht als öffentliche bzw. staatlich beherrschte Unternehmen ausgestaltet sein, sondern sind zwingend private Akteure.[1667] Finanziert der Staat die Medientätigkeit, muss er den Medien bei der Verwendung der Finanzmittel erhebliche Ermessensspielräume belassen.[1668] Dies wird u.a. durch die globale Zuweisung staatlicher Mittel an Medien gewährleistet (Globalbudgets).[1669] Dabei ist eine Finanzierung aus dem Staatshaushalt u.E. umso heikler, je grösser das staatliche Ermessen beim Finanzierungsentscheid und je höher die Abhängigkeit der Medientätigkeit von den staatlichen Finanzmitteln sind. Hierbei vermag z.B. die Festlegung der staatlichen Finanzierung über einen längeren Zeitraum etwa in einem Gesetz den Medienorganisationen eine gewisse Finanzplanungssicherheit zu gewährleisten.[1670]

Gefahren von Verletzungen des Staatsunabhängigkeitsgebots bestehen insbesondere dort, wo der Staat die **Grundversorgung bzw. den Service** 86

1665 Ausführlich mit Hinweisen auf die deutsche und Schweizer Lehre Piolino, Staatsunabhängigkeit, S. 315 ff.

1666 Ausführlich Piolino, Staatsunabhängigkeit, S. 321 ff., wo orientiert am deutschen Rundfunkrecht die verfassungsrechtliche Grenze grundsätzlich bei einem Drittel Staatsvertreter gezogen wird (vgl. BVerfGE 136, 9 [37 f.]); vgl. statt vieler in Bezug auf die SRG Dumermuth, Rundfunkrecht, Rz. 246 und Peduzzi, Meinungs- und Medienfreiheit, S. 144, wonach zumindest die Befugnis des Bundesrats, über die Hälfte des strategischen Führungsgremiums der SRG zu wählen bzw. zu genehmigen, verfassungsrechtlich unzulässig wäre; krit. auch gegenüber einem Viertel Staatsvertreter Müller/Schefer/Zeller, Freie Kommunikation in Radio und Fernsehen, S. 492. Letztlich ist allerdings zu relativieren, dass eine zahlenmässige Begrenzung alleine nicht geeignet ist, eine staatliche Beherrschung des strategischen Führungsgremiums wirksam auszuschliessen. Vielmehr ist stets noch das besondere Gewicht der einzelnen Staatsvertreter aufgrund ihrer Stellung und ihres Sachverstands mit zu berücksichtigen (mit Hinweisen auf die deutsche Lehre Piolino, Staatsunabhängigkeit, S. 323).

1667 Ausführlich Piolino, Staatsunabhängigkeit, S. 328 ff. und in Bezug auf die SRG S. 497 f.; vgl. auch Hettich/Schelker, Medien, S. 126, wonach die SRG (bloss) in die Nähe öffentlicher Unternehmen zu rücken ist.

1668 Ausführlich Piolino, Staatsunabhängigkeit, S. 346 ff.; vgl. für den Rundfunkbereich Barrelet/Werly, Droit de la communication, Rz. 831.

public organisiert. Ähnliche Gefahren bestehen im Kontext staatlicher Förderinstrumente im Medienbereich (vgl. hierzu bereits N. 74).[1671] Beispielsweise ist betreffend die staatliche Beaufsichtigung der SRG in Art. 33 Abs. 1 RTVG vorgesehen, dass der Bundesrat einen Viertel der Verwaltungsratsmitglieder bestimmen kann.[1672] Die Bundesratsvertreter ermöglichen zwar eine Einflussnahme auf die strategische Ausrichtung der SRG, womit der Bund die publizistische Tätigkeit der SRG nicht direkt, aber zumindest indirekt beeinflussen kann. Da jedoch die Anzahl der vom Bund ernannten Verwaltungsratsmitglieder die Drittelsgrenze nicht übersteigt (vgl. soeben N. 85), liegt u.E. noch keine unzulässige staatliche Beherrschung der SRG vor. Vielmehr lässt sich das gesetzlich vorgesehene Wahlrecht unserer Ansicht nach gemäss Art. 36 BV rechtfertigen, indem es dem Bundesrat ermöglicht, auf eine dem Vielfaltsgebot entsprechende, politisch und föderal ausgewogene Zusammensetzung des Verwaltungsrats der SRG und dadurch auf die Erfüllung des Service public-Auftrags hinzuwirken.[1673]

87 Schliesslich besteht ein Risiko staatlicher Medientätigkeit im Bereich der **Staatskommunikation bzw. der staatlichen Öffentlichkeitsarbeit**. Damit keine solche Tätigkeit vorliegt, muss sich die vom Staat wahrzunehmende Staatskommunikation inhaltlich strikt von der dem Staat verbotenen Medientätigkeit unterscheiden: Während die Medientätigkeit eine

1670 Ausführlich Piolino, Staatsunabhängigkeit, S. 350 ff. Inwieweit Medien aus dem Staatshaushalt finanziert werden dürfen, ist in der Lehre umstritten (vgl. für den Rundfunkbereich die Zulässigkeit verneinend etwa Dumermuth, Empfangsgebühr, S. 155; die Zulässigkeit nicht per se verneinend Hettich/Schelker, Medien, S. 146 f.; vgl. für das deutsche Rundfunkrecht etwa Herrmann/Lausen, Rundfunkrecht, § 13, N. 42 ff.; Heydt, Rundfunkfinanzierung, S. 599).

1669 Dadurch wird sichergestellt, dass der Staat seine Finanzbeträge nicht an eine bestimmte Art der Aufgabenerfüllung knüpfen kann, sondern lediglich an die Erbringung der z.B. im Leistungsauftrag in zulässiger Art und Weise umschriebenen Leistungen. Ausführlich Piolino, Staatsunabhängigkeit, S. 349 f.; vgl. für das deutsche Rundfunkrecht etwa Herrmann/Lausen, Rundfunkrecht, § 9 N. 35; Jarass, Massenmedien, S. 216 f.

1671. Vgl. m.w.Verw. Piolino, Staatsunabhängigkeit, S. 224; vgl. ausführlich in Bezug auf die staatliche Ausgestaltung der Medienordnung im RTVG Piolino, Staatsunabhängigkeit, S. 443 ff.

1672. Die restlichen Mitglieder werden von der Delegiertenversammlung und den Regionalgesellschaften der SRG gewählt.

1673. Vgl. Botschaft RTVG 2003, S. 1612; Rostan, Comm. LRTV, Art. 33 LRTV N. 5; Weber, Komm. RTVG, Art. 33 RTVG N. 4; vgl. ausführlich Piolino, Staatsunabhängigkeit, S. 322 f. und S. 490 ff.; krit. hingegen Müller/Schefer/Zeller, Freie Kommunikation in Radio und Fernsehen, S. 492.

grundrechtlich geschützte und damit thematisch unbegrenzte Informationsvermittlung darstellt, darf der Staat im Rahmen seiner Informationspflicht nur kompetenzgemässe und damit thematisch begrenzte Informationen aus dem eigenen Zuständigkeitsbereich verbreiten.[1674] Auch in förmlicher Hinsicht muss staatliche Öffentlichkeitsarbeit den Anschein eines Medieninhalts vermeiden und daher klar als solche erkennbar sein (Transparenzgebot).[1675] In diesem Rahmen dürfen behördliche Informationen u.E. redaktionell gestaltet und über eigene Informationskanäle wie Druckschriften, Websites, Social-Media oder Radio und Fernsehen massenmedial verbreitet werden – so z.B. eindeutig als staatlich gekennzeichnete Erklärvideos zu bevorstehenden Abstimmungen,[1676] Parlamentsdebatten oder Medienkonferenzen –, sofern auch die weiteren Grundsätze staatlicher Kommunikation wie insbesondere das Sachlichkeits- und das Verhältnismässigkeitsgebot eingehalten sind.[1677] Dasselbe gilt für Staatskommunikation, die in der Form von Staatswerbung z.B. durch Medienorganisationen verbreitet wird (vgl. bereits N. 75).[1678]

IV. REDAKTIONSGEHEIMNIS (ABS. 3)

A. Bedeutung und Entstehung

Art. 17 Abs. 3 BV gewährleistet das Redaktionsgeheimnis als Teil der Medienfreiheit.[1679] Die Garantie schützt redaktionsinterne Abläufe und 88

1674. Ausführlich Piolino, Staatsunabhängigkeit, S. 386 ff.; vgl. auch Barrelet/Werly, Droit de la communication, Rz. 165 ff.; Saxer, Öffentlichkeitsinformationen, S. 21 ff.; vgl. für das deutsche Recht Gersdorf, Staatliche Kommunikationstätigkeit, S. 296 f.

1675. Ausführlich Piolino, Staatsunabhängigkeit, S. 389 f.; vgl. auch Saxer, Öffentlichkeitsinformationen, S. 26; vgl. für das deutsche Recht Gersdorf, Staatliche Kommunikationstätigkeit, S. 295.

1676. Vgl. BGE 145 I 1 E. 5.2.2.; Langer, Behördliche Stellungnahmen, S. 198.

1677. Ausführlich Piolino, Staatsunabhängigkeit, S. 390 f. und S. 394 f. sowie spezifisch betreffend audiovisuelle Angebote S. 397 ff.; vgl. für das deutsche Recht Schürmann, Staatliche Mediennutzung, S. 437. A.M. für den Rundfunkbereich Hettich/Schelker, Medien, S. 124, Fn. 433; a.M. für das deutsche Rundfunkrecht Rauchhaus, Rundfunk und Staat, S. 177 ff. Vgl. zu den Kommunikations- bzw. Informationsgrundsätzen der Kontinuität, Transparenz, Sachlichkeit und Verhältnismässigkeit Botschaft Volkssouveränitätsinitiative, S. 4394.

1678. Vgl. Piolino, Staatsunabhängigkeit, S. 401 f.

1679. Schmohl, Redaktionsgeheimnis, S. 4 ff., S. 103; vgl. zur Entstehung Werly, Secret rédactionnel, S. 123 ff.; vgl. oben zum Redaktionsgeheimnis als Teil des sachlichen Schutzbereichs der Medienfreiheit N. 17.

Informationen und bietet insbesondere Schutz vor einer Pflicht zur Offenlegung journalistischer Quellen.[1680] Damit anerkennt die Verfassung die Bedeutung dieses Teilgehalts der Medienfreiheit als unabdingbare Voraussetzung dafür, dass der Informationsfluss von privaten Informantinnen und Informanten über Themen von gesellschaftlichem Interesse an Medienschaffende sichergestellt bleibt. Können Informantinnen und Informanten nicht darauf vertrauen, dass ihre Identität (bzw. Anonymität) geschützt und Medienschaffende in einem Verfahren ein entsprechendes Zeugnisverweigerungsrecht geltend machen dürfen, werden sie insbesondere vor der Kundgabe von Informationen zu politisch, gesellschaftlich oder für sie persönlich brisanten Themen zurückschrecken.[1681] Dieser Abschreckungseffekt bei ungenügender oder nicht vorhandener Gewährleistung des Redaktionsgeheimnisses würde deshalb dazu führen, dass eine Berichterstattung über Missstände etwa innerhalb von Behörden oder anderen grundsätzlich nicht-öffentlichen Organisationen (etwa auch privaten Unternehmen) deutlich erschwert würde.[1682] Insofern dient der Schutz des Redaktionsgeheimnisses auch der Sicherstellung der Funktion der Medien als Wächter in einem demokratischen Staat (vgl. zu dieser Funktion N. 8).[1683]

89 Trotz der heute anerkannten Bedeutung des Redaktionsgeheimnisses hat das Bundesgericht einen Quellenschutz als Teil der Informationsfreiheit über Jahre verneint.[1684] Erst als Reaktion auf die Rechtsprechung des EGMR[1685] wurde das Redaktionsgeheimnis 1996 als Teil der damals in Art. 55 *a*BV verankerten Pressefreiheit anerkannt.[1686]

1680 BSK-Zeller/Kiener, Art. 17 BV N. 44.

1681 EGMR (Grosse Kammer), *Goodwin gegen das Vereinigte Königreich*, Nr. 17488/90, 20.3.1996, N. 39; mit einer Übersicht der Rechtsprechung seither etwa EGMR *Jecker gegen die Schweiz*, Nr. 35449/14, 6.10.2020, N. 30 ff.; EGMR (Grosse Kammer), *Big Brother Watch u.a. gegen das Vereinigte Königreich*, Nr. 58170/13, 62322/14 und 24960/15, 20.5.2021, N. 442 ff.; vgl. Schmohl, Redaktionsgeheimnis, S. 7 f.; vgl. zum Chilling Effect auch oben N. 39.

1682 EGMR (Grosse Kammer), *Goodwin gegen das Vereinigte Königreich*, Nr. 17488/90, 20.3.1996, N. 39; vgl. Schmohl, Redaktionsgeheimnis, S. 8 f.

1683 EGMR *Jecker gegen die Schweiz*, Nr. 35449/14, 6.10.2020, N. 30 f.; erstmals in EGMR (Grosse Kammer), *Goodwin gegen das Vereinigte Königreich*, Nr. 17488/90, 20.3.1996, N. 39; BSK-Zeller/Kiener, Art. 17 BV N. 44.

1684 Etwa BGE 115 IV 75 E. 3a; vgl. Schmohl, Redaktionsgeheimnis, S. 106 ff.

1685 EGMR (Grosse Kammer), *Goodwin gegen das Vereinigte Königreich*, Nr. 17488/90, 20.3.1996.

B. Sachlicher Schutzbereich

Wie eingangs erwähnt schützt das Redaktionsgeheimnis redaktionsinterne Abläufe und Informationen und bietet Medienschaffenden insbesondere einen Schutz vor Offenlegung ihrer Informationsquellen.[1687] 90

Im Vordergrund des Redaktionsgeheimnisses steht der journalistische **Quellenschutz**. Art. 17 Abs. 3 BV verankert damit ein Recht von Medienschaffenden, in einem Verfahren das Zeugnis und die Offenlegung von journalistischen Quellen zu verweigern (sog. Zeugnisverweigerungs- und Editionsverweigerungsrecht).[1688] Über diesen eigentlichen «Quellenschutz» hinausgehend garantiert Art. 17 Abs. 3 BV die **Vertraulichkeit redaktionsinterner Abläufe** allgemein und schützt auch vor prozessualen Zwangsmassnahmen wie etwa vor Hausdurchsuchungen oder Beschlagnahmungen.[1689] Ebenfalls bietet das Redaktionsgeheimnis einen Schutz vor «Umgehungsversuchen»; wird etwa ein Strafverfahren gegen eine medienschaffende Person eröffnet mit dem Zweck, die Identität eines Informanten aufzudecken, so erachtet der EGMR dies als unzulässige bewusste Umgehung des Quellenschutzes und einen schweren Eingriff in Art. 10 EMRK.[1690] Dieser Einschätzung folgt auch das Bundesgericht.[1691] Ebenfalls bietet die Garantie Schutz gegen Massnahmen, welche lediglich in einer 91

1686 BGE 123 IV 236 E. 8a, bb; seither etwa BGE 132 I 181 E. 2.3; BGE 140 IV 108 E. 6.8; vgl. BSK-Zeller/Kiener, Art. 17 BV N. 45; CR-Cottier, Art. 17 Cst. N. 31; Werly, Secret rédactionnel, S. 84 f., S. 168 ff.; vgl. zur Verankerung im damaligen Art. 27*a* StGB Botschaft Medienstrafrecht, BBl 1996 IV 525 ff.; zuletzt mit einer Kritik zum Quellenschutz im Rahmen von Art. 28*a* StGB EGMR *Jecker gegen die Schweiz*, Nr. 35449/14, 6.10.2020, N. 41 f.

1687 BSK-Zeller/Kiener, Art. 17 BV N. 44.

1688 Schmohl, Redaktionsgeheimnis, S. 106 ff. Vgl. zum Begriff der journalistischen Quelle EGMR *Standard Verlagsgesellschaft GmbH gegen Österreich* (Nr. 3), Nr. 39378/15, 10.1.2012, N. 71 (User-Beiträge im online Bereich einer Zeitung nicht als «journalistische» Quellen). Vgl. N. 74 des Urteils zum Chilling Effect auf solche Beiträge, wenn Autoren-Daten offengelegt werden müssen (womit doch ein Eingriff in Art. 10 EMRK vorliegt).

1689 Etwa EGMR *Roemen und Schmit gegen Luxemburg*, Nr. 51772/99, 25.2.2003, N. 47; BSK-Zeller/Kiener, Art. 17 BV N. 50; Müller/Schefer/Zeller, Medienfreiheit, S. 473; Schmohl, Redaktionsgeheimnis, S. 76 ff., S. 114 f.

1690 EGMR *Tillack gegen Belgien*, Nr. 20477/05, 27.11.2007, N. 60 ff.; vgl. Schmohl, Redaktionsgeheimnis, S. 81 f., S. 115.

1691 Etwa BGE 123 IV 236 E. 6c; vgl. Schmohl, Redaktionsgeheimnis, S. 237 ff.

Androhung der Pflicht zur Offenlegung bestehen,[1692] oder indirekt der Identifikation von (mutmasslichen) Straftaten dienen könnten.[1693]

92 In sachlicher bzw. räumlicher Hinsicht schützt Art. 17 Abs. 3 BV alle Informationen mit Bezug zur **redaktionellen Tätigkeit** und ist dabei weder auf Informationen «in der Redaktion» noch auf journalistische Quellen i.S.v. Informationen Dritter beschränkt.[1694] Entsprechend sind Medienschaffende insbesondere auch vor einer Pflicht der Herausgabe von eigenem Recherchematerial geschützt.[1695]

93 Für **strafrechtliche Verfahren** konkretisieren die Art. 28*a* StGB und Art. 172 StPO das Redaktionsgeheimnis und fassen dabei den Schutzbereich enger, als dies Art. 17 Abs. 3 BV vorgibt: Der Schutz beschränkt sich im Strafverfahren auf die berufliche Veröffentlichung von Informationen im redaktionellen Teil eines periodisch erscheinenden Mediums.[1696] Allerdings gilt es festzuhalten, dass das Redaktionsgeheimnis gemäss Art. 17 Abs. 3 BV nicht auf Strafverfahren beschränkt ist, sondern auch im Rahmen polizeilicher Vorermittlungen,[1697] im Zivilverfahren und in Verwaltungsverfahren Anwendung findet.[1698] Entsprechend wäre es unzutreffend, den sachlichen Schutzbereich des verfassungsrechtlich garantierten Redaktionsgeheimnisses allgemein auf den durch Art. 28*a* StGB und Art. 172 StPO enger gefassten Gehalt zu beschränken.[1699]

C. Persönlicher Schutzbereich

94 In persönlicher Hinsicht schützt das Redaktionsgeheimnis alle redaktionell medienschaffenden natürlichen und juristischen Personen (vgl. zum persönlichen Schutzbereich der Medienfreiheit N. 32 ff.).[1700] Damit geht der Schutzbereich auch in persönlicher Hinsicht weiter als der Schutz gemäss Art.

1692 EGMR *Financial Times Ltd. u.a. gegen das Vereinigte Königreich*, Nr. 821/03, 15.12.2009, N. 56.

1693 EGMR (Grosse Kammer), *Sanoma Uitgevers B.V. gegen die Niederlande*, Nr. 38224/03, 14.9.2010, N. 64 ff.

1694 Vgl. Schmohl, Redaktionsgeheimnis, S. 5, 68 ff., S. 105 f.

1695 Vgl. m.w.Verw. Müller/Schefer/Zeller, Medienfreiheit, S. 474; Schmohl, Redaktionsgeheimnis, S. 72 ff., S. 111 ff.

1696 Vgl. SGK-Errass/Rechsteiner, Art. 17 BV N. 102 f.

1697 Vgl. Schmohl, Redaktionsgeheimnis, S. 221 ff.

1698 BSK-Zeller/Kiener, Art. 17 BV N. 53 (m.w.Verw.).

1699 Vgl. auch SGK-Errass/Rechsteiner, Art. 17 BV N. 97.

172 StPO im strafrechtlichen Verfahren mit der Beschränkung auf Personen, die sich *beruflich* mit der Veröffentlichung von Informationen im redaktionellen Teil eines periodisch erscheinenden Mediums befassen (vgl. soeben N. 93).[1701]

D. Einschränkungen des Redaktionsgeheimnisses

Dem Redaktionsgeheimnis kommt keine absolute Geltung zu; 95
Einschränkungen sind möglich, sofern sie gestützt auf eine gesetzliche Grundlage erfolgen, ein zulässiges Eingriffsinteresse besteht und der Eingriff als verhältnismässig zu betrachten ist (Art. 36 BV). Aufgrund der Bedeutung des Redaktionsgeheimnisses für die journalistische Tätigkeit (vgl. N. 88)[1702] und dem drohenden Abschreckungseffekt von gesetzlichen Bestimmungen oder einer Auslegung dieser, die Eingriffe zu weitgehend zulässt, sind Einschränkungen des Redaktionsgeheimnisses allerdings nur zum Schutz hochrangiger Rechtsgüter zulässig[1703] und erfordern eine sorgfältige Verhältnismässigkeitsprüfung.[1704] Dies bedeutet, dass auch in Fällen, in welchen gemäss Art. 28*a* Abs. 2 StGB das Zeugnisverweigerungsrecht nicht gilt, im konkreten Einzelfall zu überprüfen ist, ob das Redaktionsgeheimnis eingeschränkt werden kann oder nicht.[1705]

Zu den Autorinnen

Marina Piolino, Dr. iur., hat ihre Dissertation zum verfassungsrechtlichen Prinzip der Staatsunabhängigkeit der Medien geschrieben. Heute arbeitet sie im Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) als Medienjuristin.

Raphaela Cueni, Prof. Dr. iur. LL.M., hat ihre Dissertation zum grundrechtlichen Schutz von satirischen Meinungsäusserungen verfasst und

1700 BSK-Zeller/Kiener, Art. 17 BV N. 47; SGK-Errass/Rechsteiner, Art. 17 BV N. 99; vgl. zur Frage der Ausdehnung z.B. auf Blogger Schmohl, Redaktionsgeheimnis, S. 66 ff., S. 105.

1701 Vgl. dazu BSK-Zeller/Kiener, Art. 17 BV N. 52.

1702 EGMR (Grosse Kammer), *Goodwin gegen das Vereinigte Königreich*, Nr. 17488/90, 20.3.1996, N. 39; Schmohl, Redaktionsgeheimnis, S. 7 f.; BSK-Zeller/Kiener, Art. 17 BV N. 44.

1703 BSK-Zeller/Kiener, Art. 17 BV N. 54 (mit dem Hinweis darauf, dass eine Rechtfertigung darin liegen könne, dass «der Staat sonst seine Pflicht zur Abwehr unmittelbarer Gefahr für Leib und Leben Dritter oder anderer hochwertige Rechtsgüter nicht erfüllen könnte). Vgl. als Konkretisierung dieser Anforderung Art. 28*a* Abs. 2 StGB.

1704 Vgl. BGE 132 I 181 E. 2.3; EGMR *Jecker gegen die Schweiz*, Nr. 35449/14, 6.10.2020, N. 36 ff.

beschäftigt sich in verschiedenen Projekten mit Fragestellungen im Bereich der Meinungs- und der Medienfreiheit. Sie ist Assistenzprofessorin für Verwaltungsrecht an der Universität St. Gallen.

WEITERE EMPFOHLENE LEKTÜRE

Barrelet Denis/Werly Stéphane, Droit de la communication, 2. Aufl., Bern 2011.

Camenisch Nora, Journalistische Sorgfalt. Rechtliche und medienethische Anforderungen, Zürich 2023.

Dumermuth Martin, Rundfunkregulierung — Alte und neue Herausforderungen, in: Jarren Ottfried/Donges Patrick (Hrsg.), Ordnung durch Medienpolitik?, Konstanz 2007, S. 351 ff.

Hoffmann-Riem Wolfgang, Kommunikationsfreiheiten. Kommentierungen zu Art. 5 Abs. 1 und 2 sowie Art. 8 GG, Baden-Baden 2002.

Krüsi Melanie, Das Zensurverbot nach Art. 17 Abs. 2 der Schweizerischen Bundesverfassung, Zürich 2011.

Oster Jan, Media Freedom as a Fundamental Right, Cambridge 2015.

Peduzzi Roberto, Meinungs- und Medienfreiheit in der Schweiz, Diss. Zürich, Zürich 2004.

Piolino Marina, Die Staatsunabhängigkeit der Medien, Analyse eines verfassungsrechtlichen Prinzips im Spannungsverhältnis zur Staatsverantwortung im Medienbereich und zur staatlichen Öffentlichkeitsarbeit unter Berücksichtigung des digitalen Wandels, Diss. Basel, Zürich 2021.

Schefer Markus, Kommunikationsgrundrechte, in: Diggelmann Oliver/Hertig Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2020.

Schmohl Denise, Der Schutz des Redaktionsgeheimnisses in der Schweiz. Eine strafrechtliche Betrachtung unter Berücksichtigung der europäischen und verfassungsrechtlichen Grundlagen, Zürich 2013.

1705 Vgl. BGE 132 I 181 E. 2.3, 4.1; EGMR *Jecker gegen die Schweiz*, Nr. 35449/14, 6.10.2020, N. 41 f. (mit einer Kritik an der nicht einzelfallbezogenen Lösung des Bundesgerichts im konkreten Fall); SGK-Errass/Rechsteiner, Art. 17 BV N. 104; CR-Cottier, Art. 17 Cst. N. 32.

Werly Stéphane, La protection du secret rédactionnel, Diss. Genf 2004, Genf/Zürich/Basel 2005.

Zeller Franz/Kiener Regina, Kommentierung zu Art. 17 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, 1. Aufl., Basel 2015.

LITERATURVERZEICHNIS

Alexy Robert, Theorie der Grundrechte, 6. Aufl., Frankfurt a.M. 2011 (zit. Alexy, Grundrechte).

Bacher Bettina, Medienfreiheit und Persönlichkeitsschutz. Zivilrechtliche Auswirkungen der Lösung eines Grundrechtskonflikts, Basel 2015 (zit. Bacher, Medienfreiheit und Persönlichkeitsschutz).

Barrelet Denis, § 45 Les libertés de la communication, in: Thürer Daniel/Aubert Jean-François/Müller Jörg Paul (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz/Droit constitutionnel suisse, Zürich 2001, S. 721 ff. (zit. Barrelet, Libertés).

Barrelet Denis/Werly Stéphane, Droit de la communication, 2. Aufl., Bern 2011 (zit. Barrelet/Werly, Droit de la communication).

Bartole Sergio/Bin Roberto, Commentario breve alla Costituzione, 2. Aufl. 2008 (zit. Bartole/Bin, Comm. breve).

Belser Eva Maria/Waldmann Bernhard, Grundrechte II, Die einzelnen Grundrechte, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2021 (zit. Belser/Waldmann, Grundrechte II).

Biaggini Giovanni, BV Kommentar: Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017 (zit. Biaggini, Art. ... N. ...).

Brunner Stephan C., Art. 17 BV, in: Weerts Sophie/Rossat-Favre Colette/Guy-Ecabert Christine/Benoit Anne/Flückiger Alexander (Hrsg.), Révision imaginaire de la Constitution fédérale, Mélanges en hommage au prof. Luzius Mader, Basel 2018, S. 95 ff. (zit. Brunner, Art. 17 BV).

Buess Carl, Strafrechtliche Verantwortlichkeit und Zeugnisverweigerungsrecht der Medienschaffenden. Eine Studie zum schweizerischen Medienstrafrecht, Diss. Bern 1990, Bern 1991 (zit. Buess, Strafrechtliche Verantwortlichkeit).

Capt Nicolas, Kommentierung zu Art. 10 RTVG, in: Masmejan Denis/Cottier Bertil/Capt Nicolas (Hrsg.), Loi sur la radiotélévision (LRTV) (Commentaire Stämpfli), Bern 2014 (zit. Capt, Comm LRTV, Art. 10 LRTV N. ...).

Cerutti Davide/Frattolillo Andrea, Twitter, Facebook & Co – Plus média ou social? in: medialex 2020, 3.9.2020 (zit. Cerutti/Frattolillo, Twitter) (verfügbar unter: https://medialex.ch/2020/09/03/twitter-facebook-co-plus-media-ou-social/).

Cottier Bertil, Kommentierung zu Art. 17 BV, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Commentaire romand, Constitution fédérale, 1. Aufl., Basel 2021 (zit. CR-Cottier, Art. 17 N. ...).

Cueni Raphaela, Das ist doch einseitige Stimmungsmache! Zur Zulässigkeit satirischer Äusserungen im Vorfeld von Wahlen und Abstimmungen im Radio- und Fernsehangebot der SRG, in: Jusletter 8.3.2021 (zit. Cueni, Satire im Vorfeld von Wahlen und Abstimmungen).

Cueni Raphaela, Schutz von Satire im Rahmen der Meinungsfreiheit, Diss. Basel 2018, Zürich/St. Gallen 2019 (zit. Cueni, Satire).

Currie Ian, Freedom of expression and association, in: Tushnet Mark/Fleiner Thomas/Saunders Cheryl (Hrsg.), Routledge Handbook of Constitutional Law, Abingdon/New York 2013, S. 231 ff. (zit. Currie, Freedom of expression).

Dubey Jacques, Droits fondamentaux, Volume II: Libertés, garanties de l'Etat de droit, droits sociaux et politiques, Basel 2018 (zit. Dubey, Droits fondamentaux II).

Dumermuth Martin, Rundfunkregulierung — Alte und neue Herausforderungen, in: Jarren Ottfried/Donges Patrick (Hrsg.), Ordnung durch Medienpolitik?, Konstanz 2007, S. 351 ff. (zit. Dumermuth, Rundfunkregulierung).

Dumermuth Martin, Die Revision des Radio- und Fernsehgesetzes und das duale System, in: ZSR 2006, S. 229 ff. (zit. Dumermuth, Revision RTVG).

Dumermuth Martin, Die Rechtsnatur der Radio- und Fernsehempfangsgebühr, in: medialex 2004, S. 145 ff. (zit. Dumermuth, Empfangsgebühr).

Dumermuth Martin, Rundfunkrecht, in: Weber Rolf H. (Hrsg.), Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Bd. V, Informations- und Kommunikationsrecht, Basel/Frankfurt a.M. 1996, Teil 4 (zit. Dumermuth, Rundfunkrecht).

Dumermuth Martin, Die Programmaufsicht bei Radio und Fernsehen in der Schweiz, Unter besonderer Berücksichtigung der Entscheidpraxis der unabhängigen Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen, Diss. Bern, Basel/Frankfurt a.M. 1992 (zit. Dumermuth, Programmaufsicht).

Errass Christoph/Rechsteiner David, Kommentierung zu Art. 17 BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (Hrsg.), St. Galler Kommentar Bundesverfassung, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2023 (zit. SGK-Errass/Rechtseiner, Art. 17 BV N. ...).

Fög – Forschungsinstitut Öffentlichkeit und Gesellschaft/Universität Zürich, Qualität der Medien, Hauptbefunde, Jahrbuch 2022, Zürich 2022 (zit. fög/UZH, Jahrbuch 2022).

Fög – Forschungsinstitut Öffentlichkeit und Gesellschaft/Universität Zürich, Qualität der Medien, Hauptbefunde, Jahrbuch 2021, Zürich 2021 (zit. fög/UZH, Jahrbuch 2021).

Fög – Forschungsinstitut Öffentlichkeit und Gesellschaft/Universität Zürich, Qualität der Medien, Jahrbuch 2020, Zürich 2020 (zit. fög/UZH, Jahrbuch 2020).

Gersdorf Hubertus, Staatliche Kommunikationstätigkeit, AfP 2016, S. 293 ff. (zit. Gersdorf, Staatliche Kommunikationstätigkeit).

Grabenwarter Christoph/Pabel Katharina, Europäische Menschenrechtskonvention, 7. Aufl., München 2021 (zit. Grabenwarter/Pabel, EMRK).

Hangartner Yvo, Unabhängigkeit vom Staat und von staatlichen Unternehmen als Voraussetzung der Medienfreiheit, in: AJP 2005, S. 1183 ff. (zit. Hangartner, Unabhängigkeit).

Hangartner Yvo, Verfassungsmässige Rechte juristischer Personen des öffentlichen Rechts, in: Haller Walter/Kölz Alfred/Müller Georg/Thürer

Daniel (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Häfelin zum 65. Geburtstag, Zürich 1989, S. 111 ff. (zit. Hangartner, Verfassungsmässige Rechte).

Harris David J./O'Boyle Michael/Bates Ed P./Buckley Carla M. (Hrsg.), Harris, O'Boyle & Warbrick. Law of the European Convention on Human Rights, 4. Aufl., New York 2018 (zit. Harris/O'Boyle/Warbrick, Law of the ECHR).

Herrmann Günter/Lausen Matthias, Rundfunkrecht, Fernsehen und Hörfunk mit Neuen Medien, 2. Aufl., München 2004 (zit. Herrmann/Lausen, Rundfunkrecht).

Hertig Maya, Kommentierung zu Art. 16 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, 1. Aufl., Basel 2015 (zit. BSK-Hertig, Art. 16 BV N. ...).

Hettich Peter/Schöller Maximilian, Kommentierung zu Art. 93 BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G/Schweizer Rainer J. (Hrsg.), St. Galler Kommentar Bundesverfassung, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2023 (zit. SGK-Errass/Rechtseiner, Art. 93 BV N. ...).

Hettich Peter/Schelker Mark, Medien im digitalen Zeitalter, Neugestaltung des Programmauftrags aus ökonomischer und rechtlicher Sicht, Zürich/St. Gallen 2016 (zit. Hettich/Schelker, Medien).

Heydt Volker, Rundfunkfinanzierung aus dem Staatshaushalt, in: AöR 1975, S. 584 ff. (zit. Heydt, Rundfunkfinanzierung).

Hoffmann-Riem Wolfgang, Kommunikationsfreiheiten. Kommentierungen zu Art. 5 Abs. 1 und 2 sowie Art. 8 GG, Baden-Baden 2002 (zit. Hoffmann-Riem, Kommunikationsfreiheiten).

Hoffmann-Riem Wolfgang, Regulierung der dualen Rundfunkordnung, Grundfragen, Baden-Baden 2000 (zit. Hoffmann-Riem, Regulierung).

Hürlimann Daniel, Soll es einfacher werden, unliebsame Medienberichte gerichtlich zu stoppen?, Unser Recht, 27.8.2021 (https://unser-recht.ch/2021/08/27/daniel-huerlimann-soll-es-einfacher-werden-unliebsame-medienberichte-gerichtlich-zu-stoppen/) (zit. Hürlimann, Unliebsame Medienberichte).

Jarass Hans D., Die Freiheit der Massenmedien, Zur staatlichen Einwirkung auf Presse, Rundfunk, Film und andere Medien, Habil. München, Baden-Baden 1978 (zit. Jarass, Massenmedien).

Kiener Regina/Kälin Walter/Wyttenbach Judith, Grundrechte, 3. Aufl., Bern 2018 (zit. Kiener/Kälin/Wyttenbach, Grundrechte).

Kley Andreas, Beschwerde wegen verweigertem Programmzugang: Trojanisches Pferd oder Ei des Kolumbus?, in: medialex 2008, S. 15 ff. (zit. Kley, Programmzugang) (verfügbar unter: https://perma.cc/U6MH-ZTGS).

Kley Andreas, Die Medien im neuen Verfassungsrecht, in: Zimmerli Ulrich (Hrsg.), Die neue Bundesverfassung, Konsequenzen für Praxis und Wissenschaft, Berner Tage für die juristische Praxis 1999, Bern 2000, S. 183 ff. (zit. Kley, Medien).

Krüsi Melanie, Das Zensurverbot nach Art. 17 Abs. 2 der Schweizerischen Bundesverfassung, Zürich 2011 (zit. Krüsi, Zensurverbot).

Langer Lorenz, Behördliche Stellungnahmen und der Schutz der freien Willensbildung: Grenzen der Kategorisierung, in: ZBl 4 (2020), S. 179 ff. (zit. Langer, Behördliche Stellungnahmen).

Martenet Vincent, La notion de service public en droit suisse, in: Tanquerel Thierry/Bellanger François (Hrsg.), Le service public, Genf/Zürich/Basel 2006, S. 9 ff. (zit. Martenet, Service public).

Masmejan Denis, Kommentierung zu Art. 4 RTVG, in: Masmejan Denis/Cottier Bertil/Capt Nicolas (Hrsg.), Loi sur la radiotélévision (LRTV) (Commentaire Stämpfli), Bern 2014 (zit: Masmejan, Comm LRTV, Art. 4 LRTV N. ...).

Masmejan Denis, Vorsorgliche Massnahmen gegen die Medien: Die Meinungsäusserungsfreiheit ist in Gefahr, auf: humanrights.ch, 31.8.2021.

Milton John, Areopagitica: A Speech of Mr. John Milton for the Liberty of Unlicens'd Printing. To the Parlament of England, abgedruckt in: Blasi Vincent (Hrsg.), Ideas of the First Amendment, S. 52 ff. (zit. Milton, Areopagitica).

Müller Jörg Paul, Verwirklichung der Grundrechte nach Art. 35 BV. Der Freiheit Chancen geben, Bern 2018 (zit. Müller, Verwirklichung der Grundrechte).

Müller Jörg Paul, Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie, Bern 1982 (zit. Müller, Elemente).

Müller Jörg Paul/Grob Franziska, Kommentar zu Art. 55bis BV, in: Aubert Jean-François/Eichenberger Kurt/Müller Jörg Paul/Rhinow René A./Schindler Dietrich (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29.5.1874, Basel/Zürich/Bern 1987-1999 (zit. Müller/Grob, Kommentar zu Art. 55bis aBV).

Müller Jörg Paul/Schefer Markus, Grundrechte in der Schweiz. Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4. Aufl., Bern 2008 (zit. Müller/Schefer, Grundrechte in der Schweiz).

Müller Jörg Paul/Schefer Markus/Zeller Franz, Freie Kommunikation in Radio und Fernsehen, in: Müller Jörg Paul/Schefer Markus, Grundrechte in der Schweiz. Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4. Aufl., Bern 2008, S. 482 ff. (zit. Müller/Schefer/Zeller, Freie Kommunikation in Radio und Fernsehen).

Müller Jörg Paul/Schefer Markus/Zeller Franz, Medienfreiheit, in: Müller Jörg Paul/Schefer Markus, Grundrechte in der Schweiz. Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4. Aufl., Bern 2008, S. 438 ff. (zit. Müller/Schefer/Zeller, Medienfreiheit).

Nobel Peter/Weber Rolf H., Medienrecht, 4. Aufl., Bern 2021 (zit. Nobel/Weber, Medienrecht).

Oster Jan, European and International Media Law, Cambridge 2017 (zit. Oster, Media Law).

Oster Jan, Media Freedom as a Fundamental Right, Cambridge 2015 (zit. Oster, Meda Freedom).

Peduzzi Roberto, Meinungs- und Medienfreiheit in der Schweiz, Diss. Zürich, Zürich 2004 (zit. Peduzzi, Meinungs- und Medienfreiheit).

Piolino Marina, Die Staatsunabhängigkeit der Medien, Analyse eines verfassungsrechtlichen Prinzips im Spannungsverhältnis zur Staatsverantwortung im Medienbereich und zur staatlichen Öffentlichkeitsarbeit unter Berücksichtigung des digitalen Wandels, Diss. Basel, Zürich 2021 (zit. Piolino, Staatsunabhängigkeit).

Puppis Manuel/Schenk Michael/Bosshart Stefan/Hofstetter Brigitte, Schlussfolgerungen, in: Puppis Manuel/Schenk Michael/Hofstetter Brigitte (Hrsg.), Medien und Meinungsmacht, Zürich 2017, S. 353 ff. (zit. Puppis et al., Medien).

Rechsteiner David/Errass Christoph, Kommentierung zu Art. 16 BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (Hrsg.), St. Galler Kommentar Bundesverfassung, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2023 (zit. SGK- Rechtseiner/Errass, Art. 16 BV N. ...).

Riklin Franz, Schweizerisches Presserecht, Bern 1996 (zit. Riklin, Presserecht).

Riklin Franz, «Kassensturz»-Aufnahmen mit versteckter Ton-Bild-Kamera – Bundesgerichtsentscheid vom 7.10.2008 (6B_225/2008), in: medialex 2008, S. 180 ff. (zit. Riklin, «Kassensturz»-Aufnahmen).

Rauchhaus Alexandra, Rundfunk und Staat, Das Gebot der Staatsferne des Rundfunks vor neuen Herausforderungen, Diss. Passau, Berlin 2014 (zit. Rauchhaus, Rundfunk und Staat).

Saxer Urs, Öffentlichkeitsinformationen von Behörden im Rechtsstaat, in: medialex 2004, S. 19 ff. (zit. Saxer, Öffentlichkeitsinformationen)

Saxer Urs/Thurnheer Simon, Kommentierung zu Art. 71 StPO, in: Niggli Marcel Alexander/Heer Marianne/Wiprächtiger Hans, Basler Kommentar Strafprozessordnung/Jugendstrafprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2014 (zit. BSK-Saxer/Thurnheer, Art. 71 StPO N. ...).

Schabas William A., U.N. International Covenant on Civil and Political Rights. Nowak's CCPR Commentary, 3. Aufl., Kehl 2019 (zit. Schabas, CCPR Commentary).

Schauer Frederick, Fear, Risk and the First Amendment: Unravelling the Chilling Effect, in: Boston University Law Review, Faculty Papers, Paper 879, 58 (1978), S. 685 ff. (zit. Schauer, Fear, Risk and the First Amendment).

Schefer Markus, Kommunikationsgrundrechte, in: Diggelmann Oliver/Hertig Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2020 (zit. Schefer, Kommunikationsgrundrechte).

Schefer Markus, Die Beeinträchtigung von Grundrechten. Zur Dogmatik von Art. 36 BV, Bern 2006 (zit. Schefer, Beeinträchtigung).

Schefer Markus, Die Kerngehalte von Grundrechten. Geltung, Dogmatik, inhaltliche Ausgestaltung, Bern 2001 (zit. Schefer, Kerngehalte).

Schefer Markus/Cueni Raphaela, Öffentlichkeit im Wandel: Überlegungen aus grundrechtlicher Sicht. Studie zu Handen des BAKOM, 7.7.2020 (verfügbar unter: https://bit.ly/3b0Jdbe). (zit. Schefer/Cueni, Öffentlichkeit im Wandel).

Schmohl Denise, Der Schutz des Redaktionsgeheimnisses in der Schweiz. Eine strafrechtliche Betrachtung unter Berücksichtigung der europäischen und verfassungsrechtlichen Grundlagen, Zürich 2013 (zit. Schmohl, Redaktionsgeheimnis).

Schulze-Fielitz Helmuth, Kommentierung zu Art. 5 GG, in: Dreier Horst (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Band I (Präambel, Artikel 1–19), 3. Aufl., Tübingen 2013 (zit. Schulze-Fielitz, GG-Kommentar, Art. 5 GG N. ...).

Schürmann Frank, Staatliche Mediennutzung – Staatspresse, amtliche Verlautbarungen, Staatsrundfunk, Rundfunksponsoring, in: AfP 1993, S. 435 ff. (zit. Schürmann, Staatliche Mediennutzung).

Schwaibold Matthias, Ein Attentat auf die Meinungsfreiheit. Die Rechtskommission des Ständerates plant eine brisante Änderung der ZPO, medialex 3.5.2021 (zit. Schwaibold, Ein Attentat auf die Meinungsfreiheit).

Seiler Hansjörg, Praxis des Bundesgerichts zu Grundrechtsträgerschaft und Grundrechtsverpflichtung von gemischtwirtschaftlichen Unternehmen und staatlichen Unternehmen in Privatrechtsform, in: Boillet Véronique/Favre Anne-Christine/Martenet Vincent (Hrsg.), Le droit public en mouvement, Mélanges en l'honneur du Professeur Etienne Poltier, Genf/Zürich/Basel 2020, S. 745 ff. (zit. Seiler, Grundrechtsträgerschaft und Grundrechtsverpflichtung).

Stone Adrienne, The comparative constitutional law of freedom of expression, in: Ginsburg Tom/Dixon Rosalind, Comparative Constitutional Law, Cheltenham/Northampton 2011, S. 406 ff. (zit. Stone, Freedom of expression).

Waldmann Bernhard, Kommentierung zu Art. 35 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, 1. Aufl., Basel 2015 (zit. BSK-Waldmann, Art. 35 BV N. ...).

Weber Rolf H., Rundfunkrecht, Bundesgesetz vom 24.3.2006 über Radio und Fernsehen (RTVG), Stämpflis Handkommentar, Bern 2008 (zit. Weber, Komm. RTVG).

Werly Stéphane, La protection du secret rédactionnel, Diss. Genf 2004, Genf/Zürich/Basel 2005 (zit. Werly, Secret rédactionnel).

Zeller Franz, Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2018 und 2019, V. Kommunikationsgrundrechte, in: ZBJV 10 (2019), S. 692 ff. (zit. Zeller, Rechtsprechung 2017/2018).

Zeller Franz, Kommentierung zu Art. 28 StGB, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht, 4. Aufl., Basel 2019 (zit. BSK-Zeller, Art. 28 StGB N. ...).

Zeller Franz, Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2017 und 2018, V. Kommunikationsgrundrechte, in: ZBJV 10 (2018), S. 671 ff. (zit. Zeller, Rechtsprechung 2018/2019).

Zeller Franz, Journalistische Sorgfaltspflicht beschäftigt die Justiz immer öfter, in: medialex 2018, S. 64 ff. (zit. Zeller, Journalistische Sorgfaltspflicht).

Zeller Franz, Das Konzept des «verantwortungsvollen Journalismus» rückt ins Zentrum, in: medialex 2017, S. 78 ff. (zit. Zeller, Konzept).

Zeller Franz, Zwischen Vorverurteilung und Justizkritik. Verfassungsrechtliche Aspekte von Medienberichten über hängige Gerichtsverfahren, Diss Bern 1997, Bern/Stuttgart/Wien 1998 (zit. Zeller, Zwischen Vorverurteilung und Justizkritik).

Zeller Franz/Dumermuth Martin, Kommentierung zu Art. 93 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, 1. Aufl., Basel 2015 (zit. BSK-Zeller/Dumermuth, Art. 93 BV N. ...).

Zeller Franz/Kiener Regina, Kommentierung zu Art. 17 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, 1. Aufl., Basel 2015 (zit. BSK-Zeller/Kiener, Art. 17 BV N. ...).

Zollinger David, Die Verwendung von Bankdaten durch Medienschaffende. Muss der 2015 revidierte Art. 47 BankG korrigiert werden?, in: medialex 06/2022 (zit. Zollinger, Die Verwendung von Bankdaten durch Medienschaffende).

MATERIALIENVERZEICHNIS

Botschaft über die Volksinitiative «Volkssouveränität statt Behördenpropaganda» vom 29.6.2005, BBl 2005 4373 ff. (zit. Botschaft Volkssouveränitätsinitiative).

Botschaft zur Totalrevision des Bundesgesetzes über Radio und Fernsehen (RTVG) vom 18.12.2002, BBl 2003 1569 ff. (zit. Botschaft RTVG 2003).

Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20.11.1996, BBl 1996 I 1 (zit. Botschaft BV).

Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes (Medienstraf- und Verfahrensrecht) vom 17.6.1996, BBl 1996 IV 525 (zit. Botschaft Medienstrafrecht).

Botschaft zum Bundesgesetz über Radio und Fernsehen vom 28.9.1987, BBl 1987 II 689 ff. (zit. Botschaft RTVG 1987).

Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Persönlichkeitsschutz: Art. 28 ZGB und 49 OR) vom 5.5.1982, BBl 1982 II 636 (zit. Botschaft Änderung ZGB (Persönlichkeitsschutz)).

Bericht des Bundesrats zur Überprüfung der Definition und der Leistungen des Service public der SRG unter Berücksichtigung der privaten elektronischen Medien, Bericht des Bundesrates vom 17.6.2016 in Erfüllung des Postulates 14.3298 der Kommission für Verkehr und Fernmeldewesen des Ständerates (KVF-S) (zit. Bundesrat, Service-public-Bericht).

Eidgenössische Medienkommission, Besonderheiten von Medien im digitalen Zeitalter: Gestaltungsoptionen für eine leistungsfähige Medienlandschaft aus ökonomischer und gesellschaftlicher Perspektive, 22.1.2018 (zit. EMEK, Medien im digitalen Zeitalter) (verfügbar unter: https://perma.cc/NF2L-J5WQ).

Menschenrechtskommissar des Europarats, Media Pluralism and Human Rights, Issue Discussion Paper, CommDH (2011) 43, 6.12.2011 (zit.

Menschenrechtskommissar
des Europarats, Media Pluralism) (verfügbar unter: https://perma.cc/R49W-S22T).

Ministerkomitee des Europarats, Recommendation of the Committee of Ministers to member States on the Guarantee of the Independence of Public Service Broadcasting, R(96)10, 11.9.1996 (zit. Ministerkomitee des Europarats, Empfehlung zur Unabhängigkeit des Service-public-Rundfunks). (verfügbar unter: https://perma.cc/VWZ3-8872).

Verfassungsentwurf vom 20.11.1996 (zit. VE 1996) (verfügbar unter: https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/staat/gesetzgebung/archiv/bundesverfassung/bot-neue-bv-d.pdf.download.pdf/bot-neue-bv-d.pdf).

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 20 BV

Eine Kommentierung von Raffaela Kunz

ZITIERVORSCHLAG

Raffaela Kunz, Kommentierung zu Art. 20 BV, in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (Hrsg.), Onlinekommentar zur Bundesverfassung

Kurzzitat: OK-Kunz, Art. 20 BV N. XXX.

Art. 20 Wissenschaftsfreiheit

Die Freiheit der wissenschaftlichen Lehre und Forschung ist gewährleistet.

GLIEDERUNG

I. Entstehungsgeschichte 383
II. Kontext 384
A. Relevanz von Wissenschaft 384
B. Funktionen der Wissenschaftsfreiheit 386
C. Vorrangige Konzeption als Abwehrrecht 388
D. Internationaler Schutz 392
III. Kommentar i.e.S. 393
A. Begriff der Wissenschaft 393
B. Sachlicher Schutzbereich 398
1. Forschungsfreiheit 398
a. Allgemeines 398
b. Einzelfragen 400
c. Forschungsfreiheit und «Open Science» 401
2. Lehrfreiheit 405
3. Lernfreiheit? 406
C. Persönlicher Schutzbereich 408
D. Einschränkungen 409
1. Eingriffe 409
2. Rechtfertigung 411
E. Aktuelle Herausforderungen und Diskussionen 414
1. Wiederaufflammen traditioneller Gefährdungen 414
2. Neuartige Gefährdungen 414
a. «Cancel Culture» 414
b. «Politisierung» und «Ökonomisierung» der Wissenschaft 418
Weitere empfohlene Lektüre 420
Literaturverzeichnis 421

I. ENTSTEHUNGSGESCHICHTE

Die Wissenschaftsfreiheit fand erst mit der Nachführung 1999 als **eigenständiges Grundrecht** Eingang in die BV. Zuvor betrachtete das Bundesgericht den Gehalt des Rechts ohne Klärung der Frage, ob es sich um ein ungeschriebenes Grundrecht handelt, als von anderen Grundrechten, insbesondere der persönlichen Freiheit und der Meinungsfreiheit, umfasst.[1706] Im Rahmen der Totalrevision war die Aufnahme des Grundrechts hingegen von Anfang an unbestritten.[1707] Bereits 1973 hatte eine vom Bundesrat eingesetzte Arbeitsgruppe (die sogenannte Wahlen-Kommission), deren Aufgabe es war, Vorschläge für eine künftige Bundesverfassung zu sammeln, in Anlehnung an das deutsche Verfassungsrecht die Aufnahme der Wissenschaftsfreiheit als eigenständiges Grundrecht empfohlen.[1708] Im Rahmen der Nachführung wurde die Wissenschaftsfreiheit als weiteres «kulturelles Grundrecht» zunächst noch mit der Kunstfreiheit genannt;[1709] im Verfassungsentwurf 1996 erhielt sie ihre heutige Formulierung als eigenständige Garantie.[1710] Diskussionen in den Beratungen betrafen unter anderem den Ruf nach einer stärkeren Betonung der Verantwortung von Forschenden gegenüber Mensch und Umwelt; ein entsprechender Antrag wurde jedoch abgelehnt.[1711] 1

Die Wissenschaftsfreiheit gilt als **«deutscher Beitrag»**[1712] zum transnationalen Grundrechtskatalog und hat auch das Schweizer Recht «massgeblich beeinflusst».[1713] Zum Verständnis des Grundrechts lohnen sich deshalb Seitenblicke auf die deutsche Rechtslage. Dies rechtfertigt sich durch die ausgesprochen ausdifferenzierte Rechtsprechung und Doktrin. Trotz der «revolutionären Allianz» zwischen Wissenschaft, Aufklärung und politischer Ordnung ist die Wissenschaftsfreiheit nicht explizit in den klassischen Menschenrechtsdeklarationen wie der amerikanischen *Bill of Rights* 2

1706 BGE Ia 234 E. 10a; BGE 119 Ia 460 E. 12b.
1707 Schweizer, Art. 20 BV N. 2.
1708 Schwander, S. 27 mit Verweis auf den Schlussbericht der Arbeitsgruppe (1973).
1709 Erläuterungen zum Vorentwurf 1995, S. 46.
1710 Schwander, S. 28 f.
1711 Schwander, S. 29; im Zusammenhang mit Art. 15 Abs. 1 lit.b. des Internationalen Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte siehe Schabas, S. 281 f.
1712 Löwer, § 99 N. 4.
1713 Schwander, S. 18.

(1789/1791) oder der französischen *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* (1789) enthalten.[1714] In Deutschland hingegen gehen erste Vorläufer bereits auf die Zeit des Vormärz zurück; das Grundrecht wurde zum ersten Mal im Entwurf des sog. Siebzehnerausschusses für eine neue Bundesverfassung (1848) erwähnt und später in der Weimarer Reichsverfassung und schliesslich dem Grundgesetz übernommen.[1715] Die deutsche Debatte um die Wissenschaftsfreiheit verlief jedoch nicht ohne Kontroversen; ein zentraler Punkt betraf die Sorge vor der Unterwanderung des Staates unter dem Deckmantel der Freiheit, die Nachhall in dem Zusatz findet, wonach die Freiheit ihre Grenzen in der Pflicht zur Verfassungstreue findet.[1716] Die Erfahrungen während der NS-Herrschaft spielten hingegen eine erstaunlich geringe Rolle.[1717]

3 Ideengeschichtlich ist die Wissenschaftsfreiheit ein Kind der **Aufklärung** und älter als die moderne Verfassungsidee.[1718] Als einer der ersten Belege gilt Spinozas Forderung nach einer *libertas philosophandi* analog zur Freiheit des religiösen Gewissens von staatlichem Zwang*:* die Freiheit, sich in Fragen der geistigen Erkenntnis keinem anderen Gesetzgeber als dem Denkgesetz zu unterwerfen.[1719] Damit war die bis heute geltende Grundidee formuliert, wonach die wissenschaftliche Wahrheitssuche staatlich-politischer Festlegung entzogen ist.[1720]

II. KONTEXT

A. Relevanz von Wissenschaft

4 Wissenschaft spielt in der **Informations- oder Wissensgesellschaft** eine zentrale Rolle.[1721] Wissenschaftliche Erkenntnisse bilden die Grundlage behördlicher ebenso wie persönlicher Entscheidungen in sämtlichen Lebensbereichen.[1722] Die Relevanz wissenschaftlicher Politikberatung hat sich während der Corona-Pandemie in nie zuvor dagewesenem Ausmass offenbart

1714. Gärditz, Art. 5 Abs. 3 GG N. 1.
1715. Siehe ausführlich Zwirner, S. 314-337.
1716. Gärditz, Art. 5 Abs. 3 GG N. 9; 11.
1717. Gärditz, Art. 5 Abs. 3 GG N. 14.
1718. Gärditz, Art. 5 Abs. 3 GG N. 1.
1719. Zwirner, S. 314; ausführlich Breining-Kaufmann, S. 309 ff.
1720. Gärditz, Art. 5 Abs. 3 GG N. 2.
1721. Kritisch zu den Begriffen Weingart, Stunde der Wahrheit, S. 11 ff.

und bereits länger währende Diskussionen um Expertokratie neu befeuert.[1723] Gleichzeitig steht die Wissenschaft heute unter enormem Druck. Dazu gehören Rufe nach einer stärkeren Regulierung, Demokratisierung («citizen science»)[1724] und besseren Vermittlung von Wissenschaft («Wissenschaftskommunikation»)[1725] angesichts von Wissenschaftsskandalen und möglichen Gefahren im Zusammenhang mit neuen Erkenntnissen.[1726] Auch konstatiert die Wissenschaftsforschung einen zunehmenden Erwartungsdruck, dass – zumal öffentlich finanzierte – Wissenschaft konkret verwertbarere und gesellschaftlich nützliche Erträge liefern müsse.[1727] Auf der anderen Seite, und auch hierfür bietet die COVID-Pandemie ein paradigmatisches Beispiel, sieht sich die Wissenschaft in Zeiten von «Fake News», Verschwörungstheorien und einem von Populisten weiter befeuerten Wissenschaftsskeptizismus auch grundlegender Kritik ausgesetzt.[1728]

Diese **Ambivalenz** – einerseits zunehmende Relevanz, andererseits wachsender Druck – spiegelt sich teils bereits in der BV wider: So wurden in den letzten 50 Jahren mit Art. 64 BV einerseits die Grundlage für die staatliche Forschungsförderung geschaffen; andererseits bietet die BV auch Hand für die Regulierung von Forschung, namentlich im Bereich der Forschung am Menschen (Art. 118b BV), der Fortpflanzungsmedizin und Gentechnologie im Humanbereich (Art. 119 BV) sowie im Rahmen des Tierschutzes (Art. 80 BV).[1729] Auch innerhalb des Grundrechts selbst können Spannungen auftreten, etwa zwischen seiner individuellen und institutionellen Trägerschaft (dazu N. 27). 5

1722 Zur Relevanz wissenschaftlicher Erkenntnisse siehe etwa BGE 137 II 58 E.5.3.2 (Flugbetrieb); BGE 140 II 315 E.5.2 (Kernenergie); UNO-Ausschuss für Sozialrechte, Allgemeine Bemerkung Nr. 25 (2020) zur Wissenschaft und den wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechten (Art. 15 Abs. 1 Bst. b, Abs. 2, 3 und 4), N. 49: «Grundlegende Kenntnisse der Wissenschaft, ihrer Methoden und Ergebnisse sind zu einem wesentlichen Element mündiger Bürgerschaft geworden und andere Rechte, wie den Zugang zu angemessener Arbeit, wahrnehmen zu können.» Übersetzung von der Autorin.

1723 Zu Expertokratie Münkler.

1724 Dazu Strasser et al.

1725 Dazu etwa Weingart et al.

1726 Siehe dazu Allgemeine Bemerkung Nr. 25 (Fn. 16), N. 72 ff.; zur Verantwortung der Wissenschaft grundlegend Jonas.

1727 Zum Ganzen ausführlich Nowotny, S. 1-26; siehe auch Grimm 2007, 5 ff.

1728 Empirisch zu «Missinformation» während der Pandemie in der Schweiz siehe Kessler et al.

1729 Schwander, S. 17.

B. Funktionen der Wissenschaftsfreiheit

6 Die BV geht davon aus, dass die Freiheit der Wissenschaft eines **besonderen Schutzes** bedarf und nicht in anderen Grundrechten wie etwa der allgemeinen Meinungsfreiheit aufgeht.[1730] Worin liegt der Grund für diesen besonderen Schutz? Die Wissenschaftstheorie unterscheidet drei verschiedene Begründungsmuster, die sich ähnlich auch in vielen rechtswissenschaftlichen Abhandlungen wiederfinden: Schutz aus Gründen individueller Autonomie, aus erkenntnistheoretischen und aus demokratietheoretischen Gründen.[1731] Bei der ersten Begründung steht das Verstehen der Welt als Grundlage menschlicher Freiheit und damit Elemente individueller Persönlichkeitsentfaltung im Vordergrund;[1732] bei den anderen Begründungen geht es stärker um kollektive Interessen.

7 Die **erkenntnistheoretische Begründung** geht davon aus, dass Freiheit Kreativität stimuliert und damit förderlich ist für die effiziente Produktion von Wissen («grundrechtsimmanenter Drittnutzen»[1733]).[1734] In den Worten Karl Jaspers ist «die Freiheit des einzelnen Gelehrten bis zur Willkür Bedingung seiner produktiven Geistigkeit.»[1735] Dieser Idee folgend, setzen Forschungsagenturen in zahlreichen westlichen Staaten auf die Idee disziplinärer Selbststeuerung statt zentraler Organisation.[1736] Deutlich zum Ausdruck kommt dies auch in der Rechtsprechung des deutschen Bundesverfassungsgerichts, das betont, dass «eine von gesellschaftlichen Nützlichkeits- und politischen Zweckmäßigkeitsvorstellungen freie Wissenschaft Staat und Gesellschaft im Ergebnis am besten dient».[1737] Das

---

1730 Zur Abgrenzung von der Meinungsfreiheit siehe Kley, S. 5. Zum Begriff der Wissenschaftlichkeit siehe unten III.A.

1731. Ausführlich Wilholt; Ruffert, S. 161 ff.

1732. Ähnlich Hertig, Art. 20 BV N. 1; Britz, Art. 5 Abs. 3 GG N. 14.

1733. Gärditz, Art. 5 Abs. 3 GG N. 18 f.

1734. Von der «unsichtbaren Hand» der Wissenschaftsfreiheit sprechend siehe Ruffert, S. 169 ff.

1735. Jaspers, N. 69.

1736 Zurückgeführt wird dies auf den einflussreichen Bericht *Science, the Endless Frontier* von Vannevar Bush an den amerikanischen Präsidenten Truman, dessen Ablehnung einer zentralen Steuerung der Wissenschaft sich bei der Gründung der *National Science Foundation* durchsetzte: «Wissenschaftlicher Fortschritt auf breiter Front entspringt dem freien Spiel freier Geister, die über Gegenstände ihrer Wahl arbeiten, auf eine Weise, die durch ihre Neugier auf die Erkundung des Unbekannten bestimmt wird.» Zitiert nach Wilholt, S. 210.

1737. BVerfGE 127, 87 (115).

Schweizerische Bundesgericht hat sich nicht gleich prononciert geäussert; aus der Entstehungsgeschichte der BV ergibt sich jedoch, dass ähnliche Erwägungen bei der Aufnahme der Wissenschaftsfreiheit in die BV ebenfalls eine Rolle gespielt haben.[1738] Geschützt ist also gerade auch *prima facie* «nutzlose» Forschung – allerdings nicht alleine wegen des intrinsischen Wertes von Wissens,[1739] sondern nicht zuletzt aufgrund der Annahme, dass «alle grossen Erkenntnisse in der Regel nachträglich bewiesene Intuitionen sind»[1740]. Forschungserfolge und technologische Innovation aus der Industrieforschung mit klar von aussen vorgegebenen Zielen – zu denken ist aus jüngerer Zeit etwa an Forschung im Zusammenhang mit dem COVID-Impfostoff durch das Unternehmen Biontech –, aber auch aus unfreien Wissenschaftssystemen wie der ehemaligen Sowjetunion oder auch dem heutigen China[1741] scheinen diese Begründung insbesondere für naturwissenschaftliche Forschung teils empirisch in Frage zu stellen.[1742] Dies verdeutlich, dass zusätzliche Begründungen erforderlich sind (siehe sogleich N. 8).

Bei der **demokratietheoretischen Begründung** steht die Sicherung der Unabhängigkeit von Wissen und der Freiheit vor politischer Einflussnahme im Vordergrund.[1743] So ist ein Kernanliegen der Wissenschaftsfreiheit, das sie mit der Religionsfreiheit teilt,[1744] die dem säkularen Staat zugrunde liegende Distanzierung von «jedweden überzeitlichen Wahrheiten».[1745] Wissenschaftliche Wahrheit wird der politischen Festlegung und Beurteilung 8

1738. Vgl. den Bericht der Expertenkommission Furgler, S. 41, wonach sich die Kommission zur Überzeugung bekannt habe, «dass es zum Wohle der Autonomie der Wahrheit, *zur Förderung der Eigengesetzlichkeit wissenschaftlicher Forschung und Lehre und zum Nutzen der gesamten Gesellschaft* erforderlich sei, dass der Hochschullehrer in voller Freiheit, ohne jeglichen staatlichen Zwang, seiner Forschung nachgehen und in aller Unabhängigkeit und Unbeirrbarkeit das lehren dürfen solle, was er für wahr, richtig und gerecht erkannt hat.» (Hervorhebung von der Verfasserin).

1739. Dazu ausführlich Wiholt, S. 117 ff. Siehe auch UN-Ausschuss für Sozialrechte, Generelle Bemerkung Nr. 25 zur Wissenschaft und den wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechten (Art. 15 Abs. 1 Bst. b, Abs. 2, 3 und 4), N. 8: « (...) science provides benefits through the development and dissemination of the knowledge itself.»

1740. Becker, S. 40.

1741. Vgl. auch Möllers, S. 41.

1742. Wilholt, S. 109 f.

1743. Wilholt, S. 209 ff.; S. 220.

1744. Gärditz, Art. 5 Abs. 3 GG N. 15.

1745. Gärditz, Art. 5 Abs. 3 GG N. 16.

entzogen.[1746] Grund ist der Bedarf an unabhängigem Wissen als Grundlage von Entscheidungen im demokratischen Prozess.[1747] Dazu kommt der «Schutz von rationaler Gegenöffentlichkeit»[1748] zur Sicherung freiheitlicher Strukturen.

9 Insgesamt wird also deutlich, dass **keiner der Begründungen absolute Geltung zukommt** – weder lässt sich das Argument halten, Erkenntnisgewinn sei nur unter freien Bedingungen möglich, noch geht Demokratie automatisch mit Wissenschaftsfreiheit einher.[1749] Vielmehr ergänzen sich die unterschiedlichen Begründungsstränge.[1750] Während sich bei den autonomiebezogenen Argumenten die Nähe zum Recht auf persönliche Freiheit zeigt («Wissenschaftspersönlichkeitsrecht»[1751]), steht bei den politisch-demokratischen Argumenten die Nähe zur Meinungsfreiheit im Vordergrund.[1752] Es trifft somit zu, dass die Wissenschaftsfreiheit persönlichkeitsrechtliche, kommunikationsrechtliche sowie politik- und demokratiebezogene Elemente vereint.[1753] Verkürzt ist allerdings die oft in der Lehre vorgenommene Darstellung der Wissenschaftsfreiheit als Kommunikationsgrundrecht.[1754]

C. Vorrangige Konzeption als Abwehrrecht

10 Die Wissenschaftsfreiheit ist in der Schweiz in erster Linie ein **subjektives Abwehrrecht** gegen ungerechtfertigte staatliche Freiheitsbeschränkungen.[1755] Sie schützt «die intellektuelle und methodische Unabhängigkeit des Forschenden vor staatlichen Eingriffen.»[1756] Bereits in der Botschaft zur BV 1999 heisst es, das Recht vermittle «keinen Anspruch auf staatliche Leistung»;

1746. Gärditz, GG Art. 5 Abs. 3 N. 17; Ruffert, S. 161 ff., der von der intellektuellen Seite der Glaubens- und Gewissensfreiheit spricht.
1747. Gärditz, Art. 5 GG Abs. 3 N. 20.
1748. Gärditz, Art. 5 Abs. 3 GG N. 24 ff.
1749. Wiholt, S. 240.
1750. Wiholt, S. 293 ff.
1751. Gärditz, Art. 5 Abs. 3 GG N. 51.
1752. Zu letzterem Kley, S. 4 f.
1753. Schweizer, Art. 20 BV N. 1; Hertig, Art. 20 BV N. 1.
1754. So aber etwa Kley, S. 4; siehe auch Gärditz, Art. 5 Abs. 3 GG N. 29, mit dem Hinweis, die Forschungsfreiheit schütze auch nichtkommunikative Erkenntnisprozesse.
1755. Schwander, S. 135; Biaggini, Art. 20 BV N. 4; Hertig, Art. 20 BV N. 3; Schweizer, Art. 20 BV N 14.
1756. Botschaft VE 96, BBl 1997 I 1, S. 165.

[1757] auch Lehre und Praxis haben aus Art. 20 BV bislang keine justiziablen Leistungsansprüche abgeleitet.[1758] Über den Anspruch auf rechtsgleiche und willkürfreie Behandlung (Art. 8 und 9 BV)[1759] hinaus besteht damit weder Anspruch auf Zugang zum Hochschulstudium[1760] noch auf Beiträge zur Forschungsförderung.[1761] Auch ein individueller Anspruch auf Grundausstattung besteht in der Schweiz im Gegensatz zu Deutschland gerade nicht.[1762] Damit gemeint ist der Anspruch von Wissenschaftler:innen «auf Gewährung der zur Erfüllung seiner [oder ihrer] Aufgaben in Lehre und Forschung bereitzustellenden Grund- und Mindestausstattung».[1763] Teilweise wird in der Lehre immerhin vertreten, dass sich aus Art. 20 BV auch justiziable Schutzpflichten ergeben, etwa Anspruch auf Sicherheitsmassnahmen, welche die Durchführung wissenschaftlicher Veranstaltungen zu kontrovers diskutierten Themen sicherstellen.[1764] Gerade angesichts gegenwärtiger Gefährdungslagen (dazu III. E.) scheint die Konzeptualisierung als vorrangiges Abwehrrecht als überholt und eine stärkere Auseinandersetzung mit möglichen positiven Handlungspflichten angezeigt. Zu Zugang zu Information siehe unten N. 26.

11 Neben der subjektiv-rechtlichen anerkennt die Lehre heute einhellig auch eine **objektiv-rechtliche Dimension** der Wissenschaftsfreiheit.[1765] Darunter wird gemeinhin die Dimension der Grundrechte als *Gestaltungsprinzipien* oder «objektiv-rechtliche Gebote»[1766] verstanden, die den Staat auch jenseits von individuell durchsetzbaren Ansprüchen zur Verwirklichung der Grundrechte anhalten.[1767] Als Ziel- und Programmvorgaben richten sie sich primär an den Gesetzgeber. Im Zusammenhang mit Art. 20 BV wird zur Begründung regelmässig der hohe Finanz-, Infrastruktur- und

1757. Botschaft VE 96, BBl 1997 I 1, S. 165.
1758. Aus jüngerer Zeit BGer, Urteil 2D_8/2022 vom 4.1.2023; Boillet, Art. 20 BV N. 7; Hertig, Art. 20 BV N. 3; Biaggini, Art. 20 BV N. 4.
1759. Dazu Ehrenzeller, N. 8.
1760. BGE 125 I 172; BGE 121 I 22.
1761. Kiener/Kälin/Wyttenbach, N. 13 zu § 24; ausführlich König, S. 101 ff.
1762. Das Grundrecht vermittle «keinen Anspruch auf einen bestimmten Anteil am Forschungsbudget». Siehe Botschaft VE 96, BBl 1997 I 1, S. 165. Zur Rechtslage in Deutschland Gärditz, Art. 5 Abs. 3 GG N. 261 ff.
1763. BVerfGE 127, 87 (115).
1764. Hertig, Art. 20 BV N. 22.
1765. Hertig, Art. 20 BV N. 4; Schweizer, Art. 20 BV N. 15; Boillet, Art. 20 BV N. 8.
1766. Schweizer, Art. 35 BV N. 9.
1767. Schweizer, Art. 35 BV N. 9; Kiener/Kälin/Wyttenbach, § 4 N. 39.

Organisationsbedarf der Wissenschaft angeführt,[1768] die in der Schweiz Staatsaufgabe und zu ihrer Verwirklichung «existenziell auf staatliche Unterstützung angewiesen» ist.[1769] Die Wissenschaft befindet sich damit in einem gewissen Spannungsverhältnis zwischen dem Bedürfnis nach Autonomie und staatlicher Unterstützung.[1770] Allerdings bleibt der konkrete Gehalt der objektiv-rechtlichen Dimension im Schrifttum wenig konturiert. Dies dürfte auch damit zusammenhängen, dass zwei Bereiche, in denen die Frage relevant werden könnte, zumeist im Rahmen der «Bildungsverfassung» statt der Wissenschaftsfreiheit diskutiert werden.[1771] Dies betrifft zunächst die nun explizit in Art. 63a BV erwähnte Autonomie der Hochschule[1772] sowie die in Art. 64 BV statuierte Verpflichtung zur Forschungsförderung.[1773] Dennoch bleibt die Wissenschaftsfreiheit in ihrer objektiv-rechtlichen Dimension in beiden Bereichen als *Leitlinie* und *Grenze* für staatliches Handeln relevant, wobei dem Gesetzgeber ein weiter Spielraum zukommt.[1774] So ergibt sich aus Art. 20 BV etwa die Pflicht, Verfahren zur Mittelvergabe wissenschaftsadäquat auszugestalten.[1775] Auch zugunsten öffentlicher Grundfinanzierung, die oft wissenschaftsfreundlicher ist als im Wettbewerb vergebene Drittmittel, lässt sich die objektiv-rechtliche Dimension mobilisieren.[1776] Bedeutsam dürften heute ferner sich aus der objektiv-rechtlichen Dimension ergebende Handlungs- und Schutzpflichten zur Aufrechterhaltung freier Wissenschaft *als solcher* sein,[1777] die unterhalb der Schwelle unmittelbarer Grundrechtsgefährdung bleiben und sich damit von individuellen justiziablen Schutzansprüchen unterscheiden.[1778]

12 Diese objektiv-rechtliche Dimension wird in **Deutschland** besonders stark gemacht, wo das Bundesverfassungsgericht bereits in seinem Hochschul-

1768. Hertig, Art. 20 BV N. 4; Schweizer, Art. 20 BV N. 15; Boillet, Art. 20 BV N. 8.
1769. Kley, S. 9 f. Ausführlich zur staatlichen Forschungsförderung in der Schweiz siehe König.
1770. Treffend der Titel von Trute («Forschung zwischen grundrechtlicher Freiheit und staatlicher Institutionalisierung»).
1771. Statunato, S. 77.
1772. Biaggini, Art. 63a BV N. 12; Ehrenzeller/Sahlfeld, Art. 63a BV N. 19.
1773. Kiener/Kälin/Wyttenbach, § 24 N. 15. Eine sich direkt aus Art. 20 BV ergebende Pflicht wird in der Lehre teils explizit abgelehnt; siehe König, S. 93 ff.
1774. Überzeugend Statunato; Schwander, S. 157 ff; 161 ff.
1775. Schwander, S. 163.
1776. Vgl. auch Epiney, S. 119.
1777. BVerfGE 111, 333 (353); siehe bereits BVerfGE 35, 79 (114).
1778. Statunato, S. 83; vgl. auch Biaggini, Art. 20 BV N. 3; Schweizer, Art. 35 BV N. 9; 59; Besson, S. 64 ff.

Urteil 1973 hervorgehoben hat, die Wissenschaftsfreiheit enthalte neben dem subjektiven Freiheitsrecht «eine objektive, das Verhältnis von Wissenschaft, Forschung und Lehre zum Staat regelnde, wertentscheidende Grundsatznorm (...).»[1779] Die Wissenschaftsfreiheit verlangt demnach neben der Respektierung individueller Freiheit das «Einstehen des Staates (...) für die Idee der freien Wissenschaft und seine Mitwirkung an ihrer Verwirklichung».[1780] Die Wissenschaftsfreiheit schützt damit nicht nur einen individuellen Handlungsfreiraum, sondern – wenngleich als Vorbedingung für individuelle Freiheit – auch wissenschaftliche Eigengesetzlichkeit und damit die «Funktionsfähigkeit der Institution 'freie Wissenschaft' als solche».[1781] Die Wissenschaftsfreiheit wurde deshalb auch als «Funktionsgrundrecht» bezeichnet[1782] und die Wissenschaft, zu deren eigengesetzlichen Funktionieren das Grundrecht beiträgt, als Musterbeispiel einer sich herausbildenden zivilen Teilverfassung oder *Wissenschaftsverfassung*.[1783] Aus dem Grundrecht fliesst demnach die Pflicht, Wissenschaft «(...) durch die Bereitstellung von personellen, finanziellen und organisatorischen Mitteln zu ermöglichen und zu fördern».[1784] Anders als in der Schweiz wird die gewährleistungsrechtliche Dimension «resubjektiviert»[1785] und Grundrechtsträger:innen haben u.U. einklagbare Ansprüche, etwa auf eine «wissenschaftsadäquate Hochschulorganisation».[1786] Bis heute betrifft gar der grösste Teil der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts das sog. Organisationsrecht und damit die objektive Dimension des Grundrechts.[1787]

Auch in der Schweiz werden heute vorwiegend Freiheitsverkürzungen 13
diskutiert, welche die Organisation von Universität und Forschung im weitesten Sinne betreffen, so etwa bezüglich des sog. Forschungssponsoring[1788] oder übermässiger Belastung des Lehrkörpers durch

1779. BVerfGE 35, 79 (112). Siehe zur Unterscheidung zwischen der subjektiven und objektiven Dimension Augsberg 2012.

1780. 111, 333 (353), mit Verweis auf das Leiturteil BVerfGE 35, 79 (114).

1781. BVerfGE 35, 79 (120).

1782. Grimm, S. 21.

1783. Augsberg 2011, S. 187 f. Zum Begriff siehe Teubner.

1784. BVerfGE 35, 79 (114 f.).

1785. Bereits BVerfGE 35, 79 ff (Gruppenuniversität); siehe zudem z.B. BVerfGE 55, 37 ff. (Stimmrecht in Kollegialorganen); BVerfGE 111, 333 ff. bzw. 127, 87 ff. (neue Leitungsstrukturen in den Hochschulgesetzen von Brandenburg und Hamburg) sowie BVerfGE 141, 143 ff. (Grenzen der Qualitätssicherung durch externe Akkreditierung von Studiengängen). Zum Ganzen mit weiteren Nachweisen Gärditz, Art. 5 Abs. 3 GG N. 196.

administrative Aufgaben.[1789] Gefährdungen der Wissenschaftsfreiheit sind damit heute anders gelagert als zum Zeitpunkt der der Entstehung des Grundrechts, als es vornehmlich um den Schutz freier Wissenschaft vor Einmischungen von Staat und Kirche ging (siehe dazu oben I.). Sie können aber dennoch Auswirkungen auf das Institut freier Forschung und Lehre zeitigen; eine stärkere Konturierung der objektiv-rechtlichen Dimension wäre deshalb auch für die Schweiz wünschenswert (siehe dazu unten E). Darüber hinaus würde auch in der Schweiz eine gewisse «**Resubjektivierung**» der objektiven Dimension den Grundrechtsschutz stärken. Dies würde bedeuten, dass Grundrechtsträger:innen u.U. der Klageweg offen stünde, um wissenschaftsinadäquate Massnahmen, etwa bezüglich der Forschungsfinanzierung oder Universitätsorganisation, zu rügen. Damit wäre die Frage der Vereinbarkeit gesetzgeberischer Massnahmen mit der Wissenschaftsfreiheit nicht allein dem Gesetzgeber überlassen bzw. könnte u.U. auch gesetzgeberisches Handeln zum Schutze freier Wissenschaft stärker eingefordert werden.

D. Internationaler Schutz

14 Auf internationaler Ebene ist die Wissenschaftsfreiheit menschenrechtlich implizit von der Meinungsäusserungsfreiheit nach EMRK und UNO-Pakt II geschützt (Art. 10 EMRK; [1790] Art. 19 Abs. 2 UNO-Pakt II[1791]). Explizit

1786. Gärditz, Art. 5 Abs. 3 GG N. 196. Siehe grundlegend BVerfGE 35, 79 (116): «Dem einzelnen Träger des Grundrechts aus Art. 5 Abs. 3 GG erwächst aus der Wertentscheidung ein Recht auf solche staatlichen Maßnahmen auch organisatorischer Art, die zum Schutz seines grundrechtlich gesicherten Freiheitsraums unerläßlich sind, weil sie ihm freie wissenschaftliche Betätigung überhaupt erst ermöglichen. Wäre dies nicht der Fall, so würde die wertentscheidende Grundsatznorm ihrer Schutzwirkung weitgehend beraubt. Diese Befugnis des einzelnen Grundrechtsträgers, gegenüber der öffentlichen Gewalt die Beachtung der wertentscheidenden Grundsatznorm durchsetzen zu können, gehört zum Inhalt des Individualgrundrechts, dessen Wirkungskraft dadurch verstärkt wird.» Siehe auch BVerfGE 111, 333 (354): «Zur Sicherung dieses Bereichs gewährleistet Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG nicht nur die Freiheit von staatlichen Geboten und Verboten, sondern verpflichtet den Staat auch zu Schutz und Förderung und gewährt den in der Wissenschaft Tätigen Teilhabe an öffentlichen Ressourcen und an der Organisation des Wissenschaftsbetriebs.»

1787. Gärditz, Art. 5 Abs. 3 GG N. 194.

1788. Müller.

1789. Biaggini, Art. 30 BV N. 4.

1790. EGMR, *Aksu v. Turkey* [Grosse Kammer], 15.3.2012, Beschwerde-Nrn. 4149/04 und 41029/04, N. 71; Mustafa Erdoğan and Others v. Turkey, 27.5.2014, Beschwerde-Nrn. 346/04 und 39779/04, N. 40.

garantiert ist die Wissenschaftsfreiheit zudem in Art. 15 Abs. 3 des UNO-Pakt I.[1792] Während das Bundesgericht die Justiziabilität vieler Rechte dieses Paktes nicht anerkennt, ist dies bei dieser Bestimmung wegen ihres klar abwehrrechtlichen Gehalts anders.[1793] Ebenfalls ausdrücklich verankert ist die Wissenschaftsfreiheit in Art. 13 der EU-Grundrechtecharta.[1794]

III. KOMMENTAR I.E.S.

A. Begriff der Wissenschaft

Die Wissenschaftsfreiheit nach Art. 20 BV umfasst unbestrittenermassen die 15
Teilgehalte der Forschungs- und der Lehrfreiheit, die über je eigene Schutzbereiche verfügen. Gemeinsam ist den Teilgehalten, dass nur Aktivitäten erfasst sind, die *wissenschaftlich* sind, um vom Grundrechtsschutz nach Art. 20 BV zu profitieren.[1795] Die BV geht damit von bestimmten wissenschaftlichen Eigenrationalitäten aus, die sich von anderen Grundrechten, insbesondere der Meinungsfreiheit, unterscheiden und damit eine gesonderte Schutzwürdigkeit begründen.[1796] Dies macht zunächst eine **Begriffsbestimmung** erforderlich, die allerdings auf Schwierigkeiten stösst.

Auch die **Wissenschaftsforschung** geht davon aus, dass wissenschaftliches 16
Wissen eine *besondere* Form von Wissen darstellt.[1797] Darüber hinaus legt sie aber keinen einheitlichen Begriff der Wissenschaft zugrunde. Während die Wissenschaftstheorie stärker auf die Eigenschaften des Wissens selbst abstellt, interessiert sich die Wissenschaftssoziologie für die Praktiken von Wissenschaftler:innen und das Zustandekommen von wissenschaftlichem Wissen.[1798] Die oft mit *Karl Poppers* Kritischen Rationalismus als

1791. Menschenrechtsausschuss, Allgemeine Bemerkung Nr. 34 (2011), N. 9; Bericht von UN-Sonderberichterstatter David Kaye, Promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression (2020), N. 15.

1792. UNO-Ausschuss für Sozialrechte, Allgemeine Bemerkung Nr. 25 (2020) zur Wissenschaft und den wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechten (Art. 15 Abs. 1 Bst. b, Abs. 2, 3 und 4), N. 13.

1793. Kiener/Kälin/Wyttenbach, S. 278.

1794. Art. 13 (Freiheit von Kunst und Wissenschaft) lautet: «Kunst und Forschung sind frei. Die akademische Freiheit wird geachtet.»

1795. Schweizer, Art. 20 BV N. 11 zu; Boillet, Art. 20 BV N. 11 zu. Zum subsidiären Schutz durch die Meinungsfreiheit siehe Kley, 4 f.

1796. Dazu oben B; vgl. aus deutscher Perspektive Gärditz, Art. 5 Abs. 3 GG N. 53.

1797. Weingart 2003, 7.

Weiterentwicklung des Logischen Positivismus des 20. Jahrhunderts in Verbindung gebrachte Vorstellung von Wissenschaft als einem Körper objektiven, überprüfbaren und universell wahren Wissens[1799] ist allerdings in den letzten Jahrzehnten zunächst ausgehend von der Wissenschaftstheorie selbst stark unter Druck geraten.[1800] Forschende wie *Thomas S. Kuhn* haben dazu beigetragen, das Bild einer rein auf Fakten und Logik basierenden Wissenschaft in Frage zu stellen und den Einfluss von weiteren Werten etwa bei der Methodenwahl aufzuzeigen.[1801] Dadurch lieferten sie «gleichsam das Einfallstor für soziologische Erklärungen».[1802] Sozialwissenschaftliche Ansätze haben seither die soziale Konstruktion oder «Ko-Produktion»[1803] von Gesellschaft und Wissen deutlich gemacht. Feministische Wissenschaftsforschung hat etwa das Bild einer unparteiischen Wissenschaft ins Wanken gebracht;[1804] empirische Studien wie etwa jene von *Bruno Latour* zeigen detailliert die «Konstruktion» von Wissen im Labor auf.[1805] Paul Feyerabend, radikal relativistische/sozial-konstruktivistische Stimme und heute der Postmoderne zugerechnet, stellte die Idee von Rationalität und methodischer Stringenz gar gänzlich in Frage und kam zum Schluss: «anything goes».[1806]

17 Aus verfassungsrechtlicher Perspektive gilt ungeachtet dieser Debatten, dass die BV die Möglichkeit von Wissenschaft voraussetzt.[1807] Die **Grenzen** der Wissenschaftsfreiheit sind damit nicht nach epistemisch-philosophischen Kriterien, sondern **verfassungsrechtlich** zu bestimmen.[1808] Es ist mit anderen Worten nicht Aufgabe des Verfassungsrechts, der wissenschaftstheoretischen Debatte über die Definition von Wissenschaft ein Ende zu setzen; vielmehr soll das Recht gerade den Rahmen dafür schaffen,

1798 Siehe etwa Kaldewey/Schauz, S. 18 ff.

1799 Popper ging davon aus, dass Theorien nur dann wissenschaftlich sind, wenn sie überprüf- und damit prinzipiell falsifizierbar sind. Popper.

1800 Weingart 2003, 58. Schon Popper selbst vertrat, dass es keine voraussetzungslosen Beobachtungen gebe. Siehe Popper, Kapitel 5.

1801 Kuhn, S. 321 f.

1802 Weingart 2003, 59.

1803 Jasanoff.

1804 Für einen Überblick siehe Kourany.

1805 Siehe etwa Latour/Woolgar.

1806 Feyerabend.

1807 Vgl. aus deutscher Perspektive Gärditz, Art. 5 Abs. 3 GG N. 58.

1808 Gärditz, Art. 5 Abs. 3 GG N. 65.

dass diese Debatten innerwissenschaftlich möglichst frei stattfinden können. Das Recht muss damit den ihm zugrunde liegenden Wissenschaftsbegriff selbst definieren. Allerdings konkretisieren weder die BV noch die Materialien den Begriff; auch das Bundesgericht hat sich nur ansatzweise dazu geäussert.[1809] Die Umschreibung der Wissenschafts*freiheit* als «Garantie eines unantastbaren schöpferischen Kerns wissenschaftlicher Erkenntnis und Lehre sowie zur Bewahrung der geistigen und methodischen Unabhängigkeit der Forschung»[1810] verweist wiederum nur auf das Erfordernis der Wissenschaftlichkeit der Erkenntnis und ist damit gerade keine Definition.[1811]

Definitionsversuche, wie sie im Schrifttum vielfach vorgenommen wurden,[1812] stossen auf die Schwierigkeit, dass es auf der einen Seite dem Staat verboten ist, sich ein bestimmtes Wissenschaftsverständnis zu eigen zu machen, soll das Grundrecht doch gerade wissenschaftliche Erkenntnis der staatlichen Festlegung entziehen (Identifikationsverbot).[1813] Einzig auf die Selbsterklärung, wissenschaftlich zu arbeiten, abzustellen, reicht wiederum nicht aus, um Wissenschaft von Nichtwissenschaft abzugrenzen; eine sinnvolle Unterscheidung von anderen, subjektiven Formen der Kommunikation[1814] sowie von Pseudowissenschaft muss möglich sein. In der Lehre scheint gewissermassen als Mittelweg Einigkeit darüber zu herrschen, dass eine Rückkoppelung des verfassungsrechtlichen Wissenschaftsbegriffs an die *scientific community* und konkrete wissenschaftliche Praktiken sinnvoll ist.[1815] Auf die Anerkennung durch die *scientific community* zu setzen, birgt allerdings neuerliche Gefahren der Freiheitsverkürzung, will das Grundrecht ja gerade freie Wissenschaft ermöglichen und somit auch Mindermeinungen und neue, innovative oder gar unerwartete Ansätze schützen.[1816] 18

Angesichts des Schutzzwecks der Norm scheint es damit gesamthaft betrachtet angezeigt, einen **weiten Begriff** von Wissenschaftlichkeit zugrunde zu legen,[1817] der von bestehenden Praktiken der 19

1809 Schweizer, Art. 20 BV N. 11.
1810 BGE 115 Ia 234, E. 1.
1811 Kley, S. 2, erkennt darin allerdings einen Hinweis auf einen offenen Wissenschaftsbegriff.
1812 Für einen aktuellen Überblick siehe Schweizer, Art. 20 BV N. 11.
1813 Siehe nur Boillet, Art. 20 BV N. 11; Hertig, Art. 20 BV N. 5; Kley, S. 9. Zur Rechtslage in Deutschland siehe Gärditz, Art. 5 Abs. 3 N. 57.
1814 Zur Abgrenzung zur Meinungsfreiheit siehe oben, Fn. 23
1815 Zum Ganzen Schwander, S. 109 ff.
1816 Gärditz, Art. 5 Abs. 3 GG N. 62 f.

Wissenschaftsgemeinschaft geprägt, aber nicht auf diese festgelegt ist.[1818] Zentral ist dabei das systematische und methodengeleitete Vorgehen, was die *Überprüfbarkeit* und intersubjektive Nachvollziehbarkeit der Resultate impliziert.[1819]

20 Eine wissenschaftstheoretische Sonderdebatte betraf lange die Frage, ob auch die **Rechtswissenschaft** das Label der Wissenschaftlichkeit beanspruchen kann.[1820] Dies hängt mit dem veränderlichen Gegenstand der Rechtswissenschaft zusammen, der sich nicht wie ein «Naturgesetz» studieren lässt, aber auch mit der Praxisbezogenheit des Faches und den oft fliessenden Grenzen zwischen Forschung und praktischer Tätigkeit.[1821] Ein weiterer Punkt betraf rechtswissenschaftliche Methodik bzw. gerade deren Fehlen: Neben Hermeneutik und Rechtsvergleichung spielte diese lange Zeit nur eine untergeordnete Rolle. Dies hat sich, wohl auch aufgrund der Internationalisierung und der zunehmenden Relevanz des von den Naturwissenschaften geprägten Antragsverfahrens vor dem Schweizerischen Nationalfonds, inzwischen verändert.[1822] Was bleibt, ist, dass die Rechtswissenschaft von Normen, Werten und Interpretationen geprägt ist und sich Rechtsfragen nicht mit gleicher Präzision wie etwa mathematische Aufgaben beantworten lassen.[1823] Dennoch gibt es unter systematischer Anwendung juristischer Auslegungsregeln Grenzen dessen, was noch als überzeugende Argumentation gilt. Ohnehin dürfte ein Wissenschaftsbegriff, der auf empirische Nachweisbarkeit beharrt, inzwischen als überholt gelten.[1824] Heute dürfte breiter Konsens darüber herrschen, dass auch das systematische Erschliessen und Verstehen von Sinnzusammenhängen jenseits von «harten» Kausalzusammenhängen, wie es in den Geistes- und

1817. So auch Hertig, Art. 20 BV N. 5.

1818. So auch Biaggini, Art. 20 BV N. 7. Hertig, Art. 20 BV N. 6 spricht von einer «bedeutenden Richtschnur».

1819. Schweizer, Art. 20 BV N. 11. Das deutsche Bundesverfassungsgericht definiert Wissenschaft als das, was «nach Inhalt und Form als ernsthafter und planmässiger Versuch zur Ermittlung von Wahrheit anzusehen ist.» Siehe BVerfGE 35, 79 (113).

1820 Für einen guten Überblick siehe Mahlmann, § 40.

1821. Siehe dazu aus jüngerer Zeit Ammann 2020.

1822 Siehe etwa Champeil-Desplats.

1823 Siehe z.B. Venzke, der am Beispiel des Völkerrechts und in Auseinandersetzung mit Erkenntnissen aus der Linguistik und Philosophie gar zum Schluss kommt, dass Recht durch Interpretation erst «gemacht» wird.

1824 Mahlmann; Rn. 8.

Sozialwissenschaften praktiziert wird, als Wissenschaft gilt.[1825] Statt von empirischer Überprüfbarkeit wird heute oft von *intersubjektiver Nachvollziehbarkeit* gesprochen.[1826] Auf die Rechtswissenschaft angewendet bedeutet dies, dass eine rechtliche Antwort so erzielt und begründet wird, dass auch eine dritte Person sie verstehen kann und unter Anwendung der gleichen Methoden ggf. zum gleichen Ergebnis kommt.

Eine wichtige Frage ist, ob **wissenschaftliches Fehlverhalten** wie etwa Datenfälschung und Plagiate zum Entfallen der Wissenschaftlichkeit führt. Die Lehrmeinungen dazu gehen auseinander.[1827] Um den Freiheitsschutz nicht zu unterlaufen, ist die Ansicht vorzugswürdig, dass hohe Anforderungen an das Wegfallen zu stellen sind. Damit führt nicht jedes Fehlverhalten automatisch zum Verlust, sondern nur Fälle *systematischen* Verfehlens.[1828] Bei der Beurteilung von Vorwürfen macht es Sinn, Selbstregulierungsstandards einzubeziehen; Beispiele sind der Kodex zur wissenschaftlichen Integrität der Akademien der Wissenschaften Schweiz, die Regeln zur Sicherung guter wissenschaftlicher Praxis der Max-Planck-Gesellschaft oder die Standards des *Committee on Publication Ethics* (COPE). 21

Schwierige Abgrenzungsfragen können sich schliesslich bei der **Kommerzialisierung** von Wissenschaft stellen. Während die wohl herrschende Meinung in der Schweiz ergebnisorientierter, weisungsgebundener Forschung die Wissenschaftlichkeit abspricht,[1829] dürfte auch hier eine differenzierte Betrachtung vorzugswürdig sein. Denn Wissenschaft sollte nicht idealisiert werden.[1830] Während *Desinteressiertheit* – verstanden als Abwesenheit primär eigennütziger Interessen – im Forschungsprozess zwar eine der Grundnormen des Wissenschaftsethos bildet,[1831] ist in der Wissenschaftstheorie heute unbestritten, dass sich das 22

1825 Ibid., Rn. 10.

1826 Siehe z.B. Brockhaus Enzyklopädie Online.

1827 Für den Ausschluss siehe Boillet, Art. 20 BV N. 12; in diese Richtung wohl auch BGer, 1P. 478/2003 vom 12.11.2003, E. 7. Dagegen Hertig, Art. 20 BV N. 6; Biaggini, Art. 20 BV, N. 7; für Deutschland Gärditz, Art. 5 Abs. 3 GG N. 83; Löwer, § 99 N. 13.

1828 So auch Hertig, Art. 20 BV N. 6; Biaggini, Art. 20 BV N. 7; für Deutschland Gärditz, Art. 5 Abs. 3 GG N. 83.

1829 Schweizer, Art. 20 BV N. 25; Boillet, Art. 20 BV N. 12; Hertig, Art. 20 BV N. 6. Differenzierter Biaggini, BV 20 N. 8.

1830 Gärditz, Art. 5 Abs. 3 N. 83.

1831 Merton, S. 275.

Postulat der Uneigennützigkeit und Unabhängigkeit in seiner Absolutheit nicht halten lässt.[1832] In Zeiten, in denen Industrieforschung eine eminent wichtige Rolle spielt und sich Grundlagen- und anwendungsorientierte Forschung nicht trennscharf abgrenzen lassen, dürfte für den Grundrechtsschutz massgeblich sein, dass kommerzielle Interessen nicht die Hauptmotivation ausmachen und die zugrundeliegende Forschung Methoden und Massstäbe wissenschaftlicher Erkenntnisgewinnung beachtet.[1833]

B. Sachlicher Schutzbereich

1. Forschungsfreiheit

a. Allgemeines

23 Die Rechtsprechung zur Wissenschaftsfreiheit ist überschaubar und der Schutzbereich damit unscharf geblieben.[1834] Das Bundesgericht definiert Forschung in ständiger Rechtsprechung als «Gewinnung und Weitergabe menschlicher Erkenntnisse durch die freie Wahl von Fragestellung, Methode und Durchführung».[1835] Dabei streicht es hervor, dass sowohl naturwissenschaftliche Ansätze als auch «solche geistes- und sozialwissenschaftlicher und historischer Natur» geschützt sind.[1836] Angesichts des im Alltagsgebrauch noch immer vorherrschenden Verständnisses, wonach wissenschaftliche Forschung mit den Naturwissenschaften gleichzusetzen sei, ist diese Präzisierung nach wie vor nicht überflüssig.[1837] Unwesentlich für den Schutz von Forschung ist zunächst ebenfalls die Art der Forschungsfinanzierung (privat oder staatlich), der Ort der Forschung (Universität, Fachhochschule, Industrie) sowie die Art der Forschung (Grundlagen- oder anwendungsbezogene Forschung).[1838] Die Grenze ist allerdings da erreicht, wo Forschung nicht unter Bedingungen von Wissenschaftlichkeit stattfindet (oben N. 22).[1839] Bei der Frage, wann

1832 Für einen Überblick über Parteilichkeitsdebatten statt vieler Wiholt, S. 26 ff.
1833 So auch Gärditz, Art. 5 Abs. 3 GG N. 91, von unschädlichen Begleitmotiven sprechend; Ruffert, S. 158 f.; Kamp, S. 48 ff.
1834 Biaggini, Art. 20 BV N. 3.
1835 BGE 127 I 145, 152 E. 4b. Aus jüngerer Zeit siehe 2D_8/2022 vom 4.1.2023.
1836 BGE 127 I 145, E. 4 d) cc).
1837 Siehe demgegenüber Biaggini, Art. 20 BV N. 8.
1838 Thurnherr, S. 31; Hertig, Art. 20 BV N. 11; Biaggini, Art. 20 BV N. 8; Boillet, Art. 20 BV N. 15.
1839 Hertig, Art. 20 BV N. 11.

weisungsabhängige oder ergebnisorientierte Forschung zum Verlust der Schutzwürdigkeit führt, bleibt die Lehre unspezifisch.[1840] Nach der differenzierten Betrachtung im deutschen Schrifttum soll der Grad an Autonomie bzw. das Vorhandensein ausreichender Spielräume für eigene Bewertungen von Forschenden ausschlaggebend sein.[1841] Obwohl Abgrenzungsschwierigkeiten vorprogrammiert sind, dürfte diese differenzierte Betrachtung schon nur deshalb vorzugswürdig sein, um Industrieforschung, die definitionsgemäss ergebnisorientiert operiert, nicht von vorherein aus dem Schutzbereich auszuschliessen.

Zur näheren Umschreibung der geschützten Tätigkeiten unterscheidet die Lehre, den verschiedenen Phasen des Forschungszyklus folgend,[1842] zwischen dem **Werk- und dem Wirkbereich** der Forschungsfreiheit.[1843] Der Werkbereich bezieht sich auf die Forschungstätigkeit und umfasst auch die Phase, die der eigentlichen Forschung vorgelagert ist (etwa Bestimmung der Fragestellung; Methodenwahl; Personalauswahl).[1844] Der Wirkbereich umschreibt demgegenüber die Freiheit bezüglich der Verbreitung der Forschung.[1845] Dies umfasst zum einen die Entscheidung, ob Forschungsergebnisse überhaupt der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden sollen. Zum anderen ist auch die Entscheidung über Zeitpunkt, Ort und Modalitäten der Publikation geschützt.[1846] Im deutschen Schrifttum ist diesbezüglich von der (positiven und negativen) Publikationsfreiheit die Rede.[1847] Diese Dimension verdeutlicht die Nähe der Wissenschaftsfreiheit zu den Kommunikationsgrundrechten.[1848] Allerdings wird ebenfalls die wissenschaftliche Urheberschaft im Sinne geistiger Autorschaft und damit ein persönlichkeitsrechtlicher Aspekt geschützt.[1849] 24

In jüngerer Zeit hat sich die in der Schweizer Lehre noch kaum diskutierte Frage gestellt, ob auch die **Kommunikation von Forschenden ausserhalb** 25

1840 Hertig, Art. 20 BV N. 6; Biaggini, Art. 20 BV N. 8; Schweizer, Art. 25 BV N. 25; Boillet, Art. 20 BV N. 15. Siehe demgegenüber Kley, 9.
1841 Für die differenzierte deutsche Rechtslage Gärditz, Art. 5 Abs. 3 GG N. 102.
1842 Schwander, S. 113; Hertig, Art. 20 BV N. 9.
1843 Thurnherr, S. 31, mit Verweis auf die deutsche Lehre.
1844 Hertig, Art. 20 BV N. 9.
1845 Thurnherr, S. 31.
1846 Thurnherr, S. 31; Hertig, Art. 20 BV N. 10.
1847 Statt vieler Gärditz, Art. 5 Abs. 3 GG N. 111 ff.
1848 Gärditz, Art. 5 Abs. 3 GG N. 111.

strikt wissenschaftlicher Formate in den Wirkbereich fällt.[1850] Darunter fällt etwa das Verfassen von Blog-Posts, aber auch Social-Media-Aktivitäten oder Auftritte in den Medien. Ein auf wissenschaftliche Formate im engeren Sinne beschränktes Verständnis scheint angesichts der Tatsache, dass eine aktive Kommunikation der eigenen Forschung zur Überbrückung des behaupteten Grabens zwischen Wissenschaft und Gesellschaft zunehmend eingefordert wird, etwa vom SNF (Stichwort «Wissenschaftskommunikation»), [1851] sowie angesichts der regen Nutzung dieser Möglichkeiten durch die *Scientific Community*,[1852] nicht mehr zeitgemäss.[1853] Soziale Medien wie X (früher Twitter) spielen heute eine wichtige Rolle im Rahmen der Informations- und Erkenntnisgewinnung. Allerdings folgen sie stärker einer Medien- als rein wissenschaftlichen Logik und verführen zu überspitzten Aussagen, wodurch sich schwierige Abgrenzungsfragen zur Meinungsfreiheit stellen können.[1854] Ein gewisses Missbrauchspotenzial wird darin gesehen, dass Wissenschaftler:innen in der Gesellschaft einen «Autoritätsbonus»[1855] geniessen. Etwas zugespitzt stellt sich die Frage: ist *jede* Aussage eine:r Verfassungsrechtler:in zu aktuellen verfassungsrechtlichen Debatten automatisch von der Wissenschaftsfreiheit erfasst und geniesst damit erhöhten Schutz? Trotz Schwierigkeiten bei der Abgrenzung dürfte für die Eröffnung des Schutzbereichs von Art. 20 BV der *Inhalt* der Aussagen und nicht deren *Ort der Verbreitung* ausschlaggebend sein.[1856] Im Zweifel dürfte ein *weiter* Begriff von Wissenschaftlichkeit anzulegen sein, wobei das Verfassungsrecht durchaus auch Grenzen kennt (für Beispiele siehe unten N. 47).

b. Einzelfragen

26 Eine Frage, die sich in der Praxis mehrfach gestellt hat, ist, ob sich aus der Wissenschaftsfreiheit einen über das allgemeine Informationsrecht

1849 Gärditz, Art. 5 Abs. 3 GG N. 112. Für die Schweiz Hertig, Art. 20 BV N. 10.
1850 Anlässlich der Regulierung von Social-Media-Aktivitäten der Universität Bern dazu Ammann.
1851 Dazu Weingart et al. 2017.
1852 Dazu Ammann, S. 210 ff.
1853 Vgl. für Deutschland Gärditz, Art. 5 Abs. 3 GG N. 114.
1854 Ammann S. 210 ff.
1855 Ibid., S. 212.

hinausgehenden Anspruch auf **Zugang zu Information** ergibt. Art. 16 Abs. 3 BV beschränkt das Recht, Information zu empfangen, auf öffentlich zugängliche Quellen, wobei sich aus der Gesetzgebung ergibt, welche Information als öffentlich gilt.[1857] Das Bundesgericht verwarf zwar grundsätzlich einen Anspruch aus nicht öffentlichen Informationen aus der Wissenschaftsfreiheit und kam zum Schluss, eine Durchbrechung des verfassungsrechtlichen Informationszugangs durch Art. 20 BV könne nicht leichtfertig angenommen werden.[1858] Gleichzeitig anerkannte es an, dass sich die Möglichkeit im Falle «eines spezifischen Forschungsansatzes und einer sich daraus ergebenden forschungsmässigen Notwendigkeit (...)» dennoch ergeben könne.[1859] In einem jüngeren Entscheid hielt es zudem fest, das Interesse an Einsichtnahme in Archivgut vor Ablauf der Schutzfrist werde durch die Wissenschaftsfreiheit verstärkt.[1860]

Noch wenig behandelt wurde im Schrifttum die Frage, inwiefern die **Autonomie der Hochschule** dieser Freiheit bei der Gestaltung ihres Forschungs- und Lehrprofils vor staatlicher Festlegung zusichert.[1861] Klar scheint, dass eine vollumfängliche staatliche Festlegung, die Hochschulen keine eigenen Spielräume bei der Ausgestaltung belässt, unzulässig wäre.[1862] Eine Grenze für die Ausübung der Autonomie ergibt sich wiederum aus der individuellen Forschungsfreiheit, die in einem gewissen Spannungsverhältnis zur Autonomie der Hochschule steht.[1863] 27

c. Forschungsfreiheit und «Open Science»

Gibt es im digitalen Zeitalter einen grundrechtlichen Anspruch auf freien Zugang zu (öffentlich finanzierter) Forschung über das Internet? Diese Frage stellt sich verstärkt, seit der UN-Sozialausschuss in einer viel beachteten 28

1856 Ammann schlägt zur Klärung den Rückgriff auf das US-amerikanische Konzept der «extramural speech» vor, fasst entsprechende Fälle im Ergebnis aber unter Art. 16 BV. Siehe Ammann, S. 220 ff.

1857 BGE 127 I 145 E. 4 d) aa). In der Lehre wird z.T. eine Ausweitung auf einen allgemeinen Anspruch auf Zugang zu amtlichen Informationen gefordert; siehe Schefer/Cueni.

1858 BGE 127 I 145 E. 4 d) bb).

1859 BGE 127 I 145 E. 4 d) bb). Siehe aus jüngerer Zeit auch BVerwG, C-115/2019 vom 21.1.2021, 4.3.4.

1860 BGE 148 II 274, E. 6.5.2.

1861 Vgl. für Deutschland Gärditz, Art. 5 Abs. 3 GG N. 121.

1862 So auch Epiney, S. 114.

1863 Epiney, S. 115 f.

«Allgemeinen Bemerkung» zum «Recht auf Wissenschaft» nach Art. 15 Abs. 2 Bst. b) des UN-Sozialpaktes die Staaten dazu aufgefordert hat, «Open Science» zu fördern.[1864] Bei «Open Science» handelt es sich um einen Sammelbegriff für verschiedene Forschungspraktiken entlang des gesamten Forschungszyklus basierend auf der Idee des Teilens und der Kollaboration. Besonders relevant im Wissenschaftsalltag ist der freie Zugang zu Daten («Open Data») sowie wissenschaftlichen Publikationen («Open Access»). Obwohl sich heute auch zahlreiche Fragen und Probleme ergeben (dazu sogleich N. 30), gilt «Open Science» gemeinhin als **wissenschaftsfreundlich,**[1865] was damit zusammenhängt, dass *Veröffentlichung* und *Zugänglichkeit* «Schlüsselbegriffe für das gesamte Wissenschaftssytem» sind.[1866] Das Internet mit seinem bis anhin ungekannten Kommunikationspotenzial galt Anfang des neuen Jahrtausends deshalb als Chance, wissenschaftliche Grundwerte wie die *Mertonsche* Norm des Kommunalismus zu realisieren.[1867] Als Teil der von dem Wissenschaftssoziologen Robert K. Merton beschriebenen «normativen Struktur» der Wissenschaft besagt diese Norm, dass Wissenschaftler:innen ihre Erkenntnisse frei teilen sollten, um den Fortschritt der Wissenschaft als Ganzes zu fördern, anstatt sie für persönliche Vorteile zurückzuhalten. Das Konzept des Kommunalismus betont damit die Bedeutung der Offenheit, Zusammenarbeit und des kollektiven Engagements für die Wissenschaft. Diese Ideen finden Widerhall in frühen Dokumenten der «Open Access»-Bewegung wie der *Berliner Erklärung über den offenen Zugang zu wissenschaftlichem Wissen* und der *Budapest Open Access Initiative.*

29 Damit stellt sich die Frage, ob sich aus der Pflicht des Staates, die Rahmenbedingungen einer funktionierenden Wissenschaft zu schaffen, ein «Open Science»-Gebot ergeben könnte.[1868] Die Schweizerische Open-Access-Strategie zielt denn auch darauf ab, sämtliche öffentlich finanzierte Forschung öffentlich zugänglich im Sinne von «Open Access» zu machen.[1869] Andere argumentieren, dass aufgrund der Tatsache, dass Öffentlichkeit quasi

1864 UNO-Ausschuss für Sozialrechte, Allgemeine Bemerkung Nr. 25 (2020) zur Wissenschaft und den wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechten (Art. 15 Abs. 1 Bst. b, Abs. 2, 3 und 4), N. 16; 49.

1865 So auch Biaggini, Art. 20 BV N. 4.

1866 Schmidt-Assmann, S. 71.

1867 Merton, S. 273 ff.

1868 Graf/Haux, Rn. 16; vgl. auch Kley 2018, S. 3. Für Deutschland siehe Bäuerle, S. 11 f.

1869 Swissuniversities/Schweizerischer Nationalfonds, S. 3.

eine Funktionsbedingung von Wissenschaft sei, der individuelle Schutz durch die Wissenschaftsfreiheit von der **tatsächlichen Veröffentlichung von Ergebnissen abhängig** gemacht werden sollte.[1870] Im digitalen Zeitalter würde dies ergo bedeuten, die eigene Forschung öffentlich zugänglich i.S. v. «Open Access» zu machen.[1871] Die wohl herrschende Lehre lehnt ein Publikationsgebot als Vorbedingung für den Grundrechtsschutz jedoch aufgrund der negativen Publikationsfreiheit generell ab.[1872] Zwar sei die Geheimhaltung von Forschung aus kommerziellen Gründen wissenschaftlich problematisch, dürfte aber nicht automatisch zum Ausschluss aus dem Schutzbereich führen.[1873]

Insgesamt stehen «Open Access»-Verpflichtungen in einem **Spannungsverhältnis zur negativen Publikationsfreiheit.** Ein Teil der Lehre erblickt auch in der «Open Access»-Strategie des Schweizerischen Nationsfonds eine Verletzung der negativen Publikationsfreiheit.[1874] In Deutschland sind Angehörige einer Universität aufgrund einer universitären Satzung, welche sie zur Hinterlegung ihrer publizierten Forschung in öffentlich zugänglichen Internetrepositorien nach Ablauf der gesetzlichen Jahresfirst verpflichtet, gar vor das Bundesverfassungsgericht gezogen.[1875] Gemäss der hier vertretenen Ansicht dürften «Open Access»-Publikationsplichten trotz unbeabsichtigter Nebeneffekte (siehe sogleich N. 31) verfassungsrechtlich unproblematisch sein.[1876] Da Publikationsmodalitäten betroffen sind, handelt es sich zwar um einen Grundrechtseingriff; insbesondere im Falle von nur leichten Grundrechtseingriffen durch die Verpflichtung zur «Zweitveröffentlichung», d.h. der Deponierung der Publikation in einem öffentlich zugänglichen Repositorium wie ZORA der Universität Zürich, dürfte der Eingriff allerdings durch das Interesse der

30

1870 Für einen Überblick siehe Gärditz, N. 103 ff.

1871 Dazu, im Ergebnis ablehnend. Schmidt-Assmann, S. 78 ff.

1872 Siehe für eine ausführliche Begründung der deutschen Rechtslage Gärditz, Art. 5 Abs. 3 GG N. 103 ff.

1873 Gärditz, Art. 5 Abs. 3 GG N. 104; eher bejahend demgegenüber Schmidt-Assmann, S. 81 f.

1874 Errass, S. 207 f.; Schweizer, Art. 20 BV N. 24.

1875 Der Fall ist zurzeit vor dem deutschen Bundesverfassungsgericht anhängig.

1876 Vgl. auch Kley 2018, S. 3, der zum Schluss kommt, die Festschreibung von «Open Access» durch die Forschungsförderung passe hervorragend zum bisher geltenden Wissenschaftsrecht, welches bereits heute Bedingungen und Auflagen an die Empfänger:innen stellt.

Öffentlichkeit und Dritter am Zugang sowie an einem funktionierenden Wissenschaftssystem gerechtfertigt sein.[1877]

31 Umgekehrt stellt sich die Frage, ob sich aus der objektiven Dimension der Wissenschaftsfreiheit die staatliche Pflicht ergibt, Massnahmen zum **Schutze eines funktionierenden Publikationssystems** zu ergreifen. So sind wettbewerbsverzerrende Formen von Marktkonzentration bei international agierenden wissenschaftlichen Grossverlagen seit längerem bekannt.[1878] Der Trend weg vom sog. Subskriptionsmodell hin zu «Open Access» hat diese Problematik möglicherweise sogar noch verschärft.[1879] Ein gewichtiger Kritikpunkt an der Förderpolitik des SNF besteht denn auch darin, dass die «Open Access»-Verpflichtung zu einer weiteren Stärkung von Grossverlagen – auf Kosten kleinerer Anbieter – führt.[1880] Ein weiteres Problem sind mögliche Qualitätseinbussen, weil die Publikationsgebühren für Verlage Anreize schaffen, möglichst viele – statt qualitativ hochwertige – Beiträge zu publizieren.[1881] Dies ist nicht nur wegen der hohen Preisbelastung der öffentlichen Hand problematisch, sondern auch wegen des Einflusses von Grossverlagen auf die Wissenschaft. Immer wieder hat etwa in den letzten Jahren die Einmischung von Verlagen in die Redaktionsarbeit zu Resignationen von Zeitschriftenredaktionen geführt.[1882] Die Problematik hat sich in jüngerer Zeit noch einmal zugespitzt, weil international agierende Grossverlage sich zunehmend dem Geschäft mit Daten zuwenden und die von Google und Co. entwickelten Werkzeuge zur Analyse des Nutzer:innenverhaltens einsetzen, wodurch Einflussmöglichkeiten in bisher ungekanntem Ausmasse entstehen.[1883] Dies belegt, dass – grundrechtlich

1877. Für Deutschland ähnlich Eisentraut, S. 186; Bäuerle, S. 10; Schmidt-Assmann, S. 82 ff. A.A. Gärditz, Art. 5 Abs. 3 GG N. 158.

1878. Larivière et al.

1879. Khoo.

1880. Siehe etwa Urs Hafner, 15'000 Franken für ein Buch – Forscher wehren sich gegen ein umstrittenes Geschäftsmodell. NZZ vom 1.2.2022;

1881. Martin Amrein, Profit statt wissenschaftliche Qualität: Wie zwei Schweizer Verlage zu Geldmaschinen wurden, NZZmagazin vom 5.1.2022.

1882. Siehe etwa Mendes, Joana; Schepel, Harm: What a Journal Makes: As we say goodbye to the European Law Journal, VerfBlog, 4.2.2020, https://verfassungsblog.de/what-a-journal-makes-as-we-say-goodbye-to-the-european-law-journal/, DOI: 10.17176/20200204-105826-0; für ein Beispiel aus diesem Jahr siehe Justin Weinberg, Editors at Philosophy & Public Affairs Resign, Dailynous, 22.5.2024, https://dailynous.com/2024/05/22/editors-at-philosophy-will-launch-new-oa-journal/.

1883. Ausführlich AWBI Informationspapier; Kunz.

relevante – Bedrohungen für die Unabhängigkeit der Wissenschaft heute nicht nur von staatlichen Akteuren ausgehen, sondern auch von mächtigen privaten Akteuren.[1884] Weil diese nicht direkt an Grundrechte gebunden sind, stellt sich die Frage staatlicher Schutzmassnahmen, etwa solche wettbewerbsrechtlicher Natur.[1885] Ebenfalls grundrechtlich geboten scheint es, Alternativen zum problematischen «goldenen» «Open Access»-Modell zu fördern, bei welchem hohe Gebühren für Publikationen anfallen und das insbesondere Grossverlagen dient.[1886]

2. Lehrfreiheit

Der Teilgehalt der Lehrfreiheit schützt die Freiheit der Lehre.[1887] Die 32
geschützten Tätigkeiten umfassen **Freiheit bezüglich der Unterrichtsmethoden sowie der Stoffauswahl**.[1888] Die Lehrfreiheit ist mit anderen Worten eine «spezifisch auf die wissenschaftliche Lehre angepasste Meinungsfreiheit.»[1889] Parallel zur Forschungsfreiheit ist nicht nur die universitäre Lehre, sondern die Lehre im gesamten Hochschulkontext erfasst;[1890] sinnvollerweise ist auch die Vermittlung von Wissen an ein breiteres Publikum ausserhalb des Hörsaals erfasst.[1891] Ebenfalls erforderlich ist wie bei der Forschungsfreiheit, dass das Kriterium der *Wissenschaftlichkeit* der Lehre erfüllt ist, was die Vermittlung der jeweils fachspezifischen Rationalitäten im Rahmen der Fähigkeiten der Studierenden und die Befähigung zur kritischen Auseinandersetzung mit wissenschaftlichen Positionen bedingt.[1892] Es muss sich allerdings nicht um die Vermittlung eigener Forschung handeln, was heute realistischerweise gar nicht zu leisten wäre.[1893] Nicht umfasst ist die reine Berufsbildung sowie die Bildung an allgemeinbildenden Schulen.[1894] Auch die Online-Lehre sowie neuere Formate wie Podcasts oder Youtube-

1884 So auch Wilholt, S. 264 f. Zur Bedrohung der Unabhängigkeit durch das sog. Wissenschaftssponsoring siehe Müller.
1885 Siehe dazu Graf/Haux, Rn. 22 f.
1886 Siehe oben Fn. 150.
1887 Hertig, Art. 20 BV N. 14; Boillet, Art. 20 BV N. 17; Schweizer, Art. 20 BV N. 28.
1888 Botschaft VE 1996, S. 165.
1889 Kley, S. 5.
1890 Schwander, S. 120 f.
1891 Gärditz, Art. 5 Abs. 3 GG N. 116; vgl. auch Schwander, S. 120 f.; Hertig, Art. 20 BV N. 15.
1892 Gärditz, Art. 5 Abs. 3 GG N. 115; implizit auch Biaggini, Art. 20 BV N. 9.
1893 Siehe auch Gärditz, Art. 5 Abs. 3 GG N. 118; vgl. auch Epiney, S. 112 f.
1894 Gärditz, Art. 5 Abs. 3 GG N. 115.

Kanäle fallen unter den Schutzbereich.[1895] Umfasst ist primär die Lehrtätigkeit in eigener Verantwortung; weisungsgebundene Lehrtätigkeiten wie vorlesungsbegleitende Tutorate, die von Assistierenden ausgeführt, aber von Professor:innen verantwortet werden, fallen gemäss der herrschenden Lehre ausserhalb des Schutzbereichs.[1896] Dies ist in dieser Deutlichkeit zu kategorisch, zumal viele Assistierende ihren eigenen Lehrstil einbringen und auch nicht selbst verantwortete Kurse faktisch mitgestalten dürften, was für eine Ausdehnung des Schutzes spricht.

3. Lernfreiheit?

33 Die Aufnahme der Lernfreiheit als **dritten eigenständigen Teilgehalt** wurde in den parlamentarischen Beratungen abgelehnt.[1897] Ein inzwischen wohl überwiegender Teil der Lehre fordert dennoch die Anerkennung einer Lernfreiheit, entweder als eigenständigen Teilgehalt oder als Unterfall der Lehrfreiheit.[1898] Dies widerspiegelt letztlich die Humboldt'sche Idee der Gemeinschaft von Lehrenden und Lernenden und des Austauschs in gegenseitigem Respekt.[1899] Nach dieser Ansicht umfasst die Lernfreiheit das Recht von Studierenden, ihr Studium frei von unverhältnismässigen Regularien gestalten zu können.[1900] Ebenfalls geschützt sind eigene Erkenntnisprozesse von Studierenden frei von Zwängen zur Übernahme weltanschaulicher oder politischer Wertvorstellungen des Lehrpersonals.[1901] Allerdings ist fraglich, ob eine solche Unterdrückung durch die «Autorität der Lehrenden» überhaupt von der Lehrfreiheit umfasst wäre.[1902] Relevant ist dies insbesondere beim Verfassen von Seminar- und Abschlussarbeiten; sobald Studierende über das entsprechende wissenschaftliche Werkzeug verfügen und selbständig wissenschaftlich arbeiten, fallen sie ohnehin unter den Schutz der Forschungsfreiheit, was insbesondere im fortgeschrittenen Studium in Frage kommen dürfte.[1903]

1895 Gärditz, Art. 5 Abs. 3 GG N. 116.
1896 Hertig, Art. 20 BV N. 14; Biaggini, Art. 20 BV N. 9; Schweizer, Art. 20 BV N. 27.
1897 Dazu ausführlich Schwander, S. 121 f. und Fn. 157.
1898 Siehe etwa Schweizer, Art. 20 BV N. 28 f.; Hertig, Art. 20 BV N. 17; Müller/Schefer, S. 552 f.; zurückhaltender Boillet, Art. 20 BV N. 20; ablehnend Biaggini, Art. 20 BV N. 10.
1899 Schwander, S. 123.
1900 Hertig, Art. 20 BV N. 18.
1901 Hertig, Art. 20 BV N. 18; Müller/Schefer, 552 f.
1902 Vgl. auch Biaggini, Art. 20 BV N. 10.

In der Praxis haben sich im Zusammenhang mit der hochschulischen Bildung insbesondere Fragen bezüglich möglicher positiv-rechtlicher Verpflichtungen bzw. **subjektiver Ansprüche** gestellt. Das Bundesgericht behandelt diese allerdings vorwiegend unter dem Titel der Berufsfreiheit nach Art. 27 Abs. 2 BV und der persönlichen Freiheit nach Art. 10 Abs. 2 BV.[1904] Dabei hat es im Zusammenhang mit Zulassungsbeschränkungen (Numerus Clausus) betont, dass kein verfassungsrechtlicher Anspruch auf Zugang zu einem Universitätsstudium bestehe;[1905] *a fortiori* gilt dies für besondere Lehrangebote.[1906] Gewährleistet sei mit Art. 19 BV lediglich der Anspruch auf ausreichenden und unentgeltlichen Grundschulunterricht, während die berufliche Aus- und Weiterbildung ein vom Gesetzgeber zu konkretisierendes Sozialziel sei (Art. 41 BV).[1907] Allerdings zeitigen Art. 8 und 9 BV gewisse «indirekte Grundrechtswirkungen»[1908] und garantieren einen «Anspruch auf eine willkürfreie und rechtsgleiche Regelung bei der Zulassung zu den vorhandenen Studienplätzen».[1909] Dieser Anspruch ergibt sich schon aus Art. 8 BV und 9 BV.[1910] Ein Teil der Lehre leitet aus Art. 8 BV einen Anspruch auf Stipendien bei finanzieller Bedürftigkeit sowie Gebührenreduktionen ab.[1911] Ein Anspruch, Prüfungen nicht ablegen zu müssen, besteht nicht.[1912] Zuletzt hiess das Bundesgericht in einem noch nicht publizierten Entscheid die Beschwerde einer Kandidatin für das Studium der Veterinärmedizin gut, welche aufgrund einer Lesestörung (Dyslexie) von der Universität Bern keine zusätzliche Zeit zum Absolvieren des Zulassungstests erhalten hatte.[1913] Solche subjektive Ansprüche, etwa zur Anpassung von Prüfungen für Menschen mit Behinderung, wären zeitgemäss und begrüssenswert.

34

1903 So auch Schwander, S. 124 f.; für Deutschland Gärditz, Art. 5 Abs. 3 GG N. 122. Anders wohl Hertig, Art. 20 BV N. 18, die auch Habilitations- und Doktorarbeiten der Lernfreiheit zuordnet.
1904 BGE 125 I 173 E. 3c; BGE 121 I 22, E. 2.
1905 BGE 125 I 173 E. 3c.
1906 Kley, S. 6.
1907 BGE 125 I 173 E. 3c.
1908 Ehrenzeller, N. 8.
1909 BGE 125 I 173 E. 3c.
1910 Dazu Ehrenzeller, N. 8.
1911 Schweizer, Art. 20 BV N. 30.
1912 BGer, 2P.283/2004 vom 7.4.2005 E. 6.
1913 Entscheid 2C_299/2023 vom 7.5.2024.

C. Persönlicher Schutzbereich

35 **Grundrechtsberechtigt** sind zunächst natürliche Personen ungeachtet ihres Alters oder ihrer Staatsangehörigkeit.[1914] Analog zum sachlichen Schutzbereich spielt der Rahmen der wissenschaftlichen Tätigkeit wiederum keine Rolle, i.e. ob diese inner- oder ausserhalb einer Hochschule oder gar privat stattfindet,[1915] solange das Kriterium der Wissenschaftlichkeit erfüllt ist.[1916] In diesem Rahmen sind auch formale Qualifikationen unwesentlich; es kann sich insofern jede Person auf die Wissenschaftsfreiheit berufen.[1917] «Die Gemeinschaft der Wissenschaftler und Wissenschaftlerinnen konstituiert sich über einen konkreten Diskurs, dessen Kohärenz durch qualitative Rationalitätskriterien hergestellt wird, aber nicht über eine formale Mitgliedschaft.»[1918] Dies gilt somit auch für Studierende, sofern eine eigenständige wissenschaftliche Forschungsleistung erbracht wird.[1919] Auch juristische Personen des Privatrechts können sich auf die Wissenschaftsfreiheit berufen, wenn die entsprechenden Forschungstätigkeiten unter Bedingungen von Wissenschaftlichkeit stattfinden (zum Begriff siehe oben III. A.).[1920]

36 **Staatliche Hochschulen** sind in einer «Zwitterstellung»[1921] oder «**Doppelrolle**»[1922]. Einerseits sind sie unmittelbar Grundrechtsadressaten (Art. 35 Abs. 2 BV); andererseits können sie unter Umständen auch Grundrechtsberechtigte sein. Dies ist zunächst dann der Fall, wenn sie sich im Namen der betroffenen Forschenden gegen Rechtsverletzungen einsetzen.[1923] Ausserdem können sich Hochschulen auch auf Verletzungen ihrer eigenen Autonomie berufen.[1924] Das Bundesgericht leitet die Autonomie der

1914. Schweizer, Art. 20 BV N. 31.
1915. Schweizer, Art. 20 BV N. 31.
1916. Dazu oben N. 23.
1917. Schwander, S. 170; Gärditz, Art. 5 Abs. 3 GG N. 127.
1918. Gärditz, Art. 5 Abs. 3 GG N. 129.
1919. Schwander, 170; sowohl auch Schweizer, Art. 20 BV N. 31; für Deutschland Gärditz, Art. 5 Abs. 3 GG N. 129.
1920 Hertig, Art. 20 BV N. 19. Zu den restriktiveren Voraussetzungen in Deutschland siehe Gärditz, Art. 5 Abs. 3 GG N. 136.
1921. Schweizer, Art. 20 BV N. 31.
1922 Hertig, Art. 20 BV N. 21.
1923 Hertig, Art. 20 BV N. 21; Schweizer, Art. 20 BV N. 31; Boillet, Art. 20 BV N. 10.

Hochschulen dabei – sowohl auf Bundes- als auch auf kantonaler Ebene – aus Art. 63a BV und nicht aus der Wissenschaftsfreiheit ab.[1925]

D. Einschränkungen

1. Eingriffe

Aus der Konzeption der Garantie von Art. 20 BV als Abwehrrecht ergibt sich, dass der **Staat grundsätzlich Massnahmen zu unterlassen hat,** welche in die Wissenschaftsfreiheit eingreifen. Ausgehen können Eingriffe von allen Trägern öffentlicher Gewalt, i.e. von staatlichen Organen auf allen Ebenen in der zentralen und dezentralen Verwaltung ebenso wie von Privaten im Rahmen der Erfüllung öffentlicher Aufgaben (Art. 35 Abs. 1 BV). Umfasst sind somit auch die kantonalen Universitäten und die ETH sowie der Schweizerische Nationalfonds.[1926] Zu beachten ist, dass Forschung und Lehre aufgrund ihres Bedarfs an staatlicher Ausgestaltung bereits von vorherein beschränkt werden, etwa durch Studien- und Prüfungsordnungen, verfügbare Infrastruktur, Ressourcen etc.[1927] Diese Ausgestaltung der Wissenschaftsfreiheit kann, muss aber keine Einschränkung im grundrechtlich relevanten Sinn bedeuten und ist im Einzelfall zu prüfen.[1928] Durch die Verschiebung von Kompetenzen von den Kantonen auf den Bund im Bereich der Regulierung der Wissenschaft (dazu sogleich) haben sich die Möglichkeiten des Bundesgerichts, die Einhaltung der Wissenschaftsfreiheit durch den Gesetzgeber zu kontrollieren, verringert (Art. 190 BV).[1929] 37

Beeinträchtigungen können **sowohl unmittelbar als auch mittelbar** erfolgen.[1930] Rechtfertigungsbedürftige unmittelbare Beeinträchtigungen ergeben sich etwa aus Vorschriften bezüglich oder gar Verboten von Forschungsgegenständen und -methoden. Ein Beispiel ist das Art. 119 BV 38

1924 Hertig, Art. 20 BV N. 21; Schweizer, Art. 20 BV N. 31; Boillet, Art. 20 BV N. 10. Siehe bereits Breining-Kaufmann, S. 319 ff. Zum Spannungsverhältnis zwischen der individuellen Wissenschaftsfreiheit und Hochschulautonomie Epiney, 115 f.

1925 BGer 2C_421/2013 vom 21.3.2014, E. 1.2.1; 2.3.

1926 Schwander, S. 169.

1927 Botschaft BV VE 1996, S. 165.

1928 Schwander, S. 224. Dazu auch Kley, S. 10.

1929 Kley, S. 11.

1930 Hertig, Art. 20 BV N. 23 f. Zur Unterscheidung unmittelbarer und mittelbarer Einschränkungen im Bereich der Kommunikationsgrundrechte siehe Müller/Schefer, S. 375 ff. Zum Eingriffsbegriff generell Bethge, §58 N. 27 ff

ausführende Stammzellenforschungsgesetz (StFG),[1931] das u.a. das Erzeugen von Embryonen zu Forschungszwecken, Veränderungen des Erbguts einer Keimzelle oder das Gewinnen von embryonalen Stammzellen daraus sowie das Bilden von Klonen, Chimären oder Hybriden (Art. 3 Abs. 1 lit. a-c StFG) verbietet. Das Humanforschungsgesetz (HFG)[1932] reguliert Forschung am Menschen und definiert in Art. 5, wann eine wissenschaftlich relevante Fragestellung gegeben ist. Auch Vorgaben von Hochschulen bezüglich Forschung und Lehre, etwa im Rahmen ihrer Profilbildung, etwa beim Setzen von Schwerpunkten, sind prinzipiell rechtfertigungsbedürftig.[1933] Ferner sind auch Bewilligungs- und Meldepflichten wie etwa für klinische Versuche am Menschen nach dem Heilmittelgesetz (HMG)[1934] oder Versuche an Tieren nach dem Tierschutzgesetz (TschG)[1935] als Beeinträchtigungen zu sehen.[1936] Weitere Beispiele sind zivil- oder strafrechtliche Verfahren gegen von der Wissenschaftsfreiheit geschützte Individuen wegen wissenschaftlicher Äusserungen,[1937] Ein- oder Ausreisebeschränkungen,[1938] Disziplinarverfahren[1939] sowie neuerdings Vorgaben bezüglich Sprachregelungen oder «Trigger Warnings».[1940] Trigger-Warnungen im Unterricht an der Universität sind Hinweise oder Vorwarnungen, die Studierende darauf aufmerksam machen, dass bestimmte Inhalte in den kommenden Lektionen potenziell belastend oder emotional aufwühlend sein könnten. Auch Publikationsgebote und -verbote bzw. Vorschriften bezüglich der Publikationsmodalitäten stellen zunächst Eingriffe in die Wissenschaftsfreiheit dar.[1941] Dies gilt etwa für Open-Access-Verpflichtungen[1942] ebenso wie für Vorgaben bezüglich der Nutzung von Social-Media-Kanälen durch Forschende.[1943] Die übermässige Belastung mit Lehr-, Prüfungs- oder administrativen Aufgaben kann eine mittelbare

1931. Bundesgesetz über die Forschung an embryonalen Stammzellen vom 19.12.2003, BBl 2003 1163.
1932 Bundesgesetz über die Forschung am Menschen vom 30.902009, BBl 2009 8045.
1933 Gärditz, Art. 5 Abs. 3 GG N. 186.
1934 Bundesgesetz über Arzneimittel und Medizinprodukte vom 15.12.2000, BBl 1999 3453.
1935 Tierschutzgesetz vom 16.12.2005, BBl 2003 657.
1936 Hertig, Art. 20 BV N. 23; Thurnherr, S. 48 f.
1937 EGMR, Mustafa Erdoğan and Others v. Turkey, Nr. 346/04 und 39779/04, 27.8.2014.
1938 EGMR, Cox v. Turkey, Nr. 2933/03, 20.5.2010.
1939 LERU Advice Paper No. 31, N. 56 ff.
1940 Siehe dazu Magni.
1941. Dazu Thurnherr, S. 49 ff.
1942 Dazu oben N. 28 ff.

Beeinträchtigung der Wissenschaftsfreiheit sein;[1944] dasselbe gilt für Evaluationen der individuellen Forschungsleistung.[1945] Diese können Forschende dazu veranlassen, bestimmte Forschungsthemen – etwa solche, die erfolgsversprechender sind – vorzuziehen und damit einen «chilling effect» entfalten.[1946] Dasselbe gilt für den wachsenden Druck zur Drittmitteleinwerbung.[1947]

2. Rechtfertigung

Sämtliche Eingriffe in Art. 20 BV unterliegen den **allgemeinen Voraussetzungen** von Art. 36 BV.[1948] Anders ist die Rechtslage in Deutschland, wo die Wissenschaftsfreiheit als sog. vorbehaltloses Grundrecht unter keinem Vorbehalt steht.[1949] Das heisst nicht, dass sie schrankenlos gewährt wäre; vielmehr bestimmen sich die Schranken verfassungsimmanent, ergeben sich also aus dem Schutz anderer verfassungsrechtlich garantierter Rechtsgüter.[1950] Gleichwohl bedeutet dies ein höheres Schutzniveau im Vergleich zu nicht vorbehaltlos garantierten Grundrechten.[1951] 39

So wichtig Wissenschaft für die heutige Gesellschaft ist, so sehr hat die historische Erfahrung auch das Missbrauchspotenzial sowie besondere Gefahren und **Risiken** deutlich gemacht, die von ihr ausgehen können, wofür paradigmatisch die Erfindung der Atombombe steht. Forschung mit Viren kann beispielsweise wichtige neue Erkenntnisse für die Bekämpfung von Krankheiten liefern, andererseits aber auch zur Produktion biologischer Waffen dienen («Dual-Use-Dilemma»).[1952] In jüngerer Zeit wird diese 40

1943 Problematisch sind vor diesem Hintergrund Leitlinien der Universität Bern zu Information und Meinungsäusserungen vom 23.2.2021, abrufbar unter https://www.unibe.ch/unibe/portal/content/e152701/e322683/e325053/e1052021/ul_leitlinien_information_meinungsaeusserungen_ger.pdf. Dazu ausführlich Ammann.

1944 Britz, Art. 5 Abs. 3 GG N. 37.

1945 Boillet, Art. 20 BV N. 24; Hertig, Art. 20 BV N. 24 zu.

1946 Hertig, Art. 20 BV N. 24; für Deutschland siehe Britz, Art. 5 Abs. 3 GG N. 37. Siehe dazu jüngst Peat/Rose.

1947 Geis, S. 397.

1948 Biaggini, Art. 20 BV N. 12; Hertig, Art. 20 BV N. 25; Boillet, Art. 20 BV N. 24; Schweizer, Art. 20 BV N. 32.

1949 Statt vieler Gärditz, Art. 5 Abs. 3 GG N. 150.

1950 BVerfGE 126, 1 (24); 141, 143 (169).

1951 Gärditz, Art. 5 Abs. 3 GG N. 151.

1952 Thurnherr, S. 22 ff.; zum «Dual-Use-Dilemma» generell Atlas/Dando.

Problematik insbesondere im Zusammenhang mit Künstlicher Intelligenz diskutiert.[1953] Diese Ambivalenz widerspiegelt sich in verschiedenen Verfassungsbestimmungen, welche die Wissenschaftsfreiheit verankern und gleichzeitig eingrenzen. So statuiert Art. 21 Abs. 2 der Berner Kantonsverfassung: «Die in Wissenschaft, Forschung und Lehre tätigen Personen nehmen ihre Verantwortung gegenüber der Integrität des Lebens von Menschen, Tieren, Pflanzen und deren Lebensgrundlagen wahr.»[1954] Ähnliches gilt für «Zivilklauseln», wonach Forschung und Lehre nur friedlichen Zwecken dienen dürfen,[1955] aber auch für Verfassungsklauseln, wonach die Wissenschaftsfreiheit nicht von der Treue zur Verfassung entbinde.[1956]

41 Art. 20 BV enthält keine solche Einschränkung. Dennoch ist wissenschaftliche Forschung in der Schweiz in ein **dichtes Regelgeflecht** eingebunden, welches der Freiheit Grenzen setzt. Dies gilt für die Forschung am Menschen (Art. 118b BV), Fortpflanzungsmedizin und Gentechnologie im Humanbereich (Art. 119 BV) sowie Gentechnologie im Ausserhumanbereich (Art. 120 BV). Verschiedene Gesetze konkretisieren diese Verfassungsvorgaben, so insbesondere das StFG,[1957] das HFG[1958] oder das HMG.[1959] Relevant ist auch das TSchG[1960] sowie Regelungen zum Datenschutz (Art. 13 Abs. 2 BV sowie kantonale und Bundesgesetze).

42 **Rechtfertigungsgrund** i.S.v. Art. 36 Abs. 2 BV ist zunächst der Schutz von Grundrechten Dritter. Dazu zählen insbesondere die Menschenwürde (Art. 7 BV), die persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) und die informationelle Selbstbestimmung (Art. 13 Abs. 2 BV). Andere elementare Verfassungsziele wie die Würde der Kreatur (Art. 120 Abs. 2 BV), der Umweltschutz (Art. 74 BV) und der Schutz der öffentlichen Gesundheit (Art. 118 BV) sind ebenfalls legitime Eingriffsinteressen.[1961] Auch Massnahmen zum Schutz eines funktionierenden

1953 Siehe etwa Urbina et al. 2022.
1954 Verfassung des Kantons Bern vom 6.6.1993, BSG 101.1.
1955 Zur Lage in Deutschland Gärditz, Art. 5 Abs. 3 GG N. 187 f.
1956 Für einen Überblick siehe LERU Advice Paper No. 31, N. 12; zur sog. Treueklausel nach Art. 5 Abs. 3 GG siehe statt vieler Löwer, N. 65.
1957 Siehe oben Fn. 205.
1958 Siehe oben Fn. 206.
1959 Siehe oben Fn. 208.
1960 Siehe oben Fn. 209.
1961 Statt vieler Müller/Schefer, S. 547.

Wissenschaftssystems wie der Qualitätssicherung von Forschung und Lehre können im Rahmen der Verhältnismässigkeit ein der Rechtfertigung dienendes öffentliches Interesse darstellen.[1962] Bezüglich der Güterabwägung hat das Bundesgericht im Zusammenhang mit dem Tierschutz (Art. 80 BV) betont, die Forschungsfreiheit geniesse gegenüber anderen verfassungsrechtlich geschützten Werten keinen generellen Vorrang; vielmehr seien die in Rede stehenden Interessen gleichrangig und im Einzelfall gegeneinander abzuwägen. Dabei spielt der zu erwartende Erkenntnisgewinn eine Rolle.[1963] Ein absolutes Forschungsverbot an Keimzellen aus Gründen der Menschenwürde hielt das Bundesgericht für verfassungswidrig,[1964] ein Verbot der Forschung an lebenden Embryonen oder Föten demgegenüber für verfassungsmässig.[1965]

Nicht geäussert hat sich das Bundesgericht bislang zum **Kerngehalt** der Wissenschaftsfreiheit i.S.v. Art. 36 Abs. 4 BV. Die herrschende Lehrmeinung scheint zu sein, dass das in Art. 17 Abs. 2 BV statuierte Verbot systematischer inhaltlicher Vorzensur auf alle Kommunikationsgrundrechte und damit auch die Verbreitung von Forschungsergebnissen als kommunikativen Gehalt der Wissenschaftsfreiheit Anwendung findet.[1966] Eine Mindermeinung vertritt den Standpunkt, dass es widersprüchlich wäre, im Bereich von Forschung mit doppeltem Verwendungszweck («Dual-use»)[1967] Forschungsverbote nicht als Verletzung des Kernbereichs zu qualifizieren, obwohl es sich um schwere Grundrechtseingriffe handelt, Publikationsverbote hingegen schon.[1968] Thurnherr verweist darauf, dass ein Teil der Lehre Formen der systematischen vorgängigen Inhaltskontrolle, wie etwa bei der Vorkontrolle von Arzneimittelwerbung, nicht als Eingriff in den Kernbereich klassifiziert.[1969] Klar ist, dass es sich bei Präventivkontrollen um schwerwiegende Eingriffe in Kommunikationsgrundrechte handelt, die im Rahmen der Rechtfertigung zu hohen Anforderungen bezüglich der Normstufe und -dichte führen.[1970] 43

1962 Gärditz, Art. 5 Abs. 3 GG N. 154 ff.
1963 BGE 135 II 384, E. 4.3.
1964 BGE 115 Ia 234, E. 10b.
1965 BGE 119 Ia 460 E. 12.e.
1966 Müller/Schefer, S. 351 f.; Kiener/Kälin/Wyttenbach, N. 16 zu § 24; Hertig, N. 29 zu Art. 20 BV; Schweizer, Art. 20 BV N. 44; zum Zensurverbot als „Schranken-Schranke“ in Deutschland statt vieler Gärditz, Art. 5 Abs. 3 GG N. 153.
1967 Siehe dazu oben N. 40.
1968 Thurnherr, S. 72 f.; Boillet, Art. 20 BV N. 27.
1969 Thurnherr, S. 70 f.

E. Aktuelle Herausforderungen und Diskussionen

1. Wiederaufflammen traditioneller Gefährdungen

44 International gilt die Wissenschaftsfreiheit heute verstärkt als **gefährdet**.[1971] In Zeiten, in denen in Europa Rechtsstaatlichkeit wieder stärker unter Druck gerät, nehmen Repressalien gegen Forschende zu. In Ungarn hat beispielsweise die Schliessung der «Central European University» 2019 für Aufruhr gesorgt;[1972] in der Türkei die Massenentlassungen an Universitäten im Zuge des gescheiterten *Coup d'Etat* im Jahr 2016.[1973] Auch technische Möglichkeiten und digitale Tools können zu neuartigen Gefährdungslagen führen. So wird in den letzten Jahren verstärkt vor dem Missbrauchspotenzial des systematischen Erhebens und Sammelns von Metadaten beim Benutzen digitaler Infrastruktur und damit einhergehenden Überwachungsmöglichkeiten in der Wissenschaft gewarnt.[1974] Aber Gefährdungen für die Wissenschaftsfreiheit beschränken sich nicht auf illiberale Staaten und neue Technologien. Der *Academic Freedom Index* kommt zum Schluss, dass die Wissenschaftsfreiheit seit 2006 global zurückgegangen ist.[1975] In der Schweiz ist der Wert in den letzten zehn Jahren stabil geblieben: 2023 erreichte sie auf einer Skala von 0 bis 1 einen Wert von 0,85.[1976]

2. Neuartige Gefährdungen

a. «Cancel Culture»

45 In westlichen Demokratien und auch der Schweiz werden in den letzten Jahren mögliche neuartige Gefährdungen diskutiert. Dazu zählt zunächst die vielfach geäusserte Sorge, dass sich der Raum für wissenschaftliche Diskussion aufgrund überzogener *political correctness* zunehmend verenge und es zu einer **Moralisierung und Politisierung** der Wissenschaft

1970. Müller/Schefer, S. 354 f.
1971. Leru Advice Paper No. 31, N. 2.
1972. Für Ungarn siehe etwa EuGH (6.10.2020), C-66/18.
1973. Siehe etwa die Drittintervention in der Sache *Kamuran AKIN v. Turkey and 42 other applications*, Beschwerde-Nrn. 72796/16, 72798/16, 72799/16 et al. vom 21.12.2021.
1974. AWBI Informationspapier, S. 5.
1975. Kinzelbach/Lindberg/Lott, S. 2.
1976. Ibid., S. 10.

insbesondere durch «woke» («wachsame») linke Kreise komme.[1977] Von einer aus den USA importierten Diktatur der politischen Korrektheit, Tyrannei der Minderheit oder gar einem aufgeklärten Totalitarismus ist dabei oft die Rede.[1978] Dies führe zu einer «Cancel Culture» oder «Diskurskontrolle» an der Universität, womit das «Mundtotmachen von Vertreter:innen gesellschaftlich unliebsamer wissenschaftlicher Sichtweisen» gemeint ist.[1979]. Als Beispiele genannt werden – oft sehr medienwirksam – Fälle, in denen Professor:innen wegen getätigter Äusserungen auf sozialen Netzwerken «angeprangert» werden oder Studierende gegen das Abhalten von bestimmten Veranstaltungen an Universitäten protestieren bzw. diese gar verhindern, um den Referent:innen keine Plattform zu bieten («no platforming»).[1980] Auch studentische Forderungen nach «safe spaces» oder «trigger warnings» werden als Beispiele überzogener *political correctness* oder *wokeness* und als Bedrohung der Wissenschaftsfreiheit, vorliegend insbesondere in Form der Lehrfreiheit,[1981] genannt.[1982] Studien legen allerdings nahe, dass einzelne Fälle von den Medien oft stark überzeichnet werden und die Rede von der «Cancel Culture» oft von konservativen oder teils gar illiberalen Kräften zu einer Verkehrung der Verhältnisse instrumentalisiert wird.[1983] Mit anderen Worten wird der Vorwurf des «cancelns» oft eingesetzt, um bestehende Privilegien vor berechtigter Kritik abzuschirmen und zu verteidigen.[1984] Ein Beispiel ist, studentische Kritik an Klausuren oder Lehrmaterialien, welche stereotype Gesellschaftsverhältnisse reproduzieren[1985] – etwa Frauen als Hausfrauen darstellen oder Menschen mit Migrationshintergrund als Kriminelle – schlicht als Empfindlichkeiten der Generation «snowflake» abzutun.[1986] Während sich

1977. Siehe z.B. Susanne Schröter, Der neue Kulturkampf. Wie eine woke Linke Wissenschaft, Kultur und Gesellschaft bedroht, Freiburg im Breisgau 2024; Ulrike Ackermann, Die neue Schweigespirale. Wie die Politisierung der Wissenschaft unsere Freiheit einschränkt, Darmstadt 2022.

1978. Siehe mit zahlreichen Beispielen Daub, S. 7 ff.

1979. Ash, S. 7.

1980 Magni, S. 232.

1981. Seckelmann 2020, S. 283 ff.; Ragone, S. 219.

1982 Zu den Begriffen ausführlich Seckelmann 2020, S. 378 ff.; Magni, S. 233 f.

1983 Siehe dazu Daub, 302 ff.

1984 Schubert.

1985 Siehe jüngst die Studie des Vereins F.Ius, Der Richter und die Sekretärin. Geschlechterstereotypen in den Prüfungen der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich, einsehbar unter https://www.fius.uzh.ch/de/Publikationen-und-Projekte/Inklusive-Lehre.html.

der Kampf gegen Cancel Culture als «Speerspitze eines wehrhaften Liberalismus» darstelle, sei er in Wahrheit «Teil des Backlash, der die liberale Demokratie überhaupt erst bedroht.»[1987]

46 Aus **grundrechtlicher Perspektive** lässt sich sagen, dass die Wissenschaftsfreiheit wohl weder einen Anspruch auf universitäre Schutzräume und Sprachregelungen vermittelt,[1988] noch studentische Forderungen nach solchen die Lehrfreiheit von Hochschulangehörigen verletzen.[1989] Demgegenüber dürfte sich ein Anspruch auf Schutz vor gewaltsamer Störung wissenschaftlicher Veranstaltungen aus dem Grundrecht ergeben.[1990] Ein solcher dürfte auch bestehen, wenn sich Wissenschaftler:innen wegen wissenschaftlicher Aussagen Angriffen etwa auf *Social Media* ausgesetzt sehen; in solchen Fällen dürfte Art. 20 in seiner Schutzpflichtdimension gebieten, dass sich die Universität schützend vor ihre Forschende stellt, etwa durch eine öffentliche Stellungnahme. Insgesamt scheinen gerade vor dem Hintergrund der zentralen epistemischen und demokratischen Funktion der Wissenschaftsfreiheit in einer offenen Gesellschaft Konfrontationen auch mit von der eigenen Position abweichenden und vielleicht gar unangenehmen Inhalten wichtig.[1991] Sowohl Studierende als auch das Lehrpersonal haben dies auszuhalten. «Cancel Culture» scheint damit insbesondere insofern eine Bedrohung für die Wissenschaftsfreiheit zu sein, als dass sie eine anti-intellektuelle Stimmung anheizt und die freie Forschung als Institution damit längerfristig gefährdet.

47 Als klassische Eingriffe in die Wissenschaftsfreiheit zu qualifizieren sein dürften *staatliche* **Massnahmen zur Regulierung des akademischen Diskurses**, wie sie gerade auch in westeuropäischen Staaten in jüngerer Zeit verstärkt vorzukommen scheinen.[1992] Einen rechtfertigungsbedürftigen Eingriff in die Wissenschaftsfreiheit kann es demnach darstellen, wenn die Hochschulleitung verbindliche Sprachregelungen einführt,[1993] den Gebrauch von *Social Media* durch Professor:innen regelt,[1994] wegen drohender Proteste

1986 So auch Seckelmann 2020, S. 379.
1987 Daub, S. 341.
1988 Siehe auch, wenngleich etwas polemisch, Froese, S. 484 ff.
1989 Vgl. auch Seckelmann 2020, S. 385.
1990 Hertig, Art. 20 BV N. 22 und oben N. 10.
1991 Gärditz, Art. 5 Abs. 3 GG N. 168. Siehe dazu oben II.B.
1992 Siehe für einen kurzen Überblick Schubert.
1993 Gärditz, Art. 5 Abs. 3 GG N. 169 und oben N. 38.

bereits eingeladene Gastreferent:innen wieder auslädt[1995] oder gar Mitglieder des Lehrpersonals wegen getätigter Äusserungen, etwa im Hörsaal, entlässt.[1996] Bei der Beurteilung, ob ein Eingriff in die Wissenschaftsfreiheit vorliegt, können sich schwierige Abgrenzungsfragen zur Meinungsfreiheit und zwischen «objektiven Fakten» und subjektiven Meinungsäusserungen ergeben, die aber unumgänglich sind, wenn man einen eigenständigen Schutzbereich für die Wissenschaftsfreiheit aufrechterhalten will.[1997] Man muss zwar keine radikal sozial-konstruktivistische Position vertreten, um anzuerkennen, dass auch Wissenschaft nie komplett unpolitisch und neutral ist und gleichsam «ausserhalb der Gesellschaft»[1998] steht.[1999] Dennoch gibt es aus verfassungsrechtlicher Perspektive Grenzen dessen, was noch als Wissenschaft gelten kann. Zuspitzungen und gar leicht tendenziöse Vermittlung von Inhalten im Hörsaal oder auch auf sozialen Netzwerken dürften von der Wissenschaftsfreiheit umfasst sein; Hassrede, rassistische Äusserungen und Polemik dürften demgegenüber gar nicht erst die Mindestanforderungen an Rationalität erfüllen, um in dem Schutzbereich von Art. 20 zu fallen.[2000] Ein kaum zu rechtfertigender Eingriff dürfte es demgegenüber sein, wenn ganzen Forschungsbereichen wie den *Gender Studies* oder postkolonialen und kritischen Theorien von der Politik der Geldhahn zugedreht wird,[2001] weil es sich dabei um «Pseudowissenschaften» und «woken» Aktivismus hinter dem Schleier von Wissenschaft handle.[2002] So muss gerade innerwissenschaftlich entschieden werden, was als Wissenschaft gilt und was nicht; Art. 20 BV verbietet es dem Staat, diese Diskussionen politisch zu entscheiden.[2003]

1994 Siehe oben N. 38.

1995 Gärditz, Art. 5 Abs. 3 GG N. 148; SECKELMANN 2020, S. 386.

1996 Beispiele aus den USA bei Daub, S. 45 f.

1997 Siehe aber Amann, 217.

1998 Weingart 2003, S. 58.

1999 Im Zweifelsfall ist es deshalb vorzugswürdig, von einem weiten Wissenschaftsbegriff auszugehen und die Beurteilung darüber, ob etwas wissenschaftlichen Standards standhält, im Einzelfall der Wissenschaftsgemeinschaft selbst zu überlassen. Siehe dazu oben unter III.A.

2000 Vgl. Gärditz, Art. 5 Abs. 3 GG N. 190.

2001 Dazu Schubert.

2002 Vgl. Gärditz, Art. 5 Abs. 3 GG N. 148 bzgl. Entzugs bereits zugesagter Leistungen als Grundrechtseingriff.

2003 Vgl. Gärditz, Art. 5 Abs. 3 GG N. 64 und oben unter III.A.

b. «Politisierung» und «Ökonomisierung» der Wissenschaft

48 Weniger mediale Aufmerksamkeit erhalten **subtilere Freiheitsgefährdungen in Zeiten der «Ökonomisierung» und «Politisierung»** der Wissenschaft, obwohl sich Umfragen zufolge beispielsweise weitaus mehr Forschende vom Zwang zu schnellem Publizieren eingeschränkt fühlen als von «Political Correctness».[2004] Unter dem Schlagwort der «Ökonomisierung» wird die allgemeine Annäherung von Wissenschaft und Wirtschaft und dabei auch eine stärkere Ausrichtung von Forschung an wirtschaftlichem Nutzen verstanden;[2005] «Politisierung» bezeichnet die enger werdende Koppelung zwischen Wissenschaft und Politik bzw. Wissen und Macht.[2006] Beide Phänomene hängen eng mit der Bedeutungszunahme der Wissenschaft und damit der «Wertesteigerung der Währung 'Wissen'»[2007] in der heutigen Gesellschaft zusammen.[2008] Sowohl in der Wirtschaft als auch der Politik besteht aus je unterschiedlichen Gründen eine grosse Nachfrage nach der Ressource Wissen; die Wissenschaft wiederum hängt mit ihrem Finanzierungsbedarf von den beiden Systemen ab.[2009]

49 Paradoxerweise führt damit genau diese wichtige Stellung der Wissenschaft zu **neuen Vulnerabilitäten und Möglichkeiten der Beeinflussung**. Der Einfluss wirtschaftlicher Akteure schwächt die Uneigennützigkeit der Forschung und birgt gar die Gefahr der Manipulation von Forschungsprozessen aus Profitgründen.[2010] Dies schadet der Integrität und Glaubwürdigkeit der Wissenschaft,[2011] die sich in Zeiten des Populismus ohnehin verstärktem Druck ausgesetzt sieht. In der Schweiz wurde bislang

---

2004 68% der Befragten gehen davon aus, dass Forschung und Lehre unter dem Zwang zum schnellen Publizieren leide; lediglich 13% gehen davon aus, dass aufgrund von «Political Correctness» bestimmten Fragen nicht mehr nachgegangen werden kann. Siehe dazu Institut für Demoskopie Allensbach.

2005 Weingart, S. 171 ff. Für die Schweiz siehe dazu mit empirischen Daten Gfs 2023; zur Lage in Deutschland Hüther/Schimank 2023. Siehe dazu aus grundrechtlicher Perspektive bereits Biaggini, Art. 20 BV N. 4; Hertig, Art. 20 BV N. 4.

2006 Weingart, S. 127 ff.

2007 Hirschi, S. 162.

2008 So schon Weingart, S. 31, wonach gerade «[d]er stupende Erfolg der Wissenschaft [...] zu ihrer Verallgemeinerung und Trivialisierung [.]» führe.

2009 Weingart, S. 11 ff.; S. 29.

2010 Dazu mit Beispielen Wiholt, S. 328 ff.

2011 Müller 2024.

insbesondere das private «Sponsoring» aus grundrechtlicher Perspektive kritisch analysiert.[2012] Der verstärkte Rückgriff auf wissenschaftliches Wissen in der Politik wiederum führt dazu, dass Expert:innen zunehmend in politische Konflikte hineingezogen werden und, verstärkt durch die «Medialisierung der Expertenrolle»[2013], ins Kreuzfeuer der öffentlichen Kritik geraten können.[2014] *Hirschi* beschreibt, dass die Krisen der jüngsten Zeit, von Euro- bis Corona- und Klimakrise, diese Prozesse verstärkt haben und zur Polarisierung der demokratischen Diskussion beitragen.[2015] Auch der wissenschaftspolitische Ruf nach mehr Effizienz der Wissenschaft und dem Ablegen von Rechenschaft gegenüber der Öffentlichkeit, der eng verbunden ist mit den beschriebenen Tendenzen und einhergeht mit dem Einsatz von wirtschaftlichen Steuerungsmechanismen («New Public Management») im Hochschulbereich,[2016] hat Rückwirkungen auf wissenschaftliche Abläufe – und oft unbeabsichtigte Nebenfolgen. Zu den eingesetzten Instrumenten gehört etwa die Messung des «Impacts» von Forschung anhand bibliomantischer Daten im Rahmen von Evaluationen[2017] oder die «Projektifizierung»[2018] der Forschungsfinanzierung, womit die Vergabe von Forschungsmitteln im Wettbewerb gemeint ist. Wenngleich nicht gleich ausgeprägt wie in anderen Staaten, so hat sich auch in der Schweiz die staatliche Forschungsförderung in den letzten Jahren stärker in Richtung von leistungs- und wettbewerbsorientierten Grundsätzen entwickelt.[2019] Durch die projektbasierte Vergabe von Mitteln entstehen Anreize, sich an «Modethemen» auszurichten, mit denen sich Drittmittel einwerben lassen;[2020] die zahlenmässige Vermessung von Forschung befeuert die Dynamik des «publish or perish» und veranlasst Forschende dazu, ihre Ergebnisse in möglichst viele Publikationen aufzusplitten («salami slicing»).[2021]

2012 Dazu Müller 2014; für weitere Beispiele aus jüngerer Zeit siehe Müller 2024.

2013 Hirschi, S. 162.

2014 Weingart, S. 159.

2015 Hirschi, S. 163.

2016 Mager, S. 277 ff; Geis, S. 370 ff.; Bumke, S. 416 ff.; zu Chancen und Risiken für die Schweiz grundlegend Schweizerischer Wissenschafts- und Technologierat 2013.

2017 Dazu Grundlegend Gingras.

2018 Baur/Besio/Norkus.

2019 Vgl. Art. 3 lit.g sowie Art. 41 Abs. 4 und Art. 51 Abs. 3 des Hochschulförderungs- und koordinationsgesetzes HFKG vom 30.9.2011, AS 2014 4103 sowie die Botschaft zum HFKG vom 29.5.2009, BBl 2009 4561, S. 4616; 4620 f. Dazu auch Biaggini, N. 9b zu Art. 63a BV. Vgl. auch Errass, S. 197 ff. Zum Problem des privaten Forschungssponsorings siehe Müller.

2020 Bumke, S. 422; ausführlich König, S. 220 ff. Siehe aus soziologischer Sicht Schimank/Hüther.

50 Zwar können diese Steuerungsversuche im Einzelfall einen «chilling effect» entfalten; oft bleiben sie allerdings **unterhalb der Eingriffsschwelle** eigentlicher Grundrechtsverletzungen. Statt als direkte Gefahr für individuelle Grundrechte betreffen sie die Autonomie der Wissenschaft als solche und damit die Rahmenbedingungen freier Forschung. Diese subtilen Gefährdungen sind anhand der dominierenden abwehrrechtlichen Konzeption der Wissenschaftsfreiheit schwer zu fassen und lenken den Blick stärker auf den Schutz der Institution freier Wissenschaft als Grundlage individueller Freiheitsbetätigung.

Zur Autorin

Dr. iur. Raffaela Kunz ist SNSF Swiss Postdoctoral Fellow und Lehrbeauftragte an der Universität Zürich. Zuvor war sie unter anderem Fellow am Collegium Helveticum in Zürich und wissenschaftliche Referentin am Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht. In ihrer Habilitation untersucht sie Chancen und Herausforderungen für die Wissenschaftsfreiheit im digitalen Zeitalter. Sie ist Vorstandsmitglied des Onlinekommentars und Mitglied des Kompetenzzentrums Menschenrechte der Universität Zürich sowie der Jungen Akademie Schweiz.

WEITERE EMPFOHLENE LEKTÜRE

Ammann Odile, Zur unscharfen Grenze zwischen Wissenschaftsfreiheit und Meinungsäusserungsfreiheit. Eine verfassungsrechtliche Analyse universitärer Social-Media-Leitlinien, Recht und Zugang 3 (2021), S. 194-229.

Amschwand Fabian, Qualitätssicherung im schweizerischen Hochschulwesen: verfassungsrechtlicher Rahmen und Leitlinien für die Umsetzung an den Hochschulen, Bern 2014.

Besson Samantha, Science without Borders and the Boundaries of Human Rights : Who Owes the Human Right to Science?/Une science sans frontière face aux frontières des droits de l'homme – Qui est débiteur du droit de l'homme à la science?, Journal européen des droits de l'homme 4 (2015), 462-485.

2021Nyygard/Bellanova, S. 24.

Besson Samantha/Achermann Katja, International Cooperation under the human right to science: What and Whose Duties and Responsibilities?, Frontiers in Sociology 2023, doi: 10.3389/fsoc.2023.1273984.

Dähne Harald, Forschung zwischen Wissenschaftsfreiheit und Wirtschaftsfreiheit. Dargestellt anhand der Forschung und Verwertung ihrer Erkenntnisse in der Bio- und Gentechnik, Berlin 2007.

Gärditz Klaus-Ferdinand, Universitäre Industriekooperation, Informationszugang und Freiheit der Wissenschaft, Tübingen 2019.

Hirschi Caspar, Expertise in der Krise. Zur Totalisierung der Expertenrolle in der Euro-, Klima- und Coronakrise, Leviathan 49 (2021), S. 161-186.

Lackey Jennifer (Hrsg.), Academic Freedom, Oxford 2018.

Kitcher Philipp, Science, Truth, and Democracy, Oxford 2001.

König Beat, Grundlagen der staatlichen Forschungsförderung, Zürich/Basel/Genf 2007.

Özmen Elif (Hrsg.), Wissenschaftsfreiheit im Konflikt. Grundlagen, Herausforderungen und Grenzen, Berlin 2021.

Seckelmann Margrit/Violini Lorenza/Fraenkel-Haeberle Cristina/ Ragone Giada, Academic Freedom under Pressure? A Comparative Perspective, Berlin 2021.

Schwander Verena, Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit im Spannungsfeld gesellschaftlicher Entwicklungen, Bern 2002.

Voigt Friedmann (Hrsg.), Freiheit der Wissenschaft, Beiträge zu ihrer Bedeutung, Normativität und Funktion, Berlin 2012

Wilholt Torsten, Die Freiheit der Forschung. Begründungen und Begrenzungen, Frankfurt/M. 2013.

LITERATURVERZEICHNIS

Ammann Odile, Rechtswissenschaft und Politik: Fliessende Grenzen?, in: Mertens Christian/Köhler Thomas, Jahrbuch für politische Beratung 2019/2020, Wien 2020, S. 139-157.

Ammann Odile, Zur unscharfen Grenze zwischen Wissenschaftsfreiheit und Meinungsäusserungsfreiheit. Eine verfassungsrechtliche Analyse universitärer Social-Media-Leitlinien, Recht und Zugang 3 (2021), S. 194-229.

Ash Mitchell G., Diskurskontrolle an Deutschen Universitäten – Bedrohung der Wissenschaftsfreiheit?, Berlin 2022.

Atlas Ronald M./Dando Malcolm, The Dual-Use Dilemma for the Life Sciences, in: Biosecurity and Bioterrorism: Biodefense Strategy, Practice, and Science 4 (2006), S. 276 ff.

Augsberg Ino, Subjektive und objektive Dimensionen der Wissenschaftsfreiheit, in: Friedmann Voigt (Hrsg.), Freiheit der Wissenschaft. Beiträge zu ihrer Bedeutung, Normativität und Funktion, Berlin 2012, S. 65–89.

Augsberg Ino, Wissenschaftsverfassungsrecht, in : Vesting Thomas/Korioth Stefan (Hrsg.), Der Eigenwert des Vefassungsrechts. Was bleibt von der Verfassung nach der Globalisierung?, Berlin 2011, 187-206.

Ausschusses für Wissenschaftliche Bibliotheken und Informationssysteme der Deutschen Forschungsgemeinschaft (AWBI), Datentracking in der Wissenschaft: Aggregation und Verwendung bzw. Verkauf von Nutzungsdaten durch Wissenschaftsverlage, Informationspapier vom 28.10.2021 (Zit. AWBI Informationspapier).

Bäuerle Michael, Open Access zu hochschulischen Forschungsergebnissen?, in: Britz Gabriele (Hrsg.), Forschung in Freiheit und Risiko, Tübingen 2012, S. 1-16.

Baur Nina/Besio Cristina/Norkus, Maria, Organisationale Innovation am Beispiel der Projektifizierung der Wissenschaft, in: Rammert, Werner/Windeler, Arnold, Knoblauch, Hubert/Hutter, Michael (Hrsg.), Innovationsgesellschaft heute, Wiesbaden 2016.

Becker, Carl Heinrich, Vom Wesen der deutschen Universität, Leipzig 1925.

Besson, Samantha, L'effectivité des droits de l'homme. Du devoir être, du pouvoir être et de l'être en matière de droits de l'homme, in : Zufferey, Jean-Baptiste/Dubey Jacques/Previtali Adriano (Hrsg.), Mélanges en l'honneur de Marco Borghi, Fribourg 2011, 53-84.

Bethge Herbert, Mittelbare Grundrechtsbeeinträchtigungen, in: Merten Detlef/Papier Hans-Jürgen, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band III, Heidelberg 2009.

Biaggini Giovanni, in: Biaggini Giovanni (Hrsg.), BV Kommentar, Art. 20 BV, 2. Aufl., Zürich 2017.

Boillet Véronique, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques, Constitution fédérale, Art. 20, Basel 2021.

Breining-Kaufmann Christine, Akademische Freiheit in Zeiten der Globalisierung – Liberalisierung und Studienreform als neue Herausforderung für die Wissenschaftsfreiheit, ZSR 123 I (2004), 307-341.

Britz Gabriele, in: Dreier Horst (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Art. 5 Abs. 3 GG, 3. Aufl. Tübingen 2013.

Champeil-Desplats Véronique, Méthodologies du droit et des sciences du droit, 3. Aufl. Paris 2022.

Daub Adrian, Cancel Culture Transfer. Wie eine moralische Panik die Welt erfasst, Berlin 2022.

Ehrenzeller Bernhard, Bildungsverfassung, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin, Verfassungsrecht der Schweiz/Droit constitutionnel suisse, Zürich/Basel/Genf 2020.

Eisentraut, Nikolas, Die Digitalisierung von Forschung und Lehre – auf dem Weg in eine «öffentliche» Rechtswissenschaft?, Ordnung der Wissenschaft 3 (2020), 177-190.

Epiney Astrid, Wissenschaftsfreiheit, Hochschulautonomie und staatliche Förderung: zur Rolle des Staats in der Wissenschaftsförderung, in: Kreis Georg (Hrsg.), Wie viel Staat braucht die Schweiz?, Basel 2019.

Errass Christoph, Rechtliche Probleme staatlicher Forschungsförderung, in: Boillet Véronique/Favre Anne-Christine/Martenet Vincent, Le droit public en mouvement. Mélanges en l'honneur du Professeur Etienne Poltier, Genf/Zürich/Basel 2020.

Feyerabend Paul, Against Method, London 1975.

Froese Judith, Der Universitätscampus als «Safe Space»: Verlangt die Rechtsordnung die Gewährleistung einer Wohlfühlatmosphäre?, JZ 2018, S. 480.

Gärditz Klaus-Ferdinand, in: Dürig Günter/Herzog Roman/Scholz Rupert (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Art. 5 Abs. 3 GG, 101. Lieferung, München 2023.

Gingras Yves, Bibliometrics and Research Evaluation: Uses and Abuses, Cambridge, MA, 2016.

Graf Fabienne Sarah/Haux Dario Henri, Verpflichtung zu Open Access – universitäres Publizieren der Zukunft?, Sui Generis 2017, S. 229, https://doi.org/10.21257/sg.46.

Grimm Dieter, Wissenschaftsfreiheit als Funktionsgrundrecht, in: Grimm, Dieter/Zechlin, Lothar/Möllers, Christoph/Schimank, Uwe, Wissenschaftsfreiheit in Deutschland: drei rechtswissenschaftliche Perspektiven, Berlin-Brandenburgische Akademie der Wissenschaften 2021, S. 17-23 (zit. Grimm 2021).

Grimm Dieter, Wissenschaftsfreiheit vor neuen Grenzen?, Göttingen 2007 (zit. GRIMM 2007).

Hertig Maya, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Art. 20 BV, Basel 2015.

Hirschi Caspar, Expertise in der Krise. Zur Totalisierung der Expertenrolle in der Euro-, Klima- und Coronakrise, Leviathan 49 (2021), S. 161-186.

Institut für Demoskopie Allensbach, Forschungsfreiheit an deutschen Universitäten. Ergebnisse einer Umfrage unter Hochschullehrern, 2020.

Ishmael-Perkins Nick/Raman Sujatha/Metcalfe Jenni/Strudwicke Indigo/Gascoigne Toss/Leach Joan, The Contextualization Deficit: Reframing Trust in Science for Multilateral Policy, The Centre for Science Futures Working Paper, Paris 2023.

Jasanoff Sheila (Hrsg.), States of Knowledge. The Co-Production of Science and Social Order, London/New York 2004.

Jaspers Karl, Die Idee der Universität [1946], in: Fuchs Thomas/Halfwassen Jens/Schulz Reinhard, Karl Jaspers Gesamtausgabe, Basel 2016, S. 103-202.

Jonas Hans, Das Prinzip Verantwortung, Frankfurt/M. 1979.

Kaldewey David/Schauz Désirée, Die Wissenschaft als Gegenstand von Wissenschaft, in: Kaldewey Daivd (Hrsg.), Wissenschaftsforschung, Berlin/Boston 2023.

Kamp Manuel, Forschungsfreiheit und Kommerz. Der Grundrechtliche Schutz mit wirtschaftlicher Zielsetzung betriebener Forschung und ihrer Verwertung, beispielhaft anhand der Arzneimittelzulassung, Berlin 2004.

Kessler Sabrina Heike/Cano Pardo Miriam S./Jobin Anna/Georgi Fanny, How Informed are the Swiss about COVID-19 and Prevention Measures? Results of a Survey on Information Awareness, Behaviour, and Deficits, European Journal of Health Communication 3 (2022), 118-142.

Khoo Shaun Yon-Seng, Article Processing Charge Hyperinflation and Price Insensitivity: An Open Access Sequel to the Serials Crisis, Liber Quarterly 29 (2019), https://doi.org/10.18352/lq.10280.

Kiener Regina/Kälin Walter/Wyttenbach Judith, Grundrechte, 3. Aufl., Bern 2018.

Kinzelbach Katrin/Lindberg Staffan I./Lott Lars, Academic Freedom Index 2024 Update. FAU Erlangen-Nürnberg/V-Dem Institute 2024, DOI: 10.25593/open-fau-405.

Kley Andreas, Die Wissenschaftsfreiheit (Art. 20 BV), in: Mauron Pierre, Schweizerische juristische Kartothek, Genf 2004.

Kley Andreas, Freie Bahn für Open Access, Plädoyer 03/2018, S. 36-38.

König Beat, Grundlagen der staatlichen Forschungsförderung, Zürich/Basel/Genf 2007.

Kourany Janet, The Gender of Science, Englewood Cliffs 2002.

Kuhn Thomas S., Objectivity, Value Judgment, and Theory Choice, in: Kuhn Thomas S., The Essential Tension: Selected Studies in Scientific Tradition and Change, Chicago 1977.

Kunz Raffaela, Tackling Threats to Academic Freedom Beyond the State: The Potential of Societal Constitutionalism in Protecting the Autonomy of Science

in the Digital Era, Indiana Journal of Global Legal Studies 30 (2023), S. 265-291.

Larivière Vincent/Haustein Stefanie/Mongeo Philippe, The Oligopoly of Academic Publishers in the Digital Era, Plos One, 10 (2015), https://doi.org/10.1371/journal.pone.0127502.

Latour Bruno/Woolgar Steven, Laboratory Life. The Social Construction of Scientific Facts, Beverly Hills 1979.

Löwer Wolfgang, in: Merten Detlef/Paper Hans-Jürgen (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa. Band IV: Grundrechte in Deutschland: Einzelgrundrechte I, § 99 Freiheit wissenschaftlicher Lehre und Forschung, Heidelberg 2011.

Magni Francesco, Trigger Warnings and Academic Freedom: A Pedagogic Perspective, in Seckelmann Margrit/Violini Lorenza/Fraenkel-Haeberle Cristina/Ragone Giada, Academic Freedom Under Pressure? A Comparative Perspective, Berlin 2021.

Merton Robert K., The normative structure of science [1942], in: Merton Robert K. (Hrsg.), The Sociology of Science: Theoretical and Empirical Investigations, Chicago 1973, S. 267–278.

Mill John Stuart, On Liberty, Utilitarianism and other Essays [1863], Oxford 2015.

Möllers Christoph, Funktionsgrenzen der Wissenschaftsfreiheit, in: Grimm, Dieter/Zechlin, Lothar/Möllers, Christoph/Schimank, Uwe, Wissenschaftsfreiheit in Deutschland: drei rechtswissenschaftliche Perspektiven, Berlin 2021, 35-42.

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, Akademische Freiheit. Sorgen um ein bedrohtes Gut, in: Kunz, Peter V./Weber, Jonas/Lienhard, Andreas/Fargnoli, Iole/Kren Kostkiewicz, Jolanta (Hrsg.), Berner Gedanken zum Recht, Bern 2014, S. 381-403.

Müller, Markus, Die Glaubwürdigkeit von Wissenschaft in Zeiten der Ökonomisierung, SAGW-Bulletin 1 (2024), S. 27-30.

Münkler Laura, Expertokratie: Zwischen Herrschaft kraft Wissens und politischem Dezisionismus, Tübingen 2020.

Nowotny Helga, The Changing Nature of Public Science, in: Nowotny Helga et al. (Hrsg.), The Public Nature of Science under Assault, Berlin/Heidelberg 2005, S. 1-27.

Nygaard Lynn P./Bellanova Rocco, Lost in Quantification: Scholars and the Politics of Bibliometrics, in: Curry Mary Jane and Lillis Theresa (Hrsg.), Global Academic Publishing, Bristol 2017, S. 23-36.

Peat Daniel/Rose Cecily, The Changing Landscape of International Law Scholarship: Do Funding Bodies Influence What We Research?, Yale Journal of International Law 49 (2024), S. 125-153.

Popper Karl, Die Logik der Forschung [1934], 11. Aufl. Tübingen 2005 (Herbert Keuth Hrsg.).

Ragone Giada, Ethical Codes and Speech Restrictions: New Scenarios and Constitutional Challenges to Freedom of Teaching at University—The Italian Perspective, in: Seckelmann Margrit/Violini Lorenza/Fraenkel-Haeberle Cristina/Ragone Giada, Academic Freedom Under Pressure? A Comparative Perspective (Springer 2021).

Ruffert Matthias, Grund und Grenzen der Wissenschaftsfreiheit, in: Kultur und Wissenschaft: Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Frankfurt am Main vom 5. bis 8. Oktober 2005, Berlin/Boston 2006, S. 146-216.

Schabas William A., Study of the Right to Enjoy the Benefits of Scientific and Technological Progress and its Applications, in: Donders Yvonne/Volodin Vladimir (Hrsg.), Human Rights in Education, Science and Culture. Legal Developments and Challenges, Aldershot 2007.

Schefer Markus/Cueni Raphaela, Die Informationsfreiheit nach Art. 16 Abs. 1 und 3 BV, in: Jusletter 7. Februar 2022.

Schimanik Uwe/Hüthre Otto, Forschungsfinanzierung und Individuelle Wissenschaftsfreiheit: Balance von sicherer Grundfinanzierung und finanzieller Anreizsteuerung, Berlin 2022.

Schwander Verena, Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit im Spannungsfeld gesellschaftlicher Entwicklungen, Bern 2002.

Schwander Verena, Von der akademischen Lehrfreiheit zum Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit, in: Müller Albert/Schwingens Rainer Christoph, Wissenschaftsfreiheit in Vergangenheit und Gegenwart, Basel 2008.

Schweizer Rainer J., in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar, Art. 20 BV, 4. Aufl., Zürich 2023.

Schweizer Rainer J., in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar, Art. 35 BV, 4. Aufl., Zürich 2023.

Schweizerischer Wissenschafts- und Technologierat, «Economization of Science», SSTC Report 4/2013.

Schmidt-Assmann, Eberhard,Wissenschaft – Öffentlichkeit – Recht, in Dreier Horst (Hrsg.), Rechts- und staatstheoretische Schlüsselbegriffe: Legitimität – Repräsentation – Freiheit, Berlin 2005, S. 67-96.

Seckelmann Margrit, Deutungskämpfe auf dem Campus: Der Wunsch nach safe spaces und trigger warnings, Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 4 (2020), S. 372-387 (zit. Seckelmann 2020).

Statunato Stefano, Wissenschaft, Wahrheit und Demokratie. Elemente einer normativen Theorie der Wissenscahftsfreiheit, Diss Zürich 2024.

Strasser Bruno/Baudry Jérôme/Mahr Dana/Sanchez Gabriela/Tancoigne Elise, «Citizen Science»? Rethinking Science and Public Participation, Science & Technology Studies 32 (2019), S. 52-76.

Swissuniversities/Swiss National Science Foundation, Swiss National Open Access Strategy. Revised in 2024, Bern 2024.

Teubner Gunther, Globale Zivilverfassungen: Alternativen zur staatszentrierten Verfassungstheorie, ZaöRV 63 (2003), 1-28.

Thurnherr Daniela, Biosecurity und Publikationsfreiheit. Die Veröffentlichung heikler Forschungsdaten im Spannungsfeld von Freiheit und Sicherheit – eine grundrechtliche Analyse, Bern 2014.

Trute Hans-Heinrich, Die Forschung zwischen grundrechtlicher Freiheit und staatlicher Institutionalisierung. Das Wissenschaftsrecht als Recht kooperativer Verwaltungsvorgänge, Tübingen 1994.

Urbina Fabio/Lentzos Filippa/Invernizzi Cédric/Ekins Sean, Dual use of artificial-intelligence-powered drug discovery. Natature Machine Intelligence 4 (2022), 189–191.

Venzke Ingo, How Interpretation Makes International Law. On Semantic Change and Normative Twists, Oxford 2012.

Vrielink Jogchun/Lemmens Koen/Lemmens Paul/Parmentier Stephen, Challenges to academic freedom as a fundamental right, LERU Advice Paper No. 31, April 2023.

Weingart Peter, Die Stellung der Wissenschaft im demokratischen Staat, in: Martina Franzen et al. (Hrsg.), Autonomie revisited. Beiträge zu einem umstrittenen Grundbegriff in Wissenschaft, Kunst und Politik, Weinheim 2014, S. 305–329.

Weingart Peter, Die Stunde der Wahrheit? Zum Verhältnis der Wissenschaft zu Politik, Wirtschaft und Medien in der Wissensgesellschaft, Weilerswist 2001.

Weingart Peter, Wissenschaftssoziologie, 3. Aufl. Bielefeld 2013.

Weingart Peter/Wormer Holger/Wenninger Andreas/Hüttl Reinhard F. (Hrsg.), Perspektiven der Wissenschaftskommunikation im digitalen Zeitalter, Weilerswist 2017.

Wilholt Torsten, Die Freiheit der Forschung. Begründungen und Begrenzungen, Suhrkamp 2012.

Zwirner Heinrich, Zum Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit, Archiv des öffentlichen Rechts 98 (1973), 313-339.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 22 BV

Eine Kommentierung von Patrice Martin Zumsteg

ZITIERVORSCHLAG

Patrice Martin Zumsteg, Commentary of art. 22 FC, in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (eds.), Online Commentary of the Swiss Federal Constitution

Kurzzitat: OK-Zumsteg, art. 22 FC N XXX.

Art. 22 Versammlungsfreiheit

[1] Die Versammlungsfreiheit ist gewährleistet.

[2] Jede Person hat das Recht, Versammlungen zu organisieren, an Versammlungen teilzunehmen oder Versammlungen fernzubleiben.

GLIEDERUNG

I. Entstehungsgeschichte 433
II. Kontext 434
A. Begriff der Versammlung 434
B. Versammlungsfreiheit als Kommunikationsgrundrecht 435
III. Gewährleistung der Versammlungsfreiheit 435
A. Verankerung 435
B. Grundrechtliche Ansprüche 437
1. Grundrechtsberechtigte 437
2. Sachlicher Schutzbereich im Allgemeinen 437
3. Abwehransprüche gegen den Staat im Besonderen 440
4. Ansprüche auf ein staatliches Tun im Besonderen 441
a. Ort der Versammlung 441
b. Teilnehmende einer Versammlung 444
C. Einschränkbarkeit der Versammlungsfreiheit 445
1. Unmittelbare Einschränkung der Versammlungsfreiheit 446
2. Mittelbare Einschränkung der Versammlungsfreiheit 449
3. Rechtfertigung von Einschränkungen 450
a. Gesetzliche Grundlage 450
b. Rechtfertigendes Interesse 452
c. Verhältnismässigkeit 453
d. Kerngehalt 455
D. Verwirklichung der Versammlungsfreiheit 457
E. Neue Technologien und Versammlungsfreiheit 458
IV. Zukunft der Versammlungsfreiheit 460
Weitere empfohlene Lektüre 462
Literaturverzeichnis 463

I. ENTSTEHUNGSGESCHICHTE

Die Versammlungsfreiheit gehörte nicht zu den wenigen Grundrechtsgarantien, welche explizit in den Bundesverfassungen von 1848 und 1874 verankert waren.[2022] Positiviert war hingegen ab 1848 die Kultusfreiheit für die anerkannten christlichen Konfessionen – und entsprechend der Schutz ihrer Zusammenkünfte.[2023] Ebenso hatte das Bundesgerichtsurteil aus dem Jahr 1889, in welchem das höchste Gericht die Versammlungsfreiheit erstmals als Element der Vereinsfreiheit schützte, einen religiösen Hintergrund.[2024] Erst im Jahr 1970 erfolgte dann die Anerkennung der Versammlungsfreiheit als eigenständiges, **ungeschriebenes Grundrecht** durch die bundesgerichtliche Rechtsprechung.[2025] 1

Versammlungen mit dem Zweck, ein ideelles Anliegen gegenüber der Öffentlichkeit zu äussern,[2026] sind nach der Praxis des höchsten Gerichts nicht durch eine eigenständige Garantie der Demonstrationsfreiheit geschützt.[2027] Der Verzicht darauf, Demonstrationen als besondere Form der Versammlung explizit zu adressieren, spiegelt sich in der Historie der letzten Totalrevision der Bundesverfassung. Der vom Bundesrat noch 1996 beantragte Absatz zur Bewilligungspflicht für Kundgebungen auf öffentlichem Grund fand in den eidgenössischen Räten keine Mehrheit.[2028] Die beiden übrigen Absätze stehen – in der Form des erwähnten Entwurfs – **seit dem Jahr 2000 unverändert als Art. 22 BV** in Kraft. 2

2022 Kiener/Kälin/Wyttenbach, § 22 N. 1; CR-Malinverni, N. 1 zu Art. 22 BV.

2023 Vgl. etwa BGE 12 93 (betreffend die Heilsarmee in Zürich) und BGE 20 274 (betreffend die evangelische Kirche im Tessin); Kiener/Kälin/Wyttenbach, § 29 N. 4.

2024 BGE 15 682 E. 2.

2025 BGE 96 I 219 E. 4.

2026 Zum Begriff der Demonstration vgl. Zick, S. 369; Zumsteg, Demonstrationen, Rz. 36.

2027 BGE 127 I 164 E. 3a; vgl. demgegenüber Art. 19 Abs. 2 Verfassung des Kantons Bern vom 6.6.1993 (KV/BE; SR 131.212); § 11 Abs. 1 lit. m Verfassung des Kantons Basel-Stadt vom 23.3.2005 (KV/BS; SR 131.222.1); Art. 21 Verfassung des Kantons Waadt vom 14.4.2003 (KV/VD; SR 131.231) und Art. 32 Verfassung der Republik und des Kantons Genf vom 14.10.2012 (KV/GE; SR 131.234).

2028 Vgl. Art. 18 Abs. 3 des Verfassungsentwurfs 1996, Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. 11.1996, BBl 1997 I 1, 592.

II. KONTEXT

A. Begriff der Versammlung

3 Eine Versammlung umfasst begriffsnotwendig **mehr als eine Person**.[2029] Das Zusammenkommen dieser zwei oder mehr Personen muss nicht rechtlich organisiert sein.[2030] Ausgeschlossen sind lediglich zufällige Ansammlungen von Einzelpersonen.[2031] Darüber hinaus ist die Anzahl der sich versammelnden Personen nicht relevant.[2032]

4 Zeitlich ist die Versammlung begrenzt, wobei die exakte **Dauer** allerdings unerheblich ist.[2033] Bildlich gesprochen: Sowohl ein Flashmob von wenigen Minuten als auch ein Protestcamp, das sich über mehrere Tage erstreckt, sind als Versammlung zu qualifizieren.[2034] Der grundrechtliche Schutz beginnt mit den Vorbereitungen und endet nach der vollständigen Auflösung der Versammlung.[2035]

5 Ebenso flexibel ist die **räumliche Ausdehnung** – Versammlungen können auf privatem oder öffentlichem Grund erfolgen und statisch oder in Bewegung sein.[2036]

6 In der Sache dient eine Versammlung «einem weit verstandenen gegenseitig meinungsbildenden oder meinungsäussernden Zweck».[2037] Ein solches **ideelles Ziel** kann auch im losen Zusammenkommen in freundschaftlicher oder unterhaltender Absicht bestehen.[2038]

2029 CR-Malinverni, N. 6 zu Art. 22 BV; Schabas, N. 7 zu Art. 21 CCPR.

2030 Hierin liegt ein Unterschied zur Vereinigungsfreiheit i.S.v. Art. 23 BV, vgl. Biaggini, N. 8 zu Art. 23 BV. Zur Vereinigungsfreiheit nach Art. 11 EMRK Arndt/Engels/von Oettingen, N. 1 ff. und 27 ff. zu Art. 11 EMRK.

2031 BSK-Hertig, N. 4 zu Art. 22 BV; Kiener/Kälin/Wyttenbach, § 22 N. 6 und 8.

2032 Biaggini, N. 4 zu Art. 22 BV; BSK-Hertig, N. 3 zu Art. 22 BV.

2033 Biaggini, N. 4 zu Art. 22 BV; die genaue Dauer muss auch nicht im Vornherein feststehen, wie dies bei freundschaftlichem Zusammensein die Regel sein dürfte, vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2009.00055 vom 30.4.2009 E. 5.1.

2034 Gl.M. SGK-Errass, N. 19 zu Art. 22 BV.

2035 Kiener/Kälin/Wyttenbach, § 22 N. 10; CCPR, General Comment 37, CCPR/C/GC/37, Rz. 33.

2036 Kiener/Kälin/Wyttenbach, § 22 N. 10; EGMR *Djavit An gegen die Türkei*, Nr. 20652/92, 20.2.2003, N. 56.

2037 Ständige Rechtsprechung, vgl. etwa BGE 127 I 164 E. 3b oder BGE 137 I 31 E. 6.1.

B. Versammlungsfreiheit als Kommunikationsgrundrecht

Versammlungen können nach dem Gesagten ganz unterschiedlichen Zwecken dienen, wobei die Versammlungsfreiheit als Kommunikationsgrundrecht primär auf die kollektive Meinungsbildung und -kundgabe gerichtet ist.[2039] Diese **Appellfunktion** ist insbesondere typisch für eine Demonstration, verstanden als Versammlung mit politischer Meinungskundgabe in der Öffentlichkeit.[2040] 7

Gerade für **Minderheiten** kann eine Versammlung eines der wenigen Mittel darstellen, um die Mehrheitsgesellschaft direkt oder über die mediale Berichterstattung auf ihre Anliegen aufmerksam zu machen.[2041] Versammlungen und speziell Demonstrationen leisten damit einen wichtigen Beitrag zum freien Diskurs in der Gesellschaft, der eines der Kernanliegen der Kommunikationsgrundrechte ist.[2042] 8

III. GEWÄHRLEISTUNG DER VERSAMMLUNGSFREIHEIT

A. Verankerung

Art. 22 BV garantiert nach dem Gesagten die **Versammlungsfreiheit in einer allgemeinen Weise** (Abs. 1), wobei einzelne Aspekte dieser Freiheit explizit genannt werden (Abs. 2).[2043] 9

Da der zweite Absatz das Recht, «Versammlungen fernzubleiben», ebenso nennt, wie das Recht, an Versammlungen teilzunehmen, wird schon aus dem Wortlaut klar, dass das Grundrecht aus Art. 22 BV eine **positive Freiheit und eine negative Freiheit** umfasst.[2044] Soweit die Versammlung in der Form 10

2038 BGE 132 I 49 E. 5.3 (gemeinsame Konsumieren von Alkohol) und BGE 137 I 31 E. 6.1 (gemeinsame Hin- und Rückreise sowie Besuch einer Sportveranstaltung); Harris/O'Boyle/Bates/Buckley, S. 684 f., entscheidend sei der «common cause».

2039 BSK-Hertig, N. 1 zu Art. 22 BV; Villiger, Rz. 819.

2040 Zumsteg, Demonstrationen, Rz. 36; vgl. auch Zick, S. 370.

2041 CR-Malinverni, N. 3 und 24 zu Art. 22 BV; CCPR, General Comment 37, CCPR/C/GC/37, Rz. 2. Aus der Rechtsprechung EGMR *Stankov und The United Macedonian Organisation Ilinden gegen Bulgarien*, Nr. 29221/95 und 29225/95, 2.10.2001, N. 107 sowie BGE 100 Ia 392 E. 4c.

2042 Kiener/Kälin/Wyttenbach, § 18 N. 4 ff.; Schefer, Kommunikationsgrundrechte, Rz. 5 ff. Vgl. auch den Onlinekommentar zu Art. 16 BV.

2043 Biaggini, N. 9 zu Art. 22 BV, m.w.H.

einer Demonstration erfolgt, steht diese unter dem gemeinsamen Schutz der Versammlungs- und Meinungsfreiheit (Art. 22 und Art. 16 BV).[2045]

11 Darin zeigt sich eine Parallele zur **völkerrechtlichen Verankerung** der Versammlungsfreiheit. Diese wird auch durch Art. 11 EMRK und Art. 21 UNO-Pakt II garantiert. Grundsätzlich gehen diese Garantien als speziellere Grundrechte der Meinungsfreiheit vor, wie sie in Art. 10 EMRK und Art. 19 UNO-Pakt II verankert ist.[2046] Für Kundgebungen gilt allerdings die Rechtsprechung des EGMR, wonach Art. 11 im Lichte von Art. 10 EMRK verstanden werden müsse.[2047] Das Bundesgericht hat entschieden, dass diese internationalen Menschenrechtsgarantien keinen weiterreichenden Schutz festschreiben als die BV.[2048] Gleichzeitig stützt es sich, wenn es die Garantien der EMRK auslegt, regelmässig auf die Rechtsprechung des EGMR.[2049]

12 In der Praxis weniger beachtet wurden bis jetzt die **speziellen Garantien der Versammlungsfreiheit** in Art. 5 lit. d Ziff. ix des Internationalen Übereinkommens zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung (RDÜ) und Art. 15 des Übereinkommens über die Rechte des Kindes (KRK). Dies, obwohl die Schweiz sowohl für das RDÜ als auch für die KRK den jeweiligen Individualbeschwerdemechanismus anerkennt.[2050] Dabei haben insbesondere die Schülerproteste im Kontext des Klimawandels gezeigt, dass hier durchaus Potenzial für die Weiterentwicklung der Versammlungsfreiheit vorhanden ist. Die KRK anerkennt nämlich einerseits Kinder als eigenständige Rechtssubjekte, deren (politische) Anliegen zu hören sind, und andererseits die besondere Schutzbedürftigkeit von minderjährigen Personen. Diese Schutzbedürftigkeit ist in verschiedener Hinsicht zu berücksichtigen: Kinder sind in einem allfälligen Bewilligungsverfahren zu unterstützen, unmittelbarer Zwang bei Versammlungen darf nur äusserst zurückhaltend

2044 Kiener/Kälin/Wyttenbach, § 22 N. 22; CR-Malinverni, N. 13 zu Art. 22 BV.

2045 BGE 132 I 256 E. 3; BGE 127 I 164 E. 3; Zumsteg, Demonstrationen, Rz. 210.

2046 Grabenwarter/Pabel, § 23 N. 69; Schabas, N. 11 zu Art. 21 CCPR.

2047 EGMR *Ezelin gegen Frankreich*, Nr. 11800/85, 26.4.1991, N. 37; EGMR *Schwabe und M.G. gegen Deutschland*, Nr. 8080/08 und 8577/08, 1.12.2011, N. 101.

2048 BGE 127 I 164 E. 3d–e; BGE 132 I 256 E. 3.

2049 BGE 124 I 267 E. 3a; BGE 132 I 256 E. 4.3.

2050 Ausschuss für die Beseitigung der Rassendiskriminierung (Art. 8 Abs. 1 RDÜ), Zuständigkeit für die Entgegennahme von Petitionen einzelner Personen (Art. 14 Abs. 1 RDÜ i.V.m. der Erklärung betreffend Art. 14 RDÜ); Ausschuss für die Rechte des Kindes (Art. 43 Abs. 1 KRK), Fakultativprotokoll zum Übereinkommen über die Rechte des Kindes betreffend ein Mitteilungsverfahren (SR 0.107.3).

eingesetzt werden und ebenso sollte möglichst von Kostenfolgen abgesehen werden.[2051]

B. Grundrechtliche Ansprüche

1. Grundrechtsberechtigte

Sämtliche **natürlichen Personen**, unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit und einem allenfalls bestehenden Sonderstatusverhältnis, können sich auf die Versammlungsfreiheit berufen.[2052] 13

Dasselbe gilt für spontane Organisationskomitees und **juristische Personen**, wenn sie Veranstalter einer Versammlung sind.[2053] 14

Nicht auf die Versammlungsfreiheit berufen können sich die **Behörden**, insbesondere nicht ausländische Staatsorgane, die eine Veranstaltung in der Schweiz vor ihren Auslandsbürgerinnen und -bürgern abhalten möchten.[2054] 15

2. Sachlicher Schutzbereich im Allgemeinen

Versammlungen dienen einem weit verstandenen meinungsbildenden oder -äussernden Ziel.[2055] Unerheblich ist die Qualität des geäusserten Inhalts; auch **unwahre, provozierende und schockierende Meinungen** sind grundrechtlich geschützt.[2056] Ohne die dazu notwendige Toleranz und Offenheit gibt es, wie der EGMR zu Recht betont, keine demokratische Gesellschaft.[2057] 16

Hingegen darf die Gewaltausübung nicht der Zweck einer grundrechtlich geschützten Versammlung sein, wie Art. 11 EMRK und Art. 21 UNO-Pakt II 17

2051 Ausführlich dazu Zumsteg, «Fridays for Future», passim.

2052 BSK-Hertig, N. 10 zu Art. 22 BV; Kiener/Kälin/Wyttenbach, § 18 N. 8; CCPR, General Comment 37, CCPR/C/GC/37, Rz. 5.

2053 BGE 92 I 24 E. 1; Arndt/Engels/von Oettingen, N. 5 zu Art. 11 EMRK; Biaggini, N. 11 zu Art. 22 BV.

2054 Biaggini, N. 11 zu Art. 22 BV; SHK-Gonin, N. 14 zu Art. 11 EMRK.

2055 Vgl. oben N. 6.

2056 Schefer, Kommunikationsgrundrechte, Rz. 56; EGMR (Grosse Kammer), *Perinçek gegen die Schweiz*, Nr. 27510/08, 15.10.2015, N. 196.

2057 Ständige Rechtsprechung, vgl. etwa EGMR (Plenum), *Handyside gegen das Vereinigte Königreich*, Nr. 5493/72, 7.12.1976, N. 49; EGMR *GRA Stiftung gegen Rassismus und Antisemitismus gegen die Schweiz*, Nr. 18597/13, 9.1.2018, N. 51.

zum Ausdruck bringen, indem sie nur das Recht, sich «friedlich» zu versammeln, schützen.[2058] Das Erfordernis der **Friedlichkeit** darf aber nicht zu einem restriktiven Verständnis des Schutzbereichs von Art. 22 BV führen.[2059] Deshalb genügen weder die abstrakte Gefahr, dass es zu einem unfriedlichen Verlauf kommen könnte, noch gewalttätiges Handeln von einzelnen Teilnehmerinnen und Teilnehmern und schon gar nicht von aussenstehenden Störern, um den grundrechtlichen Schutz entfallen zu lassen.[2060] Rechtswidrigkeit ist nicht mit Unfriedlichkeit gleichzusetzen; so kann etwa aus einer fehlenden Bewilligung nicht auf eine nicht-friedliche Versammlung geschlossen werden.[2061] Erst wenn Gewalttätigkeiten der Versammlung als Ganzer zugerechnet werden können oder deren Ausübung sogar von Beginn an der verfolgte Zweck war, rechtfertigt es sich, solche Zusammenkünfte vom sachlichen Schutzbereich des Art. 22 BV auszunehmen.[2062] Anderweitige Gewalttätigkeiten sind hingegen auf der Ebene der Rechtfertigung einer Grundrechtseinschränkung zu beurteilen.[2063]

18 Der Schutzbereich der Versammlungsfreiheit kann zudem durch Art. 17 EMRK und Art. 5 UNO-Pakt II konturiert sein.[2064] Wer durch seine Handlungen die in den völkerrechtlichen Verträgen garantierten Rechte und Freiheiten zerstören möchte, kann sich dazu gemäss diesen Bestimmungen gerade nicht auf diese Rechte berufen.[2065] Ein solcher **Missbrauch**, so die Marginalie von Art. 17 EMRK, ist nach der Rechtsprechung des EGMR nur ausnahmsweise anzunehmen.[2066] Der Gerichtshof bejaht dies vor allem bei

2058 Grabenwarter/Pabel, § 23 N. 74; Schabas, N. 12 ff. zu Art. 21 CCPR.

2059 BSK-Hertig, N. 8 zu Art. 22 BV; Schabas, N. 14 zu Art. 21 CCPR; abzulehnen sind deshalb BGE 132 I 256 E. 3 und BGE 127 I 164 E. 3b, wonach die öffentliche Ordnung keinen Raum lasse «für Meinungskundgaben, die mit rechtswidrigen Handlungen verbunden sind».

2060 Biaggini, N. 10 zu Art. 22 BV; Schabas, N. 14 zu Art. 21 CCPR; Villiger, Rz. 820.

2061 SHK-Gonin, N. 24 zu Art. 11 EMRK; Harris/O'Boyle/Bates/Buckley, S. 686; BSK-Hertig, N. 8 zu Art. 22 BV.

2062 BSK-Hertig, N. 8 zu Art. 22 BV; Kiener/Kälin/Wyttenbach, § 22 N. 18.

2063 BSK-Hertig, N. 9 zu Art. 22 BV; Zumsteg, Demonstrationen, Rz. 225, unter Hinweis auf SGK-Errass, N. 20 zu Art. 22 BV, der dann allerdings doch einem restriktiveren Verständnis folgt.

2064 Kiener/Kälin/Wyttenbach, § 18 N. 19; allerdings trennt der EGMR bei der Anwendung von Art. 17 EMRK nicht immer sauber zwischen Schutzbereich und Rechtfertigung, Villiger, Rz. 980 f., m.w.H.; vgl. auch Grabenwarter/Pabel, § 18 N. 24.

2065 EGMR *Lawless gegen Irland (Nr. 3)*, Nr. 332/57, 1.7.1961, N. 7; Schabas, N. 9 f. zu Art. 5 CCPR, wendet die EGMR-Rechtsprechung in Sachen Lawless explizit auch auf den UNO-Pakt II an.

2066 Villiger, Rz. 976; EGMR (Grosse Kammer), *Perinçek gegen die Schweiz*, Nr. 27510/08, 15.10.2015, N. 113 ff.

der Verherrlichung oder Verharmlosung des Nationalsozialismus.[2067] Die BV kennt keine derartige verfassungsinhärente Beschränkung der Schutzbereiche von Art. 22 oder 16 BV.[2068] Die Frage eines Verbots solcher Aussagen ist unter Schweizer Verfassungsrecht auf der Ebene der Einschränkung dieser Grundrechte zu beantworten.[2069] Für diesen Weg hat sich der EGMR auch in der Sache Vona entschieden: Die Auflösung einer Vereinigung, welche zur Verteidigung der «ungarischen Rasse» gegen «Zigeuner-Kriminalität» aufrief und entsprechende Demonstrationen durchführte, war ein gerechtfertigter Eingriff in Art. 11 EMRK durch die ungarischen Behörden.[2070] Es ist demnach grundsätzlich im Einzelfall zu prüfen, ob Auflösungen von Versammlungen und Veranstaltungsverbote gegenüber Neonazi-Gruppen zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung sowie der Grundrechte Dritter gerechtfertigt werden können.[2071]

19 Schliesslich können Fälle der Grundrechtskonkurrenz die Anwendbarkeit von Art. 22 BV beeinflussen.[2072] Eine echte Grundrechtskonkurrenz, eine **Grundrechtskumulation**, liegt regelmässig bei Demonstrationen vor, die ebenso unter dem Schutz der Meinungsfreiheit stehen.[2073] Darüber hinaus ist eine solche Kumulation insbesondere mit dem Diskriminierungsverbot (Art. 8 Abs. 2 BV; Art. 11 i.V.m. Art. 14 EMRK) denkbar, da Versammlungen gerade für Minderheiten eine attraktive Form der Kommunikation darstellen können.[2074] Beispielsweise darf die Haltung eines Bürgermeisters zur Homosexualität bei der Beurteilung der Zulässigkeit einer Demonstration keine Rolle spielen.[2075] Für das verpönte Anknüpfungsmerkmal der Rasse existiert der bereits erwähnte Art. 5 lit. d Ziff. ix RDÜ.[2076]

2067 EGMR *M'Bala M'Bala gegen Frankreich* (Entscheid über das Eintreten), Nr. 25239/13, 20.10.2015, N. 33 ff.; EGMR *Witzsch gegen Deutschland* (Entscheid über das Eintreten), Nr. 7485/03, 13.12.2005, N. 3.

2068 Kiener/Kälin/Wyttenbach, § 18 N. 19.

2069 Vgl. auch den Onlinekommentar zu Art. 16 BV.

2070 EGMR *Vona gegen Ungarn*, Nr. 35943/10, 9.7.2013, N. 49 ff.

2071 Zum Eingriffsinteresse EGMR *Vona gegen Ungarn*, Nr. 35943/10, 9.7.2013, N. 52; für einen Überblick betreffend solcher Massnahmen in der Schweiz Baigger.

2072 Zum Begriff der Grundrechtskonkurrenzen statt vieler Kiener/Kälin/Wyttenbach, § 7 N. 2 ff.

2073 Vgl. oben N. 10.

2074 Vgl. oben N. 8 und CCPR, General Comment 37, CCPR/C/GC/37, N. 25.

2075 EGMR *Baczkowski u.a. gegen Polen*, Nr. 1543/06, 3.5.2007, N. 98 ff.; vgl. auch EGMR *Identoba u.a. gegen Georgien*, Nr. 73235/12, 12.5.2015, N. 91 ff.

2076 Vgl. oben N. 12.

20 **Unechte Grundrechtskonkurrenz** besteht insbesondere zur Wirtschaftsfreiheit i.S.v. Art. 27 BV.[2077] Versammlungen, welche keinen ideellen, sondern einen kommerziellen Zweck verfolgen, werden nach Schweizer Recht einzig durch die Wirtschaftsfreiheit und nicht durch Art. 22 BV geschützt.[2078] Anders ist dies auf der völkerrechtlichen Ebene: Die EMRK und der UNO-Pakt II kennen die Wirtschaftsfreiheit nicht. Versammlungen mit einem kommerziellen Zweck werden von Art. 11 EMRK und Art. 21 UNO-Pakt II erfasst.[2079]

3. Abwehransprüche gegen den Staat im Besonderen

21 Die Versammlungsfreiheit ist ein **Freiheitsrecht** und vermittelt den Grundrechtsberechtigten deshalb primär Abwehransprüche.[2080] Der Staat hat Einschränkungen der Einberufung, Organisation, Durchführung von und der Teilnahme an Versammlungen grundsätzlich zu unterlassen.[2081] Dieser positiven Freiheit steht die negative Freiheit gegenüber, an Versammlungen nicht teilzunehmen, sie nicht organisieren zu müssen oder sie wieder absagen zu können – auch diesbezüglich müssen staatliche Einschränkungen grundsätzlich unterbleiben.[2082]

22 Den Teilnehmenden einer Versammlung steht es frei, **Formen und Mittel** ihrer Kommunikation zu wählen: Möglich ist ein Ausdruck in Wort, Schrift, Bild oder rein symbolisch – etwa in einem Sitzstreik oder einem Schweigemarsch – aber auch der Einsatz von Lautsprecheranlagen.[2083] Schliesslich ist die Versammlung an sich schon eine Meinungskundgabe.[2084] Die bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach nur alle erlaubten Mittel vom Schutzbereich umfasst seien, ist kritisch zu sehen.[2085] Wie bei der Friedlichkeit der Versammlung ist auch hier zu verlangen, dass ein allfälliger

2077 Für weitere Abgrenzungen vgl. SGK-Errass, N. 43 zu Art. 22 BV; Kiener/Kälin/Wyttenbach, § 22 N. 37.
2078 BGE 128 I 295 E. 5a; Kiener/Kälin/Wyttenbach, § 18 N. 70; a.A. SGK-Errass, N. 12 zu Art. 22 BV.
2079 Vgl. Kiener/Kälin/Wyttenbach, § 18 N. 75.
2080 Grabenwarter/Pabel, § 23 N. 88; BSK-Hertig, N. 12 zu Art. 22 BV.
2081 BGE 137 I 31 E. 6.1; BSK-Hertig, N. 11 zu Art. 22 BV; Grabenwarter/Pabel, § 23 N. 72.
2082 Biaggini, N. 9 zu Art. 22 BV; BSK-Hertig, N. 11 zu Art. 22 BV.
2083 BSK-Hertig, N. 3 zu Art. 22 BV; Kiener/Kälin/Wyttenbach, § 18 N. 12; BGE 107 Ia 64 E. 3b.
2084 CR-Malinverni, N. 21 zu Art. 22 BV; EGMR *Tatár und Fáber gegen Ungarn*, Nr. 26005/08 und 26160/08, 12.6.2012, N. 38.
2085 BGE 107 Ia 226 E. 4b/aa; BGE 141 I 201 E. 4.1.

Gesetzesverstoss beim Einsatz der gewählten Mittel nicht beim Schutzbereich, sondern im Rahmen der Rechtfertigung berücksichtigt wird.[2086]

Die durch eine Versammlung kommunizierten Inhalte können auf Widerstand stossen und ihrerseits eine dagegen gerichtete zweite Versammlung provozieren – etwa eine **Gegendemonstration**.[2087] Die Durchführung einer solchen hat der Staat grundsätzlich ebenfalls zu dulden, geht es doch bei der Versammlungsfreiheit auch um das Ermöglichen eines Diskurses.[2088] 23

4. Ansprüche auf ein staatliches Tun im Besonderen

Neben ihrer negativen Funktion fliessen aus der Versammlungsfreiheit auch **positive staatliche Handlungspflichten**.[2089] 24

a. Ort der Versammlung

Unter die positiven Pflichten subsumiert die Lehre insbesondere, dass der **öffentliche Raum** zum Zweck von Versammlungen genutzt werden darf, auch wenn dies regelmässig gesteigerten Gemeingebrauch darstellt, d.h., die gleichartige Nutzung durch Dritte einschränkt.[2090] Öffentlicher Raum meint eine nicht abgeschlossene Fläche, die jederzeit und voraussetzungslos für eine unbestimmte Anzahl von Personen zugänglich ist.[2091] Gemeindesäle sind wie öffentlicher Raum zu behandeln, soweit sie für Versammlungen benutzt werden können.[2092] Für die Qualifikation als öffentlich soll es keine Rolle spielen, in wessen zivilrechtlichen Eigentum die fragliche Fläche steht.[2093] 25

2086 Kiener/Kälin/Wyttenbach, § 18 N. 15; EGMR *Christian Democratic People's Party gegen Moldova (Nr. 2)*, Nr. 25196/04, 2.2.2010, N. 27; vgl. auch oben N. 17.

2087 BGE 132 I 256 E. 4.2; EGMR *Alekseyev gegen Russland*, Nr. 4916/07, 21.10.2010, N. 77.

2088 Ebenda und etwa auch EGMR *Fáber gegen Ungarn*, Nr. 40721/08, 24.7.2012, N. 43; CCPR, General Comment 37, CCPR/C/GC/37, Rz. 22 und 26; vgl. zu den Schutzpflichten bei Hauptdemonstration und Gegendemonstration unten N. 29 f.

2089 Biaggini, N. 7 zu Art. 22 BV; Harris/O'Boyle/Bates/Buckley, S. 686 ff., je m.w.H. auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts resp. des EGMR.

2090 Biaggini, N. 7 zu Art. 22 BV; BSK-Hertig, N. 12 zu Art. 22 BV. Zum Begriff des gesteigerten Gemeingebrauchs Moor/Bellanger/Tanquerel, S. 696 ff.; Tschannen/Müller/Kern, Rz. 1387 ff. Bei schlichtem Gemeingebrauch ist die Nutzung – in maiore minus – ebenfalls zulässig, vgl. BGE 138 I 274 E. 2.2.2.

2091 Zumsteg, Demonstrationen, Rz. 25, m.w.H.; ausführlich Wyssmann, S. 33 ff.

2092 BGE 127 I 164 E. 3b; Moor/Bellanger/Tanquerel, S. 668. Zum Spezialfall des Bahnhofs vgl. Wyssmann, S. 51 ff.

Das ist bei Räumen nachvollziehbar, welche jederzeit frei zugänglich sind, auch wenn sie in Privateigentum stehen (etwa die Lauben in der Berner Altstadt). Sobald diese freie Zugänglichkeit entfällt oder nur eingeschränkt gilt (etwa im Kundenbereich einer Bank), wird offensichtlich, dass hier ein Spannungsverhältnis zur Befugnis eines zivilrechtlichen Eigentümers besteht, Versammlungen auf seinem Grundstück aus seinem Eigentumsrecht heraus zu untersagen.[2094] Die Auflösung dieser Spannung muss nicht über eine direkte Horizontalwirkung der Versammlungsfreiheit erfolgen, wie Errass zu Recht festhält; vielmehr ist es am fraglichen Gemeinwesen, die notwendige Infrastruktur und damit auch hinreichenden öffentlichen Raum zur Verfügung zu stellen.[2095] Solange genügend Alternativen gegeben sind, sind keine hinreichenden Gründe ersichtlich, einen grundrechtlichen Nutzungsanspruch gegen den – ebenfalls grundrechtlich geschützten (Art. 26 BV) – Willen des zivilrechtlichen Eigentümers durchzusetzen.[2096]

26 In jedem Fall ist aber zu berücksichtigen, dass der zur Verfügung stehende Ort «dem Publizitätsbedürfnis der Veranstalter» Rechnung trägt.[2097] Bildlich gesprochen: Eine intendierte **Appellfunktion** kann eine Versammlung nicht wahrnehmen, wenn sie an einem wenig belebten Rand eines Orts stattfinden soll.[2098] Gleichzeitig besteht aber kein Anspruch darauf, eine Versammlung an einem bestimmten Ort, zu einem bestimmten Zeitpunkt und unter von den Grundrechtsträgern bestimmten Randbedingungen durchzuführen.[2099] Unzulässig wäre es allerdings, wenn die Behörden eine besondere Beziehung zu einem Ort fordern würden, um eine Versammlung abhalten zu können.[2100]

2093 BGE 127 I 164 E. 5b/bb; Wyssmann, S. 36 f.; restriktiver hingegen EGMR *Appleby u.a. gegen das Vereinigte Königreich*, Nr. 44306/98, 6.5.2003, N. 46 ff.; Arndt/Engels/von Oettingen, N. 26 zu Art. 11 EMRK.

2094 BGE 97 I 911 E. 3a; zustimmend CR-Malinverni, N. 43 zu Art. 22 BV; CCPR, General Comment 37, CCPR/C/GC/37, Rz. 57. Klimaaktivisten, welche gegen den Willen der Hausherrin in einer Bankfiliale demonstrierten, machten sich des Hausfriedensbruchs schuldig, vgl. BGer 6B_1295/2020 vom 26.5.2021.

2095 SGK-Errass, N. 48 f. zu Art. 22 BV; wohl noch anders BGE 101 IV 167 E. 5.

2096 SGK-Errass, N. 50 zu Art. 22 BV; vgl. auch EGMR *Appleby u.a. gegen das Vereinigte Königreich*, Nr. 44306/98, 6.5.2003, N. 47; Zick, S. 374 ff.

2097 BGE 132 I 256 E. 3; BGE 127 I 164 E. 5c/aa; vgl. auch Grabenwarter/Pabel, § 23 N. 83; Schabas, N. 21 zu Art. 21 CCPR.

2098 Vgl. zur Appellfunktion oben N. 7.

2099 BGE 132 I 256 E. 3; BGE 127 I 164 E. 5c/aa; vgl. auch EKMR *Anderson u.a. gegen das Vereinigte Königreich* (Entscheid über das Eintreten), Nr. 33689/96, 27.10.1997, N. 1: kein Anspruch sich «anywhere one wishes» zu versammeln.

Hingegen kann ein Grundrechtsträger eine solche geltend machen, um die Nutzung eines ganz bestimmten Ortes – allenfalls auch an einem spezifischen Datum – zu begründen.[2101]

Der dargestellte grundrechtliche Anspruch wird gemeinhin als bedingter **Leistungsanspruch** auf Nutzung des öffentlichen Grunds bezeichnet.[2102] Moeckli weist allerdings zu Recht darauf hin, dass das reine Zurverfügungstellen des öffentlichen Raums keine staatliche Leistung darstellt, sondern einer staatlichen Unterlassungspflicht entspricht.[2103] Nach hier vertretener Auffassung ist die Nutzungsüberlassung aber in der ganz überwiegenden Zahl der Fälle kein reines Unterlassen. Vielmehr müssen gleichzeitig andere Interessen, die sich auf den öffentlichen Raum richten, durch die Behörden beachtet werden. Die Koordination dieser Ansprüche und Erstellung einer Prioritätenordnung sowie die individuell-konkrete Zuordnung des öffentlichen Raums – in der Regel mittels einer Bewilligung – stellen staatliche Leistungen dar, weshalb die Charakterisierung doch zutreffend ist.[2104] 27

Die **Bedingtheit** dieses Leistungsanspruchs ergibt sich gemäss höchstrichterlicher Praxis aus drei Elementen: Erstens bezieht sich der grundrechtliche Anspruch nur auf bestehende Infrastruktur. Es gibt keinen Anspruch darauf, dass der Staat neue Einrichtungen schafft. Zweitens gibt es grundsätzlich kein Recht auf Nutzung eines bestimmten Orts zu einer bestimmten Zeit. Schliesslich, drittens, muss eine umfassende Interessenabwägung vorgenommen werden, wenn der öffentliche Raum in gesteigerter Form genutzt wird.[2105] Diesbezüglich ist Moeckli grundsätzlich darin zuzustimmen, dass die Formulierung der «Bedingtheit» kaum einen Erkenntnisgewinn bringt. Einen unbedingten Anspruch auf Versammlungen, welche schlichten Gemeingebrauch darstellen oder im Privaten stattfinden, 28

2100 BGE 132 I 256 E. 4.1; Grundrechtsträger sind insb. alle natürlichen Personen unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit, vgl. oben N. 13.

2101 EGMR *United Macedonian Organisation Ilinden und Ivanov gegen Bulgarien*, Nr. 44079/98, 20.10.2005, N. 103; Bindung an einen Standort durch das Bundesgericht verneint in seinem Urteil 1P.104/2000 vom 30. 5.2000 E. 4c.

2102 Kiener/Kälin/Wyttenbach, § 18 N. 29 ff.; Moor/Bellanger/Tanquerel, S. 715 ff.; Wyssmann, S. 68.

2103 Moeckli, S. 267 f.

2104 Ausführlich Zumsteg, Demonstrationen, Rz. 247 ff., m.w.H.

2105 BGE 138 I 274 E. 2.2.2, m.w.H. auf die Rechtsprechung.

gibt es so nicht. Vielmehr unterstehen auch diese Versammlungen der verfassungsrechtlichen Schrankenregelung, aufgrund derer eine Interessenabwägung im Einzelfall vorzunehmen ist.[2106] Da unter dem Begriff allerdings die drei genannten Elemente der Rechtsprechung zusammengefasst werden können, bietet es sich an, auch an dieser Terminologie festzuhalten.[2107]

b. Teilnehmende einer Versammlung

29 Weiter ist der Staat verpflichtet, «durch geeignete Massnahmen wie etwa durch Gewährung eines **ausreichenden Polizeischutzes** dafür zu sorgen, dass öffentliche Kundgebungen tatsächlich stattfinden können und nicht durch gegnerische Kreise gestört oder verhindert werden».[2108] Dasselbe ergibt sich aus dem polizeirechtlichen Störerprinzip.[2109] Diese Aufgabe kann «sicherlich beschwerlich» sein,[2110] ist aber von grosser Bedeutung. Ansonsten könnten gewaltbereite Gruppierungen darüber entscheiden, wer tatsächlich Versammlungen durchführen kann und wer nicht – in einem Rechtsstaat ein unhaltbarer Zustand.[2111] Auf diesen Umstand musste letzthin etwa der Stadtrat von Zürich hingewiesen werden.[2112] Dieser wollte zum Nachteil einer friedlichen Kundgebung berücksichtigen, dass sie möglicherweise eine gewalttätige Gegendemonstration ausgelöst hätte. Das korrigierte das Verwaltungsgericht und hielt fest: «Vielmehr sind auch solche Kundgebungen möglichst zu bewilligen, und der Gefahr von Störungen ist etwa mit ausreichendem Polizeischutz und einer sorgfältigen Routenwahl entgegenzuwirken, und zwar unabhängig davon, wie unbeliebt und kontrovers ihre Anschauungen sind».[2113]

30 Die Konfrontation mit anderen – möglicherweise provozierenden und für die grosse Mehrheit der Gesellschaft absonderlichen – Ansichten kann demnach

---

2106 Moeckli, S. 269.

2107 Zumsteg, Demonstrationen, Rz. 251.

2108 BGE 143 I 147 E. 3.2 (Hervorhebung des Autors); ebenso EGMR Plattform «Ärzte für das Leben» gegen Österreich, Nr. 10126/82, 21.6.1988, N. 32 ff.; Schabas, N. 19 f. zu Art. 21 CCPR.

2109 CR-Malinverni, N. 62 ff. zu Art. 22 BV; Zumsteg, Demonstrationen, Rz. 230 und 61 ff., m.w.H.

2110 So das Bundesgericht in seinem Urteil 1P.304/1990 vom 18. 2. 1991 E. 6c/b, abgedruckt in ZBl 93 (1992), S. 40 ff., S. 47.

2111 Ebenda durch das Bundesgericht als «rechtsmissbräuchlich» bezeichnet; vgl. auch *EGMR Alekseyev gegen Russland*, Nr. 4916/07, 25924/08 und 14599/09, 21.10.2010, N. 77.

2112 Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2019.00453 vom 27. 8.2019 E. 5.3.

2113 Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2019.00453 vom 27. 8.2019 E. 5.3.3.

nicht nur für die Behörden, sondern auch für private Dritte beschwerlich sein. Die **heftige Ablehnung** einer geäusserten Meinung rechtfertigt aber selbstverständlich nicht, zum Mittel der Gewalt zu greifen oder sich sonst als «Diskurspolizei» zu gebärden.[2114] Sehr bedenklich ist etwa, wenn an Hochschulen Veranstaltungen verhindert oder derart gestört werden, dass sie abgebrochen werden müssen.[2115]

Wo es trotz staatlichem Schutz zu Gewalttätigkeiten gegen eine Versammlung kommt, sind die Behörden verpflichtet, diese zu **untersuchen** und die Verantwortlichen gegebenenfalls zu bestrafen.[2116] Das gilt auch, wenn die Behörden selbst übermässigen Zwang ausgeübt haben.[2117] 31

Zusätzliche Schutzansprüche können sich ergeben, wenn sich Teilnehmende einer Versammlung neben der Versammlungsfreiheit noch auf **weitere Grundrechte** berufen können. Dies gilt etwa bei Personen, die aufgrund einer körperlichen Behinderung besonders vulnerabel sind (Art. 8 Abs. 4 BV; Art. 1 Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen [BehiK]).[2118] 32

C. Einschränkbarkeit der Versammlungsfreiheit

Den Kommunikationsgrundrechten ist gemein, dass sie nicht nur eine individual-rechtliche, sondern auch eine **demokratisch-funktionale Bedeutung** haben.[2119] Der Versammlungsfreiheit kommt deshalb ein besonderes Gewicht zu.[2120] Dies gilt insbesondere dann, wenn die kollektive Meinungsäusserung Fragen von gesellschaftlichem Interesse betrifft,[2121] wie dies bei Demonstrationen der Fall ist.[2122] 33

2114.Begriff nach Schefer, Kommunikationsgrundrechte, Rz. 36; vgl. auch Müller, Demokratische Gerechtigkeit, S. 23 f.; zum Recht auf Gegendemonstration oben N. 23.

2115.Vgl. etwa <https://www.berliner-zeitung.de/mensch-metropole/vortrag-ueber-geschlecht-und-gender-abgesagt-alle-hintergruende-zum-vorfall-li.242834>, zuletzt abgerufen am 31.5.2023.

2116.EGMR *Promo Lex u.a. gegen Moldova*, Nr. 42757/09, 24.2.2015, N. 23; EGMR *Alekseyev gegen Russland*, Nr. 4916/07, 25924/08 und 14599/09, 21.10.2010, N. 76.

2117.Schabas, N. 15 zu Art. 21 CCPR, m.w.H.

2118.Vgl. oben N. 19 und Zumsteg, Demonstrationen, Rz. 233 ff.

2119.Vgl. oben N. 16.

2120BGE 96 I 568 E. 6; EGMR *Sergey Kuznetsov gegen Russland*, Nr. 10877/04, 23.10.2008, N. 39.

2121.BGE 137 IV 313 E. 2.1.4; EGMR (Plenum), *Lingens gegen Österreich*, Nr. 9815/82, 8.7.1986, N. 42: «freedom of political debate is at the very core of the concept of a democratic society which prevails throughout the Convention».

34 Gleichwohl kann die Versammlungsfreiheit als **klassisches Freiheitsrecht** nach Art. 36 BV eingeschränkt werden.[2123] Dazu weitgehend identisch ist die Schrankenregelung in Art. 11 Abs. 2 EMRK, weshalb eine gemeinsame Darstellung erfolgt.[2124]

1. Unmittelbare Einschränkung der Versammlungsfreiheit

35 Die umfangreiche Rechtsprechung zur Versammlungsfreiheit zeigt, dass deren Einschränkung in ganz unterschiedlicher Gestalt auftreten kann.[2125] Insbesondere kann sie durch Verfügung, Rechtssatz oder Realakt erfolgen.[2126] Zur besseren Übersicht können mögliche Einschränkungen zeitlich unterteilt werden in **Massnahmen vor, während und im Nachgang zu einer Versammlung**.[2127] Verkürzungen der Versammlungsfreiheit sind etwa in der Statuierung einer generell-abstrakten Bewilligungspflicht für Versammlungen im öffentlichen Raum, der individuell-konkreten Bewilligungserteilung unter Auflagen und Bedingungen, der polizeilichen Wegweisung und Fernhaltung sowie der Auferlegung von Kosten und Sanktionen zu Lasten von Teilnehmenden zu sehen.[2128]

36 Es ist jeweils im Einzelfall zu beurteilen, ob diese Einschränkungen als **schwerwiegend** zu qualifizieren sind.[2129] Allerdings haben sich in Rechtsprechung und Lehre für einzelne unmittelbare Einschränkungen der Versammlungsfreiheit Faustregeln hinsichtlich deren Intensität herausgebildet:

37 Besonders schwerwiegende Einschränkungen sind das **präventive Verbot und die repressive Auflösung** einer Versammlung, da mit diesen Massnahmen die Grundrechtsausübung komplett untersagt respektive beendet wird.[2130] Insbesondere darf in aller Regel nicht schon die

2122 Vgl. zum Begriff der Demonstration oben N. 7.
2123 Biaggini, N. 4 zu Art. 36 BV; Kiener/Kälin/Wyttenbach, § 9 N. 7.
2124 Kiener/Kälin/Wyttenbach, § 9 N. 17; vgl. Harris/O'Boyle/Bates/Buckley, S. 691.
2125 EGMR (Grosse Kammer), *Navalnyy gegen Russland*, Nr. 29580/12, 15.11.2018, N. 103; EGMR (Grosse Kammer), *Kudrevičius u.a. gegen Litauen*, Nr. 37553/05, 15.10.2015, N. 91.
2126 Kiener/Kälin/Wyttenbach, § 9 N. 24 f.; Schefer, Beeinträchtigung, S. 31 ff.
2127 So etwa in EGMR (Grosse Kammer), *Navalnyy gegen Russland*, Nr. 29580/12, 15.11.2018, N. 103; BSK-Hertig, N. 17 ff. zu Art. 22 BV.
2128 Weitere Beispiele bei Harris/O'Boyle/Bates/Buckley, S. 689 f.; Zumsteg, Demonstrationen, Rz. 252 ff.
2129 Kiener/Kälin/Wyttenbach, § 9 N. 33 ff.; Schefer, Beeinträchtigung, S. 26 ff.

Ankündigung oder Durchführung einer Gegendemonstration dazu führen, dass die ursprüngliche Kundgebung verboten wird.[2131] Eine Auflösung ist auch bei einer nicht bewilligten Kundgebung nur nach einer sorgfältigen Abwägung sämtlicher Interessen zulässig.[2132] Wird dabei unmittelbarer Zwang eingesetzt, ist dieser vorher anzukündigen.[2133]

Allerdings sind nicht nur Versammlungen, die sich an die Öffentlichkeit richten, besonders geschützt. Dies gilt auch für Versammlungen im **privaten Rahmen**; sie können nur aus schwerwiegenden Gründen eingeschränkt werden.[2134] So waren in der Corona-Pandemie zum Schutz der öffentlichen Gesundheit und der Grundrechte Dritter zeitweise auch private Veranstaltungen und Versammlungen von mehr als fünf Personen untersagt.[2135] 38

Ebenfalls als schwerwiegende Einschränkung zu qualifizieren ist m.E. ein **allgemeines Verbot** von Versammlungen durch Festlegung einer «Bannmeile».[2136] Es ist zwar nicht von vornherein unzulässig, bestimmte öffentliche Plätze der allgemeinen Nutzung zu entziehen.[2137] Ein solches Vorgehen ist aber problematisch: Erstens, weil ein absolutes Verbot keinen Raum für Ausnahmen lässt, auch wenn dies angezeigt wäre.[2138] Zweitens, weil der öffentliche Raum dem Zweck der Kommunikation dient; seine Inanspruchnahme zur Ausübung der Kommunikationsgrundrechte ist gerade bestimmungsgemäss.[2139] Drittens wird beim Ausschluss gewisser Nutzungen 39

2130 Wyssmann, S. 109; Zumsteg, Demonstrationen, Rz. 285 und 317, m.w.H.; für die Auflösung wohl a.A. Mohler, Rz. 537.

2131 BGE 132 I 256 E. 4.3; EGMR *Ouranio Toxo u.a. gegen Griechenland*, Nr. 74989/01, 20.10.2005, N. 37. Vgl. zu den Schutzpflichten oben Rz. 29 f.

2132 BSK-Hertig, N. 31 zu Art. 22 BV; EGMR *Oya Ataman gegen die Türkei*, Nr. 74552/01, 5.12.2006, N. 39 ff.

2133 Mohler, Rz. 543.

2134 BGE 127 I 164 E. 3b; BGE 107 Ia 292 E. 6; Biaggini, N. 16 zu Art. 22 BV, m.w.H.

2135 Vgl. Zumsteg, COVID-19, N. 7 ff.; CCPR, General Comment 37, CCPR/C/GC/37, Rz. 45.

2136 Noch sehr grosszügig hingegen BGE 124 I 267 E. 3c; anders die Tonlage dann aber in Urteil 1C_485/2013 vom 3. 12.2013 E. 5.2.

2137 Biaggini, N. 15 zu Art. 22 BV, unter Hinweis auf das Kundgebungsverbot auf dem Berner Bundesplatz für die Zeit der Sessionen der eidgenössischen Räte.

2138 BSK-Hertig, N. 25 zu Art. 22 BV, unter Hinweis auf Urteil 1C_322/2011 vom 19. 12.2011 (absolutes Verbot für Demonstrationen am Ostersonntag unverhältnismässig, wenn damit gerade Kirchgänger auf Missstände in der Kirchenpflege hingewiesen werden sollen).

2139 Moor/Bellanger/Tanquerel, S. 717; Zumsteg, Demonstrationen, Rz. 237.

regelmässig auf deren Inhalt abgestellt,[2140] was aber gerade keine Rolle spielen dürfte.[2141]

40 Darüber hinaus hat das Bundesgericht in einer ganzen Reihe von Urteilen, welche in die amtliche Sammlung aufgenommen wurden, Beschränkungen der Personenzahl von Versammlungen während der **Corona-Pandemie** als schwerwiegende Grundrechtseinschränkungen bezeichnet.[2142] Insbesondere hat es festgehalten: «Das Bundesgericht hat seit jeher im Zusammenhang mit Demonstrationen auf den hohen Stellenwert hingewiesen, welcher der Versammlungsfreiheit aufgrund deren zentralen Bedeutung für die Meinungsbildung in einem freiheitlichen demokratischen Rechtsstaat, besonders auch in politisch unruhigen Zeiten, zukommt».[2143] Als zu weitgehend hat das höchste Gericht in der Folge eine allgemeine Beschränkung von Kundgebungen auf 15 Personen beurteilt.[2144] Zudem waren aufgrund von Art. 189 Abs. 4 BV die Massnahmen, welche der Bundesrat in seinen Verordnungen verankerte, der abstrakten Normenkontrolle entzogen.[2145] Gerade dieser Mangel an Überprüfbarkeit führte eine Kammer des EGMR dazu, im absoluten Veranstaltungsverbot zwischen dem 17. März 2020 und dem 30. Mai 2020 eine Verletzung von Art. 11 EMRK zu sehen.[2146] Auf Ersuchen der Schweiz wird die Grosse Kammer des Gerichtshofs endgültig über die Sache entscheiden – das entsprechende Urteil steht noch aus.

41 Schliesslich sind **Sanktionen** im Nachgang zu einer Versammlung in der Regel als schwerwiegende Einschränkung der Versammlungsfreiheit zu betrachten.[2147] Unzulässig ist die Bestrafung der blossen Teilnahme an einer

---

2140 So etwa in BGE 124 I 267 E. 3c.

2141 Vgl. oben N. 16 und Schefer, Kommunikationsgrundrechte, Rz. 84, der «inhaltsbezogene Eingriffe» stets als schwerwiegend qualifiziert; ähnlich Schabas, N. 1 zu Art. 21 CCPR.

2142 BGE 147 I 478 E. 3.2 und BGE 147 I 450 E. 3.1 (private Veranstaltungen mit höchstens zehn Personen, öffentliche Veranstaltungen mit höchstens 30 Personen) sowie BGE 148 I 33 E. 5.1 (Verbot von Kundgebungen mit mehr als 15 Personen).

2143 Jeweils mit identischem Wortlaut in BGE 148 I 19 E. 5.2 und BGE 148 I 33 E. 7.7.1.

2144 BGE 148 I 33 E. 8.1.

2145 Dementsprechend trat das Bundesgericht in seinem Urteil 2C_280/2020 vom 15.4.2020 auf eine entsprechende Beschwerde nicht ein; ebenso wenig in Urteil 2C_789/2021 vom 18.10.2021.

2146 EGMR *Communauté genevois d'action syndicale (CGAS) gegen die Schweiz*, Nr. 21881/20, 15.3.2022, N. 52 ff. und 85 ff., «une telle mesure générale exigeait une justification solide et un contrôle particulièrement sérieux par les tribunaux autorisés à opérer une pesée des intérêts pertinents en jeu» (N. 86).

Versammlung, welche nicht verboten wurde, auch wenn es zu Gewalttätigkeiten kommt.[2148] Erforderlich ist ein individuell vorwerfbares Verhalten.[2149]

2. Mittelbare Einschränkung der Versammlungsfreiheit

Neben den erwähnten direkt grundrechtsbeschränkenden Massnahmen sind auch mittelbare Beeinträchtigungen der Grundrechte möglich.[2150] Eine solche mittelbare Folge staatlichen Handelns kann die **Abschreckungswirkung** sein, welche auch *chilling effect* genannt wird.[2151] Dabei wirkt sich eine Massnahme des Staates über eine psychologische Motivationskette derart aus, dass die Grundrechtsausübung in der Zukunft unterbleibt, was die Figur schwer greifbar macht.[2152] Für die Versammlungsfreiheit wurde allerdings in einer Reihe von Konstellationen eine solche Abschreckungswirkung stipuliert:[2153] 42

Die Lehre vertritt dies insbesondere für das flächendeckende **Observieren und Registrieren** der Teilnehmenden einer Versammlung.[2154] Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, dass eine Videoüberwachung auch im Interesse einer Versammlung sein kann; etwa, wenn sie erforderlich ist, um das Crowd Management in einer grossen Menschenmenge sicherzustellen.[2155] 43

Zudem hat das Bundesgericht anerkannt, dass die Überwälzung von **Kosten**, die aufgrund eines durch die Versammlung ausgelösten Polizeieinsatzes 44

2147 Der EGMR legt denn auch einen strengen Massstab an solche Sanktionen an, vgl. SHK-Gonin, N. 75 ff. zu Art. 11 EMRK; Villiger, Rz. 823 f., je m.w.H.

2148 EGMR (Grosse Kammer), *Kudrevičius u.a. gegen Litauen*, Nr. 37553/05, 15.10.2015, N. 149; EGMR *Ezelin gegen Frankreich*, Nr. 11800/85, 26.4.1991, N. 53.

2149 EGMR *Sergey Kuznetsov gegen Russland*, Nr. 10877/04, 23.10.2008, N. 43; EGMR *Ezelin gegen Frankreich*, Nr. 11800/85, 26.4.1991, N. 53.

2150 Zum Begriff Kiener/Kälin/Wyttenbach, § 9 N. 27 ff.; Schefer, Beeinträchtigung, S. 34 ff. und 48 ff., welche auch zahlreiche Beispiele geben.

2151 Kiener/Kälin/Wyttenbach, § 9 N. 31 f.; EGMR *Schwabe und M.G. gegen Deutschland*, Nr. 8080/08 und 8577/08, 1.12.2011, N. 116 ff.; CCPR, General Comment 37, CCPR/C/GC/37, Rz. 36.

2152 Kiener/Kälin/Wyttenbach, § 9 N. 31; das Bundesgericht prüft denn auch nur, ob eine staatliche Massnahme «geeignet» ist, eine Abschreckungswirkung zu entfalten, vgl. BGE 140 I 2 E. 10.6.3.

2153 Vgl. auch Harris/O'Boyle/Bates/Buckley, S. 690 f.; BSK-Hertig, N. 40 zu Art. 16 BV, je m.w.H.

2154 BSK-Hertig, N. 30 zu Art. 22 BV; CR-Malinverni, N. 55 zu Art. 22 BV.

2155 Zumsteg, Demonstrationen, Rz. 301 ff., m.w.H.

entstanden sind, einen *chilling effect* haben kann.[2156] «Die Kostenforderungen müssen mithin moderat ausgestaltet sein, so dass die effektive Grundrechtsausübung tatsächlich möglich bleibt.»[2157] Zulässig ist es aber nach Auffassung des höchsten Gerichts, Polizeikosten im Umfang von bis zu CHF 30'000.00 auf Veranstalter zu überwälzen, welche sich pflichtwidrig verhalten haben.[2158]

45 In vergleichbarer Weise wie die Kosten kann eine **Strafverfolgung** im Nachgang zu einer Versammlung geeignet sein, einen *chilling effect* zu entfalten, wie der EGMR wiederholt festgehalten hat.[2159]

46 Schliesslich ist noch zu erwähnen, dass auch ein **mangelnder Schutz** von Demonstrationen für künftige Kundgebungen eine Furcht vor Störungen erzeugen und damit eine Abschreckungswirkung entfalten kann.[2160]

3. Rechtfertigung von Einschränkungen

a. Gesetzliche Grundlage

47 Nach Art. 36 Abs. 1 Satz 1 und 2 BV bedürfen schwerwiegende Einschränkungen einer Grundlage in einem **Gesetz im formellen Sinn**, während weniger weit gehende Einschränkungen auch auf tieferer Normstufe verankert sein können.[2161] Es ist deshalb insbesondere ungenügend, wenn die Möglichkeit des Einsatzes von Wasserwerfern und das Beimischen von Reizstoffen zum Wasser erst auf Stufe einer Verordnung und nicht im Gesetz im formellen Sinn verankert werden.[2162]

48 Nach Art. 36 Abs. 1 Satz 3 BV kann in Fällen ernster, unmittelbarer und nicht anders abwendbarer Gefahr statt auf eine gesetzliche Grundlage auf die **polizeiliche Generalklausel** abgestellt werden.[2163] Dies ist allerdings dann

2156 BGE 143 I 147 E. 3.3; vgl. auch Zumsteg, Demonstrationen, Rz. 322 ff.

2157 BGE 143 I 147 E. 3.3; vgl. auch Harris/O'Boyle/Bates/Buckley, S. 697; CCPR, General Comment 37, CCPR/C/GC/37, Rz. 64.

2158 BGE 143 I 147 E: 5.2 und 5.3.

2159 EGMR *Frumkin gegen Russland*, Nr. 74568/12, 5.1.2016, N. 141; EGMR *Nurettin Aldemir u.a. gegen die Türkei*, Nr. 32124/02, 18.12.2007, N. 34, m.w.H. auf die Rechtsprechung.

2160 Villiger, Rz. 818; EGMR *Plattform «Ärzte für das Leben» gegen Österreich*, Nr. 10126/82, 21.6.1988, N. 32.

2161 Statt vieler Kiener/Kälin/Wyttenbach, § 9 N. 41 ff.; zu den Anforderungen an die gesetzliche Grundlage gemäss der EMRK Villiger, Rz. 642 ff., je m.w.H.

2162 So aber § 11 PolZ/ZH; vgl. Zumsteg, Demonstrationen, Rz. 509 und 600.

ausgeschlossen, wenn der Gesetzgeber – etwa aufgrund regelmässig wiederkehrender Bedrohungen für die öffentliche Sicherheit und Ordnung – Gelegenheit gehabt hätte, zu legiferieren.[2164] Das Kriterium der Vorhersehbarkeit wird im Rahmen der Verhältnismässigkeit geprüft.[2165]

Relevant ist bei Versammlungen im Weiteren, dass nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung die Anforderungen an die **Bestimmtheit** der gesetzlichen Grundlage im Polizeirecht herabgesetzt sind.[2166] Dies ist in der Lehre zu Recht auf Kritik gestossen, weil es sehr wohl möglich ist, die typischen Situationen der Polizeitätigkeit und die dabei zulässigen Zwangsmittel zu regeln; es könnten ansonsten auch keine internen Weisungen diesbezüglich existieren.[2167] 49

Ebenso gelten herabgesetzte Anforderungen an die gesetzliche Grundlage im **Sonderstatusverhältnis**, was sich in Art. 11 Abs. 2 Satz 2 EMRK spiegelt.[2168] Eine tiefere Normstufe ist nach hier vertretener Auffassung allerdings nur zulässig, soweit es um Einschränkungen geht, die sich klarerweise aus dem Zweck des Sonderstatusverhältnisses ergeben. Demgegenüber ist eine besondere Normdichte erforderlich, wenn die fraglichen Grundlagen durch juristische Laien angewandt werden, wie dies etwa bei einer Gefängnisordnung die Regel sein dürfte.[2169] 50

Nach geltender bundesgerichtlicher Rechtsprechung kann zudem ein Gemeinwesen als Folge seiner **Sachherrschaft** über den öffentlichen Raum eine Bewilligungspflicht für gesteigerten Gemeingebrauch ohne besondere gesetzliche Grundlage einführen. Die Sachherrschaft soll hier an die Stelle der gesetzlichen Grundlage treten.[2170] Die – soweit ersichtlich – einhellige Lehre lehnt dies mit guten Gründen ab: Erstens ergeben sich weder aus Art. 36 Abs. 1 BV noch aus Art. 5 Abs. 1 BV Hinweise darauf, dass eine solche Ausnahme 51

2163 Ausführlich zu den Voraussetzungen Kiener/Kälin/Wyttenbach, § 9 N. 84 ff.

2164 EGMR *Gsell gegen die Schweiz*, Nr. 12675/05, vom 8.10.2009, N. 61; demgegenüber behält das Bundesgericht, Urteil 1C_35/2015 vom 28. 10.2015 E. 3.3, die Wahrnehmung von Schutzpflichten ausdrücklich vor.

2165 Kiener/Kälin/Wyttenbach, § 9 N. 89 ff.; Tschannen/Müller/Kern, Rz. 1545 f.

2166 BGE 136 I 87 E. 3.1; BGE 128 I 327 E. 4.2; zu den Anforderungen an die Normdichte unter der EMRK Harris/O'Boyle/Bates/Buckley, S. 691 f., m.w.H.

2167 Kiener/Kälin/Wyttenbach, § 9 N. 81; SGK-Schweizer/Krebs, N. 26 zu Art. 36 BV, m.w.H.

2168 BGE 99 Ia 262 E. III./5; BGE 118 Ia 64 E. 3; Harris/O'Boyle/Bates/Buckley, S. 731 f.

2169 SGK-Errass, N. 76 zu Art. 22 BV; Kiener/Kälin/Wyttenbach, § 9 N. 74 ff.

2170 BGE 100 Ia 392 E. 3; BGE 135 I 302 E. 3.2 (Frage offen gelassen).

vom Legalitätsprinzip in diesem Bereich zulässig wäre. Vielmehr sprechen, zweitens, Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit dafür, auch hier eine hinreichende gesetzliche Norm zu schaffen. Soweit Grundrechte betroffen sind, ist, drittens, zu unterstreichen, dass bereits die Einführung einer Bewilligungspflicht eine Einschränkung dieser Grundrechte darstellt, welche nach Art. 36 BV zu rechtfertigen ist. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts geht, viertens, vom falschen Verständnis aus, dass der Staat wie ein Privater über «seinen» Grund und Boden verfügen kann. Richtigerweise ist seine Stellung aber treuhänderisch zu verstehen: Die Behörden koordinieren die knappe Ressource Boden, damit alle Rechtsunterworfenen dort bestmöglich ihre Interessen und Ansprüche verwirklichen können.[2171] Das Bundesgericht hat seine entsprechende Praxis trotz dieser Kritik bisher nicht widerrufen.[2172]

b. Rechtfertigendes Interesse

52 Bei Einschränkungen der Versammlungsfreiheit stehen als öffentliche Interessen die klassischen **Polizeigüter** und die geordnete Nutzung des öffentlichen Raums im Vordergrund.[2173] Dabei kam in der Corona-Pandemie dem gewichtigen Interesse der öffentlichen Gesundheit eine herausgehobene Rolle zu.[2174]

53 Verwirrlich ist die in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung anzutreffende Formulierung, dass bei Versammlungen im öffentlichen Raum **weitergehende Einschränkungen** zulässig seien.[2175] Richtig daran ist nur, dass im öffentlichen Raum in der Regel mehr Interessen und Ansprüche aufeinandertreffen, die es zu berücksichtigen gilt, als dies im Privaten der Fall ist.[2176] Dabei ist allerdings nochmals zu unterstreichen, dass der öffentliche Raum gerade als Forum für den Austausch von Meinungen dient.[2177]

2171. Vgl. etwa Biaggini, N. 9 zu Art. 36 BV; Kiener/Kälin/Wyttenbach, § 9 N. 95; CR-Malinverni, N. 114 zu Art. 22 BV; Moeckli, S. 267; Tschannen/Müller/Kern, Rz. 1393 ff.; Zumsteg, Demonstrationen, Rz. 157.

2172. BGE 138 I 274 E. 3.3 (Zulässigkeit der bisherigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung bestätigt).

2173. CR-Malinverni, N. 49 ff. zu Art. 22 BV; unter Art. 11 EMRK wird meist die Aufrechterhaltung der Ordnung als Interesse angerufen, vgl. Villiger, Rz. 822, m.w.H.

2174. Vgl. oben N. 38.

2175. BGE 127 I 164 E. 3b; BGE 124 I 267 E. 3a.

2176. Zumsteg, Demonstrationen, Rz. 255, m.w.H.

2177. Vgl. oben N. 39.

Ein weiteres häufiges Eingriffsinteresse bei Versammlungen ist der **Schutz von Grundrechten Dritter**.[2178] Zumindest gilt dies im öffentlichen Raum, wo bei Versammlungen typischerweise verschiedene (grundrechtliche) Ansprüche tangiert sind.[2179] Dann spricht man auch von mehrpoligen Grundrechtsverhältnissen.[2180] Sind die involvierten Interessen gegenläufig, so führt die Verwirklichung des einen Grundrechts zwangsläufig zu einer Einschränkung bei einem anderen Grundrechtsträger.[2181] Der Staat als Adressat der Grundrechte muss zwischen diesen Polen vermitteln.[2182] Eine unmittelbare Wirkung zwischen Privaten, eine direkte Horizontalwirkung, entfaltet die Versammlungsfreiheit hingegen nicht.[2183] 54

Das Vorliegen eines rechtfertigenden Interesses zur Einschränkung der Versammlungsfreiheit rundweg verneint hat der EGMR schliesslich bei unterschiedlichen Vorfällen, welche den russischen Oppositionellen Aleksey Navalnyy betrafen.[2184] Im Gegenteil hat sich der EGMR ausnahmsweise auf Art. 18 EMRK gestützt und festgehalten, dass die staatlichen Einschränkungen von Art. 11 EMRK einen **unzulässigen Zweck** verfolgten.[2185] Es sei den Behörden in Wahrheit um die Unterdrückung des politischen Pluralismus gegangen, der unerlässlicher Bestandteil eines demokratischen Rechtsstaats ist.[2186] 55

c. Verhältnismässigkeit

Die Verhältnismässigkeitsprüfung, welche Art. 36 Abs. 3 BV fordert, orientiert sich am Interesse, welches der Staat als Rechtfertigung für die 56

2178 Dazu allgemein Kiener/Kälin/Wyttenbach, § 9 N. 114 ff.; SGK-Schweizer/Krebs, N. 50 f. zu Art. 36 BV.

2179 Zu denken ist etwa an eine Demonstration, die neben dem Fussgängerverkehr auch den öffentlichen und individuellen Verkehr beeinträchtigt und dadurch auch das an die Demonstrationsroute angrenzende Gewerbe.

2180 Müller, Verwirklichung, S. 132 ff., m.w.H.

2181 Müller, Verwirklichung, S. 133; eine sogenannte Grundrechtskollision, dazu Kiener/Kälin/Wyttenbach, § 7 N. 11 ff.

2182 Vgl. unten N. 58.

2183 Vgl. oben N. 25.

2184 EGMR (Grosse Kammer), *Navalnyy gegen Russland*, Nr. 29580/12, 15.11.2018, N. 126.

2185 Zum Gehalt von Art. 18 EMRK SHK-Gonin, N. 1 ff. zu Art. 18 EMRK; Villiger, Rz. 982 ff.

2186 EGMR (Grosse Kammer), *Navalnyy gegen Russland*, Nr. 29580/12, 15.11.2018, N. 166 ff., insb. N. 175 f. Russland hatte sich auf die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung und den Schutz von Grundrechten Dritter als Eingriffsinteresse berufen, vgl. ebenda, N. 94.

Grundrechtseinschränkung anruft, und setzt sich aus den Elementen der **Eignung, Erforderlichkeit und Zumutbarkeit** zusammen.[2187]

57 Von den genannten typischen Einschränkungen der Versammlungsfreiheit wird in einem Teil der Lehre geltend gemacht, dass eine Bewilligungspflicht nicht erforderlich sei, sondern mit der **Meldepflicht** ein milderes Mittel vorhanden wäre.[2188] Das ist auf den ersten Blick nachvollziehbar, weil die Meldepflicht kein Verwaltungsverfahren auslöst, das mit der Erteilung einer Bewilligung abgeschlossen wird. Die Rechtmässigkeit privaten Handelns hängt einzig von einer vorgängigen Meldung an die Behörden ab.[2189] Allerdings ist eine Meldepflicht nicht gleich geeignet wie eine Bewilligungspflicht, um einen Ausgleich zwischen den involvierten Interessen zu finden: Erstens ist bei Versammlungen regelmässig ein Gleichgewicht zwischen zahlreichen privaten und öffentlichen Interessen zu finden. Die tatsächliche Situation ist komplex. Deshalb kann nicht gesagt werden, es bedürfe keiner intensiven staatlichen Begleitung und blosse Stichproben würden genügen, wie es für eine Meldepflicht typisch wäre.[2190] Zweitens muss der Staat in der Begründung der Bewilligung (oder ihrer Verweigerung) seine Interessenabwägung transparent machen, was zu einer nachvollziehbaren und überprüfbaren Praxis führt. Drittens signalisiert die Bewilligung gegenüber allen anderen betroffenen Personen, dass die bewilligte Versammlung über die notwendige rechtliche Legitimität verfügt und notfalls auch staatlich geschützt wird.[2191] Sodann muss und darf das Erfordernis einer vorgängigen Bewilligung, viertens, nicht absolut gehandhabt werden. Spontane Versammlungen müssen weiterhin zulässig sein.[2192] Ein plötzliches Ereignis, etwa ein Ergebnis einer Volksabstimmung, kann nämlich zum berechtigten Wunsch auf eine unmittelbare Reaktion

2187 Statt vieler Kiener/Kälin/Wyttenbach, § 9 N. 119 ff.; zu den Anforderungen an die Notwendigkeit einer Massnahme gemäss der EMRK Villiger, Rz. 650 ff.

2188 BSK-Hertig, N. 17 zu Art. 22 BV, m.w.H.; demgegenüber verneint Villiger, Rz. 821, dass nach dem Verständnis der EMRK die blosse Statuierung einer Bewilligungspflicht schon eine Einschränkung darstellt.

2189 Zur Abgrenzung von Bewilligungspflicht und Meldepflicht statt vieler Tschannen/Müller/Kern, Rz. 1183 f.

2190 Vgl. wiederum Tschannen/Müller/Kern, Rz. 1183 f.

2191 Wyssmann, S. 107 ff.; Zumsteg, Demonstrationen, Rz. 275 f., je m.w.H. Damit soll nicht gesagt werden, dass eine zwar friedliche, aber unbewilligte Demonstration nicht vor allfälligen Gewalttaten geschützt werden müsste. Grundrechtlichen Schutzpflichten können unabhängig von einer Bewilligungserteilung entstehen.

2192 Grabenwarter/Pabel, § 23 N. 83; SGK-Errass, N. 69 zu Art. 22 BV.

durch eine Demonstration führen, wobei dann die Zeit fehlt, um entsprechende Fristen des Bewilligungsverfahrens einzuhalten.[2193]

Schliesslich ist noch anzumerken, dass der Ausgleich bei mehrpoligen Grundrechtsverhältnissen auch mit der **Herstellung praktischer Konkordanz** umschrieben wird.[2194] Damit ist gemeint, dass alle beteiligten Grundrechtsinteressen möglichst optimal verwirklicht werden.[2195] Anders als bei einer gewalttätigen Störung, vor welcher eine Versammlung zu schützen ist,[2196] ist etwa eine friedliche Gegendemonstration grundsätzlich zulässig.[2197] Wird um Durchführung einer solchen ersucht, stehen räumliche und zeitliche Auflagen im Fokus, um beide Versammlungen zu ermöglichen. Ein komplettes Verbot beider Versammlungen muss ultima ratio bleiben.[2198] 58

d. Kerngehalt

Was nach Art. 36 Abs. 4 BV zum unantastbaren Kerngehalt der Versammlungsfreiheit gehört, hat die bundesgerichtliche Rechtsprechung bisher kaum geklärt.[2199] Das höchste Gericht hat lediglich festgehalten, dass ein Vermummungsverbot, von welchem Ausnahmen bewilligt werden können, den Kerngehalt der Meinungs- und Versammlungsfreiheit nicht berührt.[2200] Daraus zieht Errass zu Recht den Schluss, dass ein **absolutes Vermummungsverbot** kerngehaltswidrig wäre – es sind Versammlungen denkbar, bei welchen die Unkenntlichmachung gerade der entscheidende Teil der Meinungsäusserung ist und für welche deshalb Ausnahmen möglich sein müssen.[2201] 59

Ebenso gehört nach hier vertretener Auffassung zum Kerngehalt von Art. 22 BV, dass ein **Bewilligungserfordernis** für Versammlungen im Privaten oder 60

2193 CCPR, General Comment 37, CCPR/C/GC/37, Rz. 72. Vgl. etwa <https://www.srf.ch/news/ahv-reform-hunderte-frauen-protestieren-in-bern-gegen-hoeheres-rentenalter>, zuletzt abgerufen am 31.5.2023.

2194 BGE 139 I 16 E. 4.2.2; BGE 129 I 173 E. 5.1, je m.w.H.

2195 Kiener/Kälin/Wyttenbach, § 9 N. 144; Müller, Verwirklichung, S. 136 ff.

2196 Vgl. oben N. 29.

2197 Vgl. oben N. 23.

2198 BGE 132 I 256; vgl. auch Harris/O'Boyle/Bates/Buckley, S. 693 f., m.w.H.

2199 Biaggini, N. 9 zu Art. 22 BV; Kiener/Kälin/Wyttenbach, § 22 N. 27.

2200 BGE 117 Ia 472 E. 3f.; vgl. auch CCPR, General Comment 37, CCPR/C/GC/37, Rz. 60.

2201 SGK-Errass, N. 42 zu Art. 22 BV; Kiener/Kälin/Wyttenbach, § 18 N. 13, unter Hinweis auf BGE 117 Ia 472 E. 3c. In E. 3g/bb nennt das Bundesgericht als Beispiel «Veranstaltungen gegen die schlechte Luft mittels Gasmasken».

für Spontandemonstrationen unzulässig wäre. Ersteres würde die Privatsphäre faktisch ihres Gehalts berauben. Letzteres würde Spontandemonstrationen praktisch unmöglich machen. Versammlungen als Reaktion auf ein plötzliches Ereignis müssen aber möglich bleiben.[2202]

61 Kerngehaltswidrig wäre auch ein **unbefristetes und vollständiges Verbot** von Versammlungen an sich.[2203]

62 Das **Zensurverbot** i.S.v. Art. 17 Abs. 2 BV stellt nach wohl überwiegender Auffassung in der Lehre ein Kerngehalt aller Kommunikationsgrundrechte dar.[2204] Dem kann für die Versammlungsfreiheit insofern gefolgt werden, als dass die präventive und systematische Inhaltskontrolle von an Versammlungen geäusserten Meinungen untersagt ist.[2205] Zulässig ist es aber, das Thema einer Versammlung, insbesondere einer Demonstration, zu erfragen, damit die Behörden eine Risikoanalyse durchführen können.[2206] Um dies von genauen inhaltlichen Auskünften abzugrenzen, hat der Gesetzgeber den Umfang der vorgängig zu erteilenden Informationen zu umschreiben.[2207]

63 Dem System der EMRK sind Kerngehaltsgarantien fremd, das völkerrechtliche ius cogens und die notstandsfesten Garantien der EMRK weisen aber Parallelen mit den Kerngehalten auf.[2208] Bezüglich der Versammlungsfreiheit ist allerdings festzuhalten, dass diese nicht zum ius cogens gehört und Art. 11 EMRK im **Notstandsfall** durch die Staaten derogiert werden kann (Art. 15 EMRK).[2209]

2202 Vgl. oben N. 57.

2203 SGK-Errass, N. 42 zu Art. 22 BV; Kiener/Kälin/Wyttenbach, § 22 N. 28. Ebenso unzulässig sind Massnahmen, die sich wie ein Verbot auswirken, vgl. BGE 148 I 33 E. 7.8.2 und 8.1 (Beschränkung auf 15 Personen entleert Versammlungsfreiheit «faktisch ihres Gehalts» und komme «einem faktischen Verbot» gleich, was aber über Art. 36 Abs. 3 BV gelöst wird).

2204 SGK-Errass/Rechsteiner, N. 90 zu Art. 17 BV; Kiener/Kälin/Wyttenbach, § 18 N. 28; differenzierend Biaggini, N. 16 zu Art. 17 BV.

2205 SGK-Errass, N. 42 zu Art. 22 BV; BSK-Zeller/Kiener, N. 39 zu Art. 17 BV, je m.w.H.

2206 Wyssmann, S. 89; Zumsteg, Demonstrationen, Rz. 296, m.w.H.

2207 Vgl. Müller, Verwirklichung, S. 100.

2208 Biaggini, N. 24 zu Art. 36 BV; Kiener/Kälin/Wyttenbach, § 6 N. 15 ff. Zum Begriff des ius cogens Kälin/Epiney/Caroni/Künzli/Pirker, S. 86 ff.

2209 Kälin/Epiney/Caroni/Künzli/Pirker, S. 88; zu den Voraussetzungen der Derogation SHK-Gonin, N. 10 ff. zu Art. 15 EMRK; Villiger, Rz. 968 ff. Vgl. auch CCPR, General Comment 37, CCPR/C/GC/37, Rz. 96 f.

D. Verwirklichung der Versammlungsfreiheit

Unabhängig von individual-rechtlich durchsetzbaren Ansprüchen ist der Staat verpflichtet, zur Verwirklichung der Grundrechte und damit auch der Versammlungsfreiheit beizutragen (Art. 35 BV).[2210] Die umfassende Wirkung der Kommunikationsgrundrechte in der Rechtsordnung soll die Grundlagen für die **demokratische Willensbildung** – und damit demokratisch legitime Entscheide – sichern.[2211] 64

Diese objektiv-rechtliche Dimension bindet alle Staatsgewalten, richtet sich aber primär an den **Gesetzgeber**.[2212] 65

Hinsichtlich der Regelung der Nutzung des öffentlichen Raums sind dabei hauptsächlich die **Kantone und Gemeinden** in der Verantwortung; sie müssen sicherstellen, dass allen Anliegen, die sich auf den öffentlichen Raum richten, Rechnung getragen wird.[2213] 66

Darüber hinaus kann auch der **Bundesgesetzgeber** zur Verwirklichung der Versammlungsfreiheit tätig werden. So etwa, wenn er in Art. 336 Abs. 1 lit. b OR bestimmt, dass eine Kündigung missbräuchlich ist, wenn eine Partei sie ausspricht, weil die andere Partei ein verfassungsmässiges Recht ausübt, es sei denn, dies verletze eine Pflicht aus dem Arbeitsverhältnis oder beeinträchtige wesentlich die Zusammenarbeit im Betrieb.[2214] Arbeitnehmende haben demnach grundsätzlich das Recht, gegen Zustände im Verantwortungsbereich der Arbeitgeberin zu demonstrieren.[2215] Schliesslich ist der Entwurf von nArt. 332a Abs. 2 lit. g StGB (Übertretung des Gesichtsverhüllungsverbot) aus grundrechtlicher Sicht ebenfalls positiv zu werten.[2216] Der Bundesrat schlägt darin vor, die Strafbarkeit entfallen zu lassen bei einer «Versammlung im öffentlichen Raum, wenn die Gesichtsverhüllung zur Ausübung der 67

2210 Umfassende Darstellung bei Müller, Verwirklichung, passim.

2211 Schefer, Kommunikationsgrundrechte, Rz. 34 f.

2212 Kiener/Kälin/Wyttenbach, § 4 N. 42 ff.; Müller, Verwirklichung, S. 62 ff.

2213 SGK-Errass, N. 46 zu Art. 22 BV; Zumsteg, Demonstrationen, Rz. 347 und Rz. 359 ff. zu den einschlägigen Regeln in der Stadt Zürich.

2214 Beispiel nach SGK-Errass, N. 46 zu Art. 22 BV.

2215 Vgl. CCPR, General Comment 37, CCPR/C/GC/37, Rz. 31. Hassbotschaften auf Facebook eines nach öffentlichem Personalrecht angestellten Assistenten im Sicherheitsbereich können aber zu dessen Entlassung führen, vgl. Urteil 8C_17/2022 vom 16. 8.2022.

2216 Zum Stand der Umsetzung von Art. 10a BV vgl. <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/gesellschaft/gesetzgebung/verhuellungsverbot.html>, zuletzt abgerufen am 31.5.2023.

Grundrechte der Meinungsäusserungsfreiheit oder der Versammlungsfreiheit notwendig ist oder wenn es sich dabei um eine bildliche Meinungsäusserung handelt, die die öffentliche Sicherheit und Ordnung nicht beeinträchtigt».[2217]

68 Hinzu kommt die **grundrechtskonforme Auslegung** von Rechtsnormen durch Exekutive und Judikative.[2218] Im Kontext der Versammlungs- und Meinungsfreiheit stehen dabei insbesondere die Art. 260 StGB (Landfriedensbruch), Art. 181 StGB (Nötigung) und Art. 261bis StGB (Diskriminierung und Aufruf zu Hass) im Vordergrund.[2219]

E. Neue Technologien und Versammlungsfreiheit

69 Die Digitalisierung verändert zahlreiche Lebensbereiche und vor allem auch die Art und Weise, wie wir miteinander kommunizieren.[2220] Entsprechend müssen auch die Kommunikationsgrundrechte auf dieses Phänomen reagieren. Allerdings ist schon die Frage, ob **virtuelle Versammlungen** – z.B. über Videokonferenzen – ebenfalls unter den Versammlungsbegriff fallen, in der Rechtsprechung ungeklärt und in der Lehre umstritten.[2221] Nach hier vertretener Ansicht ist sie zu bejahen und zwar aus folgenden Gründen: Erstens können auch virtuelle Zusammenkünfte «einem weit verstandenen gegenseitig meinungsbildenden oder meinungsäussernden Zweck» dienen.[2222] Zweitens schützt das traditionell verstandene Grundrecht Versammlungen im Privaten sowie öffentliche Versammlungen, welche auf privatem Grund stattfinden.[2223] Deshalb muss es grundsätzlich unerheblich sein, dass das Internet und insbesondere die Sozialen Medien im Wesentlichen durch Private zur Verfügung gestellt werden.[2224] Schliesslich, drittens, sind auch Vorbereitungen einer Versammlung bereits grundrechtlich geschützt.[2225]

2217 Vgl. Vischer, Rz. 74, und oben N. 59.

2218 Kiener/Kälin/Wyttenbach, § 4 N. 49; Schefer, Kommunikationsgrundrechte, Rz. 30.

2219 SGK-Errass, N. 47 zu Art. 22 BV; CR-Malinverni, N. 79 ff. zu Art. 22 BV; Nötigung durch Blockade einer Autobahn allerdings bejaht in BGE 134 IV 216.

2220 Magarian, S. 351, m.w.H.

2221 Bejahend etwa BSK-Hertig, N. 6 zu Art. 22 BV; verneinend hingegen Biaggini, N. 8 zu Art. 22 BV; offen gelassen bei Arndt/Engels/von Oettingen, N. 5 zu Art. 11 EMRK, je m.w.H.

2222 Zum Versammlungsbegriff und der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichts oben N. 3 ff. Zu den besonderen Fragen, die sich stellen, wenn nicht Personen (direkt) kommunizieren, sondern maschinelle Äusserungen zu beurteilen sind, vgl. Schefer, Kommunikationsgrundrechte, Rz. 60 ff. und 103 ff., m.w.H.

2223 Vgl. oben N. 25.

Dieser Schutz darf nicht entfallen, nur weil etwa eine Besprechung zwecks Organisation einer Demonstration online stattfindet.[2226]

Eine von der Anwendbarkeit der Versammlungsfreiheit zu trennende Frage ist diejenige, ob und wie das Internet und Soziale Medien staatlicher **Regulierung** unterworfen werden können und sollen. Aus Sicht der Versammlungsfreiheit stehen dabei folgende Probleme im Raum: Auf den ersten Blick ist das Angebot an digitalen Informationsquellen und Austauschmöglichkeiten sehr gross. Dies führt dazu, dass ein eigentlicher Kampf um die Aufmerksamkeit der Nutzenden stattfindet. Der mit diesem Kampf einhergehende Verdrängungsprozess hat wiederum zur Folge, dass die digitalen Foren unserer Zeit von einigen wenigen Privaten kontrolliert werden. Diese sind primär ihrerseits grundrechtsberechtigt und anders als der Staat nicht grundrechtlich verpflichtet, allen Personen unterschiedslos Zugang zu ihrer Infrastruktur zu gewähren.[2227] Überdies steht jede Regulierung vor der Herausforderung, dass der digitale Raum entgrenzt ist – wie das Smartphone eindrücklich beweist. Ein auf einen einzelnen Staat beschränktes Regelwerk wird deshalb kaum Wirkung entfalten.[2228] 70

Schliesslich führt die heute zur Verfügung stehende Technologie dazu, dass der Staat auf neue Art und Weise in die Versammlungsfreiheit eingreifen kann. Zu erwähnen sind insbesondere der Einsatz von Software zum **Gesichtsbildabgleich und Drohnen.** Bereits existieren dazu auch Projekte in der Schweiz: Das Bundesamt für Polizei möchte den manuellen Abgleich von Gesichtsbildern automatisieren und nennt als Anwendungsfeld die Pädokriminalität und Geldautomatensprengungen.[2229] Diese Technik kann aber auch dazu benutzt werden, laufend oder nachträglich Personen zu identifizieren, welche an einer Versammlung teilnehmen.[2230] Damit ist eine 71

2224 Der Supreme Court der Vereinigten Staaten hielt denn auch schon dafür, das Internet stelle «vast democratic forums» zur Verfügung, Reno v. American Civil Liberties Union, 521 US 844, 868 (1997).

2225 Vgl. oben N. 4.

2226 Ebenfalls deutlich für ein solches Verständnis des sachlichen Schutzbereichs auch CCPR, General Comment 37, CCPR/C/GC/37, Rz. 10 und 33 f.

2227 Magarian, S. 352 ff., m.w.H.

2228 Magarian, S. 356 f., m.w.H. Der Autor weist zu Recht darauf hin, dass zumindest die Regulierung in den Vereinigten Staaten von erheblicher Bedeutung ist, «[g]iven the importance of US-based intermediaries for Internet communication».

2229 Vgl. <https://www.fedpol.admin.ch/fedpol/de/home/sicherheit/personenidentifikation-neu/gesichtsbildabgleich.html>, zuletzt abgerufen am 31.5.2023.

erhebliche Abschreckungswirkung verbunden, da heute keine standardmässigen Personenkontrollen bei Versammlungen – auch nicht bei Demonstrationen im öffentlichen Raum – durchgeführt werden, neu aber potentiell alle Teilnehmenden einer Versammlung identifiziert werden können.[2231] Ein Einsatz dieser Technik kann deshalb nur gestützt auf eine formell-gesetzliche Grundlage und eine strenge Verhältnismässigkeitsprüfung im Einzelfall erfolgen.[2232] Analoges gilt für das Aufklärungs-Drohnen-System (ADS 15) der Schweizer Luftwaffe.[2233] Dieses Gerät kann auf über 7 Kilometer Höhe fliegen und liefert gleichzeitig bessere Bilder, als sie heute mit dem Hubschrauber gemacht werden können.[2234] Die Verordnung über die Unterstützung ziviler oder ausserdienstlicher Tätigkeiten mit militärischen Mitteln (VUM) genügt deshalb nicht als Grundlage, wenn ein Kanton oder eine Gemeinde dieses Mittel der Armee bei Versammlungen nutzen möchte. Dazu muss eine gesonderte – und hinreichende – Rechtsgrundlage bestehen.

IV. ZUKUNFT DER VERSAMMLUNGSFREIHEIT

72 Ist die Freiheit, sich in der realen Welt zu versammeln, nach dem Gesagten zukünftig überhaupt noch von Relevanz? Oder werden sich die Menschen endgültig in digitale Filterblasen zurückziehen, in welchen sie sich höchstens noch mit Gleichgesinnten austauschen?[2235] – Nach hier vertretener Auffassung wird die Versammlungsfreiheit auch in der Zukunft eine grosse Bedeutung haben. Die technologische Entwicklung vereinfacht die Organisation von Versammlungen, aber die digitale Präsenz kann ein **reales Zusammenkommen** nicht ersetzen.[2236] Einerseits gilt dies für die sich versammelnden Personen, welche eine reale Gemeinschaft und Solidarität erfahren – und zwar mit allen Sinnen.[2237] Andererseits gilt dies auch für das

2230 Vgl. etwa <https://www.theguardian.com/uk-news/2023/may/03/metropolitan-police-live-facial-recognition-in-crowds-at-king-charles-coronation>, zuletzt abgerufen am 31.5.2023.

2231 CCPR/C/GC/37, Rz. 10 und 62; Magarian, S. 360 ff. Vgl. zur Abschreckungswirkung oben N. 42.

2232 Vgl. für die Abschreckungswirkung des Observierens und Registrierens von Teilnehmenden oben N. 42 f. und für die Rechtfertigung oben N. 47 ff.

2233 Vgl. <https://www.vtg.admin.ch/de/einsatzmittel/luft/hermes-900-hfe-ads-15.html>, zuletzt abgerufen am 31.5.2023.

2234 Vgl. <https://elbitsystems.com/product/hermes-900/>, zuletzt abgerufen am 31.5.2023.

2235 Eindrücklich Pariser, passim; vgl. auch Magarian, S. 367 f.

2236 Zick, S. 372 und 387 f., m.w.H.

2237 Zick, S. 372; CCPR/C/GC/37, Rz. 1.

Aussen: Wenn Menschen sicht- und hörbar ein gemeinsames Anliegen äussern, ist dies von einer anderen Qualität, als ein «Like» auf den Sozialen Medien.[2238] In den Worten des Bundesgerichts: «Der Stellenwert von physischen Demonstrationen als Mittel der demokratischen Meinungsäusserung wird dadurch reduziert, aber nicht aufgehoben, da Online-Aktionen in der Regel auf weniger Resonanz treffen als namentlich Veranstaltungen auf öffentlichem Grund».[2239]

Auch und gerade in einer digitalen Welt können nicht nur virtuelle, sondern auch physische Versammlungen – insbesondere für Minderheiten – ein wirksames Mittel sein, um die breite **Öffentlichkeit** auf ihre Anliegen aufmerksam zu machen.[2240] Die technischen Möglichkeiten mögen in grossem Tempo immer weiter ausgebaut werden, aber was Jörg Paul Müller bereits vor Jahrzehnten festhielt, bleibt zutreffend: «Es gibt keine objektiven Indizien dafür, daß irgendeine Person oder Gruppe besser als irgendeine andere weiß, was für alle gut ist. In einem demokratischen Kontext bildet die Gleichwertigkeit aller den normativen Kern der Gleichheit. Für die Gestaltung einer Rechtsordnung, in der kein grundsätzlicher Vorrang von Einzelnen oder Gruppen besteht, ist darum unerläßlich, dass die Anliegen aller miteinander vermittelt werden».[2241] 73

Zum Autor

Patrice Martin Zumsteg, Dr. iur., ist wissenschaftlicher Mitarbeiter und Dozent für Staats- und Verwaltungsrecht an der Zürcher Hochschule für angewandte Wissenschaften ZHAW, Winterthur, sowie Rechtsanwalt bei AAK Anwälte und Konsulenten AG, Zürich. Er ist erreichbar unter zumg@zhaw.ch

Der Autor dankt der Herausgeberschaft, Stefan Schlegel und Odile Ammann, sowie den beiden anonymen Personen, welche den Review übernommen haben, für wertvolle Rückmeldungen zu frühreren Versionen des Textes.

2238 Zick, S. 387 f.
2239 BGE 148 I 33 E. 7.8.1.
2240 Harris/O'Boyle/Bates/Buckley, S. 685; Schefer, Kommunikationsgrundrechte, Rz. 34 ff.
2241 Müller, Demokratische Gerechtigkeit, S. 22.

WEITERE EMPFOHLENE LEKTÜRE

Bosshart Jürg, Demonstrationen auf öffentlichem Grund, Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Aspekte zum Problem der Demonstrationsfreiheit, Diss., Zürich 1973.

Daly Aoife, A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, Article 15, The Right to Freedom of Association and to Freedom of Peaceful Assembly, Leiden/Boston 2016.

Jaag Tobias, Gemeingebrauch und Sondernutzung öffentlicher Sachen, ZBl 93 (1992), S. 145 ff.

Jacquat Graziella, La liberté de réunion en droit suisse, Diss., Zürich 1982.

Kern Markus, Kommunikationsgrundrechte als Gefahrenvorgaben, Umgang mit kommunikationsbedingten Gefahren in den Rechtsordnungen der USA, Deutschlands und der Schweiz, Diss., Zürich/Basel/Genf 2012.

Malinverni Giorgio, La liberté de réunion, Etude de droit constitutionnel suisse, Genf 1981.

Moeckli Daniel, Exclusion from Public Space, A Comparative Constitutional Analysis, Habil., Cambridge 2016.

Moser André Werner, Der öffentliche Grund und seine Benützung, im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und unter besonderer Berücksichtigung der Rechtslage im Kanton Bern, Diss., Bern 2011.

Poledna Tomas, Staatliche Bewilligungen und Konzessionen, Habil., Bern 1994.

Rüesch Adrian, Die Versammlungsfreiheit nach schweizerischem Recht, Diss., Zürich 1983.

Salát Orsolya, The Right to Freedom of Assembly, A Comparative Study, Oxford und Portland (Oregon) 2015.

Saxer Urs, Die Grundrechte und die Benutzung öffentlicher Strassen, Eine Untersuchung der Bundesgerichtspraxis unter Berücksichtigung deutscher Entscheidungen, Diss., Zürich 1988.

Siehr Angelika, Das Recht am öffentlichen Raum, Theorie des öffentlichen Raumes und die räumliche Dimension von Freiheit, Habil., Tübingen 2016.

Thurnheer Simon, Demonstrationsfreiheit in England und der Schweiz, Eine vergleichende Untersuchung und ein Beitrag zur Grundrechtsdogmatik, Diss., Zürich/Basel/Genf 2010.

Uebersax Peter, La liberté de manifestation, RDAF 2006, S. 25 ff.

Wyssmann Ursula, Nutzungskonflikte im öffentlichen Raum, Dargestellt am Beispiel des Bahnhofs Bern, Diss., Zürich/St. Gallen 2009.

Zumsteg Patrice Martin, Demonstrationen in der Stadt Zürich, Verwaltungsrecht und Behördenpraxis am Massstab der Versammlungs- und Meinungsfreiheit, Diss., Zürich/Basel/Genf 2020.

LITERATURVERZEICHNIS

Arndt Felix/Engels Anja/von Oettingen Anna, in: Karpenstein Ulrich/Mayer Franz C. (Hrsg.), EMRK, Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, 3. Aufl., München und Basel 2022.

Baigger Katja, Neonazis treffen sich in Waldhütte, NZZ vom 20. Juni 2022, S. 11.

Biaggini Giovanni, BV Kommentar, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017.

Errass Christoph, in: Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (Hrsg.), Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen und Zürich/Basel/Genf 2023.

Errass Christoph/Rechsteiner David, in: Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (Hrsg.), Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen und Zürich/Basel/Genf 2023.

Gonin Luc, in: Gonin Luc/Bigler Olivier, Convention européenne des droits de l'homme (CEDH), Commentaire des articles 1 à 18 CEDH, Stämpflis Handkommentar, Bern 2018.

Grabenwarter Christoph/Pabel Katharina, Europäische Menschenrechtskonvention, 7. Aufl., München und Basel und Wien 2021.

Harris David/O'Boyle Michael/Bates Ed/Buckley Carla, Harris, O'Boyle, and Warbrick, Law of the European Convention on Human Rights, 4. Aufl., Oxford 2018.

Hertig Maya, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Basel 2015.

Kälin Walter/Epiney Astrid/Caroni Martina/Künzli Jörg/Pirker Benedikt, Völkerrecht, Eine Einführung, 5. Aufl., Bern 2022.

Kiener Regina/Kälin Walter/Wyttenbach Judith, Grundrechte, 3. Aufl., Bern 2018.

Magarian Gregory P., The Internet and Social Media, in: Stone Adrienne/Schauer Frederick (Hrsg.), The Oxford Handbook of Freedom of Speech, Oxford 2021, S. 350 ff.

Malinverni Giorgio, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Commentaire romand, Constitution fédérale, Basel 2021.

Moeckli Daniel, Politische Werbung auf öffentlichem Grund, recht 2013, S. 263 ff.

Mohler Markus, Grundzüge des Polizeirechts in der Schweiz, Basel 2012.

Moor Pierre/Bellanger François/Tanquerel Thierry, Droit administratif, Volume III: L'organisation des activités administratives, Les biens de l'Etat, 2. Aufl., Bern 2018.

Müller Jörg Paul, Demokratische Gerechtigkeit, Eine Studie zur Legitimität rechtlicher und politischer Ordnung, München 1993 (zit. Müller, Demokratische Gerechtigkeit).

Müller Jörg Paul, Verwirklichung der Grundrechte nach Art. 35 BV, Der Freiheit Chancen geben, Bern 2018 (zit. Müller, Verwirklichung).

Pariser Eli, The Filter Bubble, What the Internet is Hiding from You, New York 2011.

Schabas William A., Nowak's CCPR Commentary, U.N. International Covenant on Civil and Political Rights, 3. Aufl., Kehl am Rhein 2019.

Schefer Markus, Die Beeinträchtigung von Grundrechten, Zur Dogmatik von Art. 36 BV, Bern 2006 (zit. Schefer, Beeinträchtigung).

Schefer Markus, Kommunikationsgrundrechte, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Band II, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, S. 1413 ff. (zit. Schefer, Kommunikationsgrundrechte).

Schweizer Rainer J./Krebs Alina, in: Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (Hrsg.), Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen und Zürich/Basel/Genf 2023.

Tschannen Pierre/Müller Markus/Kern Markus, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Bern 2022.

Villiger Mark E., Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in Schweizer Fällen, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf und Baden-Baden und Wien 2020.

Vischer Benedict, Wie ist das Verhüllungsverbot mit den Grundrechten zu vermitteln?, Art. 10a BV im Kontext der Grund- und Menschenrechtsgarantien, Jusletter vom 4. April 2022.

Wyssmann Ursula, Nutzungskonflikte im öffentlichen Raum, Dargestellt am Beispiel des Bahnhofs Bern, Diss., Zürich/St. Gallen 2009.

Zeller Franz/Kiener Regina, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Basel 2015.

Zick Timothy, Parades, Picketing, and Demonstrations, in: Stone Adrienne/Schauer Frederick (Hrsg.), The Oxford Handbook of Freedom of Speech, Oxford 2021, S. 369 ff.

Zumsteg Patrice Martin, Demonstrationen in der Stadt Zürich, Verwaltungsrecht und Behördenpraxis am Massstab der Versammlungs- und Meinungsfreiheit, Diss., Zürich/Basel/Genf 2020 (zit. Zumsteg, Demonstrationen).

Zumsteg Patrice Martin, «Fridays for Future» und Menschenrechtsschutz, Sicherheit & Recht 2020, S. 4 ff. (zit. Zumsteg, «Fridays for Future»).

Zumsteg Patrice Martin, Versammlungsfreiheit und persönliche Freiheit, in: Helbing Lichtenhahn Verlag (Hrsg.), COVID-19, Ein Panorama der

Rechtsfragen zur Corona-Krise, Basel 2020, S. 801 ff. (zit.: Zumsteg, COVID-19).

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 26 BV

Eine Kommentierung von Stefan Schlegel

ZITIERVORSCHLAG

Stefan Schlegel, Kommentierung zu Art. 26 BV, in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (Hrsg.), Onlinekommentar zur Bundesverfassung

Kurzzitat: OK-Schlegel, Art. 26 BV N. XXX.

Art. 26 Eigentumsgarantie

[1] Das Eigentum ist gewährleistet.

[2] Enteignungen und Eigentumsbeschränkungen, die einer Enteignung gleichkommen, werden voll entschädigt.

GLIEDERUNG

I. Entstehungsgeschichte 470
II. Kontext 472
A. Starke institutionelle Komponente 472
B. Verhältnis zu anderen Bestimmungen 473
III. Inhalt der Eigentumsgarantie (Abs. 1) 477
A. Träger der Eigentumsgarantie 477
1. Ausschluss gewisser natürlicher Personen aus der Rechtsträgerschaft? 478
2. Gemeinwesen als Grundrechtsträger 479
B. Dimensionen der Eigentumsgarantie 480
1. Bestandesgarantie 480
2. Wertgarantie 481
3. Institutsgarantie 483
4. Kerngehalt 488
C. Sachlicher Schutzbereich 491
1. Eigentumstheorien 491
a. Schwächen der Eigentumstheorien 491
b. Kompromiss in der Praxis 493
c. Funktionales Verständnis von Eigentum als Navigationshilfe 495
2. Autonomie des verfassungsrechtlichen Eigentumsbegriffs 496
3. Wichtige Aspekte, in denen der Schutzbereich der Eigentumsgarantie unklar ist 498
a. Das Vermögen an sich 498
b. Öffentlich-rechtliche Ansprüche 502
c. Insbesondere: wohlerworbene Rechte 504
d. Insbesondere: vermögenswerte Interessen gegenüber dem Staat 506
e. Faktische Interessen 507
f. Zur Terminologie 509
g. Daten 509
4. Tiere 511
IV. Eingriffe in die Eigentumsgarantie (Art. 26 Abs. 2 BV) 512
A. Verhältnis von formeller und materieller Enteignung 512
1. Transaktion von Rechten 513
2. Besonderer Fall der Staatshaftung? 514
3. Die Rolle der gesetzlichen Grundlage und der demokratischen Legitimation 515
B. Formelle Enteignung 516
1. Praktisch wichtige Konstellation der formellen Enteignung I: nachbarrechtlicher Abwehrrechte 518
a. Vorhersehbarkeit, Spezialität und Schwere 519
b. Zwangsweise errichtete Dienstbarkeit? 521

c. Tragweite der Wertgarantie ... 523
2. Praktisch wichtige Konstellation der formellen Enteignung II: wohlerworbene Rechte ... 524
C. Materielle Enteignung ... 525
1. Positive Kriterien ... 526
2. Negative Kriterien ... 528
a. Entschädigungslosigkeit polizeilicher Eingriffe ... 528
b. Keine Neubestimmung des Eigentumsinhaltes ... 530
3. Zusammenfassung ... 535
D. Eingriffsvoraussetzungen ... 536
1. Gesetzliche Grundlage ... 536
2. Öffentliches Interesse ... 538
3. Verhältnismässigkeit ... 540
E. Folgen des Eingriffs in das Eigentum ... 541
1. Zum Begriff der vollen Entschädigung ... 541
2. Form und Bemessung der Entschädigung ... 542
V. Ausblick ... 545
Weitere empfohlene Lektüre ... 547
Literaturverzeichnis ... 548
Materialienverzeichnis ... 554

I. ENTSTEHUNGSGESCHICHTE

1 Gemessen an der Wichtigkeit, welche die Eigentumsgarantie historisch in Verfassungskämpfen und in der Philosophie der Grundrechte einnimmt,[2242] ist sie in den Verfassungsdokumenten des modernen Bundesstaates auffällig abwesend. Weder die Bundesverfassung von 1848 noch jene von 1874 enthielten eine Eigentumsgarantie. Das bedeutet jedoch nicht, dass das Eigentum vor der Aufnahme der Eigentumsgarantie in die Verfassung (siehe N. 2) grundrechtlich schutzlos war. Das Eigentum war in sämtlichen **kantonalen Verfassungen** geschützt. Der Wortlaut dieser Garantien unterschied sich zwar; ab 1948 hielt das Bundesgericht jedoch fest, dass sich ihr jeweiliger Schutzgehalt decke.[2243] Hinzu kam ein impliziter Schutz des Eigentums durch Art. 23 der Bundesverfassung von 1874. Dieser sah im Falle eines überwiegenden öffentlichen Interesses die Möglichkeit der Enteignung vor, allerdings gegen volle Entschädigung.[2244]

2 Ab 1961 anerkannte das Bundesgericht die Eigentumsgarantie als ein ungeschriebenes Grundrecht.[2245] 1969 schliesslich gelangte die **Eigentumsgarantie in die Bundesverfassung** (Art. 22ter aBV). Dieselbe Revision räumte dem Bund auch die Grundsatzkompetenz zur Raumplanung (Art. 22^{quater} aBV) ein. Die Eigentumsgarantie, wie sie das erste Mal explizit in der Verfassung auftrat, ist also ein Gegenstück und Ausgleich zu einer in jener Zeit rasch erstarkenden Rolle der öffentlichen Hand betreffend die Nutzung, insbesondere die Bebaubarkeit von Boden.[2246] Der Bundesrat hielt es für sinnvoll, der Grundsatzkompetenz für Raumplanung eine explizite Garantie des Eigentums voranzustellen, um «die Befürchtungen zu zerstreuen, das

2242 Hannah Arendt etwa geht soweit zu sagen, dass im 17., 18. und 19. Jahrhundert Eigentum und Freiheit praktisch als Synonyme betrachtet wurden und dass das Recht insofern nicht in erster Linie die Aufgabe hatte, Freiheiten zu schützen, sondern Eigentum zu schützen, aus dem alle Freiheit sich ableitete. Erst als sich die Freiheit vom Eigentum abzulösen begonnen habe, habe das Recht auch die Aufgabe erhalten, Freiheiten ohne Eigentum zu schützen. Arendt (1963), S. 180. Vgl. spezifischer mit Bezug auf die Schweiz auch Dubler, insbes. Ziff. 4 und 5.

2243 BGE 74 I 465, E. 3a.

2244 CR-Dubey, Art. 26 BV N. 2.

2245 CR-Dubey, Art. 26 BV N. 4. Schon in BGE 35 I 559, E. 4 befand das Bundesgericht, die Eigentumsgarantie ergebe sich nicht nur aus zahlreichen Kantonsverfassungen, sondern «elle découle naturellement de l'état de société».

2246 CR-Dubey, Art. 26 BV N. 5; Saladin, S. 401.

Privateigentum werde durch die neuen Bundeskompetenzen im Grundsatz angegriffen oder über Gebühr beschränkt.»[2247] Das änderte freilich nichts daran, dass aus der Umwelt- und Raumplanungsverwaltung sich am ehesten Eingriffe in die Eigentumsgarantie ergeben.

Die Bundesverfassung von 1999 hat die so entstandene Eigentumsgarantie mit lediglich redaktionellen Überarbeitungen in Art. 26 BV übernommen. In den parlamentarischen Beratungen wurde gefordert, auch in der Schweiz die **«Sozialpflichtigkeit»** des Eigentums vorzusehen, wie dies die Eigentumsgarantie des deutschen Grundgesetzes tut.[2248] Der Nationalrat lehnte dies jedoch ab.[2249] Die Bedeutung einer expliziten Erwähnung von Sozialpflichtigkeit sollte nicht überschätzt werden. Die Frage ist nicht, ob das Eigentum Gegenstand sozialer Verpflichtung sein kann, sondern ob sich diese Verpflichtung aus dem Grundrecht selber ergibt, d.h. grundrechtsimmanent ist, oder ob sie sich aus dem Kontext des Grundrechtes ableiten lässt (vgl. dazu die Eigentumstheorien, nachfolgend, N. 37). Zu diesem Kontext zählen die Aufgaben- und Zielbestimmungen der Verfassung, die durch den Gesetzgeber zu öffentlichen Interessen konkretisiert werden können, welche das Eigentum in die Pflicht nehmen können.[2250] Ebenfalls von den Räten diskutiert wurde der Ersatz einer vollen Entschädigung im Falle von Enteignung durch eine «angemessene» Entschädigung. Auch diese Änderung wurde verworfen.[2251] Diskutiert wurde auch der Vorschlag, Enteignungen zwar voll zu entschädigen, Eingriffe in das Eigentum, die die Enteignungsschwelle nicht erreichen, hingegen «angemessen» zu entschädigen. Im Nationalrat fand dieser Vorschlag zunächst eine Mehrheit. Im Ständerat wurde er aber abgelehnt, weil dies den «Nachführungsauftrag» für die neue Bundesverfassung sprengen würde.[2252] 3

Der Regelungsgehalt der Eigentumsgarantie hat sich mit der Totalrevision der Bundesverfassung somit **nicht geändert**; die alte Rechtsprechung und Lehre bleiben massgeblich.[2253] 4

2247 BBl 1967 II Nr. 35, S. 138.

2248 Siehe Art. 14 Abs. 2 GG: «Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen.»

2249 AB NR Sonderdruck 1998 213-218; AB SR Sonderdruck 1998 44 f.

2250 BSK-Waldmann (2015a), Art. 26 BV N. 57.

2251 AB NR Sonderdruck 1998 213-218; AB SR Sonderdruck 1998 44 f.

2252 AB SR Sonderdruck 1998 158.

2253 BSK-Waldmann (2015a), Art. 26 BV N. 4.

II. KONTEXT

5 Als normativer Begriff ist Eigentum «in komplexer Weise mit Gerechtigkeits-, Freiheits- und Würdeprinzipien verwoben»[2254]. Wie die Souveränität für Staaten, so hat die Eigentümerstellung des Einzelnen **die vermeintliche Qualität des Absoluten**, des Ausschliesslichen, der vollkommenen Herrschaft über Güter. Sie eignet sich daher als Zustand ersehnter Vollkommenheit und Klarheit über materielle Verhältnisse. Die Stellung des Einzelnen und die Verteilung von Gütern in der Gesellschaft werden stark vorbestimmt durch die Entscheide, die eine Gesellschaft zum Institut des Eigentums fällt.

A. Starke institutionelle Komponente

6 Die Eigentumsgarantie weist eine **ausgeprägte institutionelle Komponente** auf. Sie schützt nicht nur individuelle Rechte, sondern darüber hinaus das gesellschaftliche Institut des Privateigentums. Damit steht sie für einen gesellschaftlichen Grundentscheid zur dezentralen Verteilung von Handlungsrechten[2255] (oder jedenfalls gegen deren Konzentration bei der öffentlichen Hand). Die Eigenheit einer starken institutionellen Komponente teilt sich die Eigentumsgarantie mit der Wirtschaftsfreiheit, die das Institut des Privateigentums um jenes des Wettbewerbes ergänzt.[2256] Diese beiden Institute, die das Fundament einer Marktwirtschaft legen, werden durch die Grundsätze der Wirtschaftsordnung (Art. 94 BV) ergänzt, die ihrerseits dem Staat ein zurückhaltendes Verhältnis zu dieser Marktwirtschaft auferlegen.

7 So wichtig das Eigentum für die Gestaltung der Gesellschaft ist, noch zentraler scheint es vielen für die Entfaltung der Persönlichkeit.[2257] Dem Eigentum und der Eigentumsgarantie kommen (im besten Falle) eine **freiheitsvermittelnde Funktion** zu. Sie sollen ein «eigenes Stück Welt»[2258] schützen (in erster Linie gegen den Staat), in welchem eine sichere, individuelle Entfaltung möglich ist. Das impliziert insbesondere auch, dass nicht bloss dasjenige als Eigentum geschützt werden kann, was von der Gesellschaft oder vom Markt im ökonomischen Sinne als wertvoll betrachtet wird. Das Bild von einem

2254 Mahlmann, S. 402.
2255 Häberle, S. 49 m.H.
2256 CR-Dubey, Art. 26 BV N. 22.
2257 Vgl. etwa E. Huber, N. 1333.
2258 J.P. Müller/Schefer, S. 1008.

«eigenen Stück Welt» hat allerdings eine fatale Verwandtschaft mit der Vorstellung von Eigentum als einer «staatsgewaltfreien Sphäre»[2259]. Diese Vorstellung verdeckt gerade die zentrale Rolle der öffentlichen Hand für die Schaffung, die Anerkennung und den Schutz des Eigentums und damit auch für proaktive Rolle, die die öffentliche Hand in der Ermöglichung einer solchen Freiheitssphäre einnehmen muss.[2260]

8 Ein üblicher Umgang mit der Komplexität von Eigentum als Konzept und Rechtsinstitut besteht darin, Eigentum zunächst auf seinen **Teilaspekt des Sacheigentums** zu reduzieren und dieses absolut zu formulieren, nämlich als die unumschränkte Herrschaft über eine Sache unter Ausschluss von allen anderen. Zentral für diesen Teilaspekt ist, dass die Rechte, die sich aus dem Sacheigentum ergeben, gegenüber allen anderen («erga omnes») wirken. In einem zweiten Schritt werden Kompromisse eingeführt, die jede Gesellschaft im Umgang mit der Herrschaft über Güter treffen muss. Dabei bleibt unklar, wie weit diese Kompromisse getrieben werden dürfen, bis nicht mehr sinnvoll von Eigentum gesprochen werden kann. Das ist die Technik, die in Art. 641 Abs. 1 ZGB zur Anwendung kommt, der das sachenrechtliche Eigentum umschreibt. Er definiert den «Eigentümer» (von Eigentümerinnen sagt er nichts) als Subjekt, das über eine Sache «nach Belieben» verfügen könne. Gleichzeitig stellt dieser Absatz allerdings auch klar, dass dies nur «in den Schranken der Rechtsordnung» gelte. Dieses Spannungsfeld aus Eigentümerbelieben und Interessen und Regeln der Allgemeinheit ist das Grundproblem des Rechtsinstituts des Eigentums und eines der zentralen Probleme der Eigentumsgarantie.

B. Verhältnis zu anderen Bestimmungen

9 Für alle Grundrechte gilt, dass sich erst in der **Zusammenschau mit allen anderen Grundrechten** und mit den Aufgabenbestimmungen in der Verfassung ein vollständiges Bild ergibt.[2261] Für die Eigentumsgarantie gilt dies in gesteigertem Masse. Ein wichtiger Grund für diese Interdependenz ist die Vorfeld- und «Flankenschutz»[2262]-Funktion, welche die Eigentumsgarantie für andere Grundrechte einnimmt. Besonders gilt das für die Wirtschaftsfreiheit.

2259 Meier-Hayoz, S. 128.
2260 Vgl. SGK-Vallender/Hettich, Art. 26 BV N. 14.
2261 G. Müller (1983), S. 255; G. Müller (1981), S. 34.
2262 SGK-Vallender/Hettich, Art. 26 BV N. 13.

[2263] Die Eigentumsgarantie schützt den Bestand und den Wert von Produktionsfaktoren[2264], deren *Nutzung* in Hinblick auf die Erzielung eines Erwerbseinkommens von der Wirtschaftsfreiheit geschützt ist.[2265] Ein Mindestmass an materieller Sicherheit und Autonomie ist ausserdem notwendig, damit ein Mensch politisch tätig werden kann.[2266] Georg Müller bezeichnet Eigentum deshalb als ein «ergänzendes und förderndes Element der politischen Freiheit».[2267] Für die Eigentumsgarantie ihrerseits üben die Verfahrensgrundrechte einen wichtigen Vorfeld- und Flankenschutz aus. Nur dort, wo wirksame und faire Verfahren zugänglich sind, kann Eigentum, wie immer es definiert ist, wirksam geschützt werden.

10 Stärker noch als das Schutzobjekt anderer Grundrechte (wie zum Beispiel die Kunst, die Wissenschaft und die Religion, deren Existenz auch ausserhalb einer Rechtsordnung denkbar ist), ist das Eigentum ein **soziales Konstrukt**; [2268] ein Schutzobjekt, das nicht ausserhalb der Rechtsordnung bestehen kann oder der Rechtsordnung vorausgehen kann, sondern erst durch diese geschaffen wird.[2269] Ein zentrales Problem der Eigentumsgarantie ist daher, dass sie vor dem Zugriff des Rechts schützen muss, was erst durch die Ordnung des Rechts entstehen kann (dazu unten, N. 40).

11 Darüber hinaus steht die Eigentumsgarantie in einer **Wechselbeziehung** mit einer Reihe **weiterer Verfassungsbestimmungen**:

- Praktisch relevant ist insbesondere der 4. Abschnitt «Umwelt und Raumplanung» (Art. 73-80 BV). Aus diesem ergeben sich eine Reihe von Kompetenzen des Bundes und der Kantone. Diese betreffen im Wesentlichen Knappheitskonflikte um natürliche Ressourcen und

2263 SGK-Vallender/Hettich, Art. 26 BV N. 13.

2264 Der Begriff des Produktionsfaktors wird hier bewusst sehr weit verwendet. Er umfass nicht nur die üblicherweise als Produktionsfaktoren oder als Produktionsmittel aufgefassten Güter Kapital, Land und Arbeit, sondern er umfasst eben Handlungsrechte, und auch diese nicht lediglich in Hinblick darauf, ein Einkommen zu erzielen, sondern in Hinblick auf jede Art der Bedürfnisbefriedigung. Ein Recht eines Barbetriebs, Lärm zu verursachen (was ihm die Erwirtschaftung eines zusätzlichen Einkommens ermöglicht) ist nach diesem Verständnis ebenso ein Produktionsfaktor, wie das Recht einer Privatperson, Lärm zu verursachen (die damit lediglich ihr Bedürfnis nach Geselligkeit mit Freunden befriedigt).

2265 Vgl. OFK-Biaggini, Art. 27 BV N. 4.

2266 Mahlmann, S. 386. Vgl. auch Llanque, S. 212.

2267 G. Müller (1981), S. 74.

2268 CR-Dubey, Art. 26 BV N. 25.

geografischen Raum und greifen damit unter Umständen stark in das Eigentum ein.[2270]

- Ähnliches gilt für die Bundeskompetenz zur Regulierung des Transportes von Energie (Art. 91 BV).
- Art. 108 BV (Wohnbau- und Wohneigentumsförderung) wirkt sich zweischneidig auf das Eigentum aus. Er kann einerseits eine Grundlage für die Beschränkung von Eigentum bilden. Andererseits wirft er die Frage auf, ob ein Auftrag zu einer eigentlichen Eigentumspolitik bestehe, also zu einer staatlichen Intervention, die breiten Bevölkerungsschichten den Erwerb von Wohneigentum ermöglichen soll (vgl. nachfolgend, N. 12).[2271]
- Ein ökonomisch betrachtet zentrales Element der Eigentumsgarantie ist der Schutz von Handlungsrechten (zum Begriff vgl. N. 47) in Zusammenhang mit Grundeigentum. Als Rahmen für die Eingriffsgrundlage entsprechend wichtig ist auch Art. 109 BV (Mietwesen). Er gibt dem Bund die Möglichkeit, Eigentümer:innen darin einzuschränken, wie sie Immobilien vermieten.
- Mögliche Konflikte mit der Eigentumsgarantie schafft Art. 8 Abs. 4 BV, der Massnahmen zur Beseitigung von Nachteilen für Menschen mit Behinderungen vorsieht. Der Gesetzgeber hat dieses Konfliktfeld mit dem Erlass des Bundesgesetzes zur Beseitigung der Benachteiligung von Menschen mit Behinderungen (BehiG)[2272] von 2002 austariert.[2273]

Die Eigentumsgarantie sowie Art. 108 (Wohnbau- und Wohneigentumsförderung) und 109 BV (Mietwesen) legen in ihrem 12

2269 Diese Auffassung, die etwa von Bentham prägnant vertreten wird, ist freilich in der Rechtsphilosophie nicht unumstritten. So ist Eigentum etwa bei Kant und bei Locke vorstaatlich konzipiert, oder jedenfalls dem *öffentlichen* Recht vorgelagert. Die Errichtung eines Gesellschaftsvertrages bzw. eines Staates dient nach dieser Konzeption gerade im Wesentlichen dem Schutz des Eigentums. Vgl. Osterloh-Konrad, S. 11 f. Diese Ansicht vermag aber im Wesentlichen aus zwei Gründen nicht zu überzeugen. Erstens ignoriert sie, dass jede Form von Eigentum die Interessen Dritter mindestens insofern schmälert, als deren Eigentum an genau diesen Sachen nicht mehr möglich ist und als sie ihre eigenen Sachen nicht mehr unbeschränkt nutzen können. Zweitens ist es eine Ansicht, die in der einen oder anderen Form Eigentum auf Okkupation oder Aneignung zurückführen muss und insofern Eigentum als eine Beziehung von Personen zu Sachen (statt von Personen zu Personen) konzipieren muss und daher auf das Sacheigentum verengt bleibt. Osterloh-Konrad, S. 12. Vgl. zu dieser Debatte auch N. 39.

2270 Vgl. BGE 145 II 140, E. 4.1.

Zusammenspiel die Grundlagen dafür, möglichst allen Menschen in der Schweiz eine angemessene Wohnsituation zu ermöglichen. Die Wendung «Der Bund fördert (...) den Erwerb von Wohnungs- und Hauseigentum» in Art. 108 Abs. 1 BV deutet zunächst darauf hin, dass die Verfassung eine Präferenz für den Erwerb von Wohneigentum gegenüber der Miete ausdrückt.[2274] Es ist dies allerdings der einzige in der Verfassung vorhandene Ansatz für eine eigentliche **Eigentumsförderungspolitik**; eine solche ist in anderen Rechtsordnungen ausgeprägter vorhanden.[2275] Im Vorentwurf zur Totalrevision von 1977 fungierte noch ein expliziter Auftrag zur Eigentumsförderung (Art. 30 lit. d, g und h). Die Bundesverfassung von 1999 hingegen enthält lediglich noch diese Anspielung auf eine Eigentumspolitik. Das deutet darauf hin, dass in der Schweizer Verfassungsordnung die Idee kaum entwickelt ist, dass der Staat neben der Garantie des bereits erworbenen Eigentums in der Pflicht stehe, den Erwerb von Eigentum zu erleichtern. Der Staat muss nach diesem Verständnis keine «Eigentumspolitik»[2276] verfolgen.

13 Der Bund[2277] und die Kantone verfügen über **spezifische Enteignungsgesetze**.[2278] Sie bilden in der Regel die Rechtsgrundlage für die formelle Enteignung von Land. Andere Gesetze können jedoch ebenfalls eine Grundlage bilden für formelle Enteignungen.

14 Im Gegensatz zu den meisten anderen Freiheitsrechten spielt das **Völkerrecht** für den Schutzgehalt der Eigentumsgarantie eine

---

2273 CR-Dubey, Art. 26 BV N. 64. Nach der Ansicht der Behindertenverbände genügt das Gesetz allerdings nicht. Es weist insbesondere Defizite auf in der Umsetzung der UN-Behindertenkonvention, die nach der Ansicht der Behindertenverbände auch durch die anstehende Revision nicht behoben werden können. Vgl. die Pressemitteilung von Inclusion Handicap vom 8.12.2023: https://www.inclusion-handicap.ch/de/medien/medienmitteilungen/2023/ein-starkes-behindertengleichstellungsgesetz-sieht-anders-aus-774.html, besucht am 30.12.24.

2271 Vgl. dazu auch Art. 41 lit. e BV, aus dem sich freilich keine Ansprüche ableiten lassen.

2272 SR 151.3, vom 13.12.2002.

2274 BSK-Cardinaux, Art. 108 BV N. 13.

2275 Für eine Übersicht über Förderungsmassnahmen zum Erwerb von Wohneigentum in westeuropäischen Staaten, vgl. Voigtländer/Bierdel, S. 18 f.

2276 Vgl. zum Postulat einer eigentlichen Eigentumspolitik insbes. Binswanger, dessen Monographie, die auf den Vorentwurf 1977 Einfluss ausgeübt hatte, die Eigentumspolitik als Forderung im Titel trägt.

2277 Vgl. Bundesgesetz über die Enteignung (EntG) vom 20.6.1930, SR 711, dort Art. 5.

untergeordnete Rolle. Ein wichtiger Grund dafür ist, dass die Schweiz das 1. Zusatzprotokoll zur EMRK nicht ratifiziert hat, das in seinem Art. 1 eine Eigentumsgarantie enthält. Nach allgemein geteilter Auffassung geht jene Garantie aber ohnehin weniger weit als Art. 26 BV.[2279] Dennoch entfaltet die EMRK eine gewisse Wirkung zum Schutz des Eigentums, nämlich beispielsweise über das Recht auf ein faires Verfahren in Art. 6 EMRK. Dieses garantiert jeder Person bei «Streitigkeiten in Bezug auf ihre zivilrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen oder über eine gegen sie erhobene strafrechtliche Anklage» ein «faires Verfahren» vor «einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht». Wo in Eigentum eingegriffen oder dieses entzogen wird, garantiert die EMRK auf diese Weise einen Zugang zu einem Gericht, wo dies das nationale Verfahrensrecht unter Umständen nicht vorsieht.[2280] Eine andere mögliche Schutzwirkung für das Eigentum kann die EMRK über ihr akzessorisches Diskriminierungsverbot (Art. 14 EMRK) entfalten, etwa dort, wo der Anspruch auf Anwartschaften diskriminierend ausgestaltet ist, wie dies in der Schweiz gegenüber Witwern der Fall war.[2281]

III. INHALT DER EIGENTUMSGARANTIE (ABS. 1)

A. Träger der Eigentumsgarantie

Im Unterschied zu anderen Grundrechten, deren Garantie eingeleitet wird mit «jede Person» (Art. 9 BV) oder «jeder Mensch» (Art. 10 BV), heisst es bei der 15

2278 Vgl. etwa das Enteignungsgesetz des Kantons Bern vom 3.10.1965 (BSG 711.0), das in seinem Art. 1 Abs. 1 festhält: «Das Gesetz regelt den dauernden oder zeitweisen Entzug von Grundstücken oder von darauf bezüglichen dinglichen oder persönlichen Rechten (...)». Vgl. ferner das Enteignungsgesetz des Kantons St.Gallen vom 31.5.1984 (Gesetzessammlung des Kantons St.Gallen 735.1), das in seinem Art. 8 Abs. 1 festhält: «Enteignet werden können: a) Grundeigentum und andere dingliche Rechte an Grundstücken; b) Nachbarrechte; c) persönliche Rechte am zu enteignenden Grundstück (...)».

2279 OFK-Biaggini, Art. 26 BV N. 2; vgl. auch SGK-Vallender/Hettich, Art. 26 BV N. 5.

2280 Ein Beispiel hierfür war etwa die Einziehung und Vernichtung von Material zur Wahrung der inneren und äusseren Sicherheit. Altrechtlich war dafür letztinstanzlich der Bundesrat zuständig, ein Zugang zu einem Gericht bestand nicht, was sich als EMRK-widrig erwies. Vgl. BGE 125 II 417, E. 4.

2281 EGMR (Grosse Kammer), *Beeler gegen die Schweiz*, Nr. 78630/12 vom 11.10.2022, N. 115. Vgl. dazu nunmehr auch BGer 9C_334/2024 vom 16.12.2024 (zur Publikation vorgesehen).

Eigentumsgarantie lediglich, sie sei «gewährleistet». Sie gilt **grundsätzlich für alle natürlichen und juristischen Personen**.[2282]

1. Ausschluss gewisser natürlicher Personen aus der Rechtsträgerschaft?

16 In der Literatur werden zwei verschiedene Ansichten dazu vertreten, ob der Ausschluss vom Erwerb von Eigentum eine Einschränkung der Eigentumsgarantie oder ein partieller Ausschluss aus der Trägerschaft der Eigentumsgarantie sei.[2283] Relevant ist diese Frage in Zusammenhang mit dem Grundeigentum, dessen Erwerb für gewisse Personengruppen unter Umständen einer Bewilligungspflicht untersteht. Das praktisch wichtigste Beispiel findet sich in Art. 2 des **Bundesgesetzes über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland** (BewG)[2284], auch bekannt als «Lex Koller». Ein weiteres Beispiel ist die Bewilligungspflicht des Erwerbs eines landwirtschaftlichen Gewerbes durch Personen, welche nicht als Selbstbewirtschafter gelten (Art. 6 i.V.m. Art. 61 Abs. 1 und Art. 63 Abs. 1 lit. a Bundesgesetz über das Bäuerliche Bodenrecht, BGBB)[2285].

17 Zwei Gründe sprechen allerdings dafür, diese Personen **nicht aus dem persönlichen Schutzbereich der Eigentumsgarantie auszuschliessen**, sondern die entsprechenden Hindernisse als Einschränkungen der Eigentumsgarantie zu behandeln. Der erste besteht darin, dass es sich nur um eine partielle Verkürzung des Grundrechtsschutzes handelt. Insofern ist es missverständlich, zu sagen, diese Personen seien nicht Träger des Grundrechts. Der zweite Grund ist die Rechtfertigungspflicht, die dem Staat im Falle der Einschränkung von Grundrechten auferlegt ist: Wird die Verkürzung des Grundrechtsanspruches nicht als Einschränkung von, sondern als Ausschluss aus einem Grundrecht behandelt, ist der Staat in problematischer Weise von dieser Rechtfertigungspflicht befreit.[2286]

2282 SGK-Vallender/Hettich, Art. 26 BV N. 26; OFK-Biaggini, Art. 26 BV N. 17; CR-Dubey, Art. 26 BV N. 35; BSK-Waldmann (2015a), Art. 26 BV N. 29.

2283 Dafür, dass dies der Fall sei sprechen sich aus: BSK-Waldmann (2015a), Art. 26 BV N. 29; wohl SGK-Vallender/Hettich, Art. 26 BV N. 26; OFK-Biaggini, Art. 26 BV N. 17; J.P. Müller/Schefer, S. 1019; dagegen wohl CR-Dubey, Art. 26 BV N. 35-37, Uhlmann, N. 9 und das Bundesgericht (BGE 112 Ib 241, E. 1d).

2284 SR 211.412.41, vom 16.12.1983.

2285 SR 211.412.11, vom 4.10.1991.

2286 J.P. Müller/Schefer, S. 1019.

2. Gemeinwesen als Grundrechtsträger

Das Bundesgericht verfolgt eine konstante Rechtsprechung, wonach sich auch ein **Gemeinwesen** auf ein Recht berufen kann, das auf Private zugeschnitten ist, wenn es wie eine Privatperson betroffen ist.[2287] Das gilt besonders, wenn das Gemeinwesen in seinen vermögensrechtlichen Interessen betroffen ist.[2288] In der Lehre wird dies für die Eigentumsgarantie so verstanden, dass sich auch Gemeinwesen auf die Eigentumsgarantie berufen können, wenn sie wie Private betroffen sind.[2289] Wann dies der Fall ist, ist weniger klar. Sicher ist dies gegeben, wo ein Gemeinwesen in seinem Finanzvermögen betroffen ist (also in dem Vermögen, das es seines Geldwertes wegen besitzt)[2290] und nicht im Verwaltungsvermögen (also in dem Vermögen, das es seines Gebrauchswertes wegen besitzt)[2291]. [2292] Es finden sich allerdings auch Stimmen in der Lehre, die eine Grundrechtsträgerschaft des Gemeinwesens auch für Güter im Verwaltungsvermögen und im Gemeingebrauch (jene Güter, die bestimmungsgemäss durch Private mitbenutzt werden können) für gegeben erachten; Voraussetzung dafür ist, dass das Gemeinwesen jeweils nicht in der Ausübung seiner öffentlichen Aufgabe darin betroffen ist, sondern als Eigentümerin.[2293] Diese Ansicht verdient Zustimmung. Es ist nicht einsichtig, weshalb das Gemeinwesen als Eigentümerin schlechter geschützt sein soll als Private. Wo Gemeinwesen in einer besonderen Situation sind oder eine besondere Verantwortung tragen (zum Beispiel gegenüber öffentlichen Aufgaben, die ein anderes Gemeinwesen erfüllt oder gegenüber den Grundrechten Privater), kann diesem Umstand besser Rechnung getragen werden, indem er in der Prüfung der Eingriffsvoraussetzungen angemessen berücksichtigt wird, als wenn die öffentliche Hand ganz von der Grundrechtsträgerschaft ausgeschlossen wird. 18

Gestützt auf diese Überlegungen ist es daher sinnvoll, dass sich **auch öffentliche Unternehmen in Privatrechtsform** auf die Eigentumsgarantie 19

2287 Vgl. BGE 127 I 32, E. 2d. Ablehnend zur Übertragbarkeit dieser Rechtsprechung auf den Kontext der Eigentumsgarantie BSK-Waldmann (2015a), Art. 26 BV N. 30.

2288 Das ist jedenfalls dort der Fall, wo ein öffentliches Unternehmen seine Tätigkeit im Wettbewerb zu Privaten erbringt: BGer 9C_271/2023 vom 4.1.2024, E. 3.2.2; BGE 142 II 369, E. 6.4; BGE 138 I 289, E. 2.8.1.

2289 CR-Dubey, Art. 26 BV N. 38 m.H.

2290 Tschannen/M. Müller/Kern, § 48, N. 1338.

2291 Tschannen/M. Müller/Kern, § 48, N. 1339.

2292 CR-Dubey, Art. 26 BV N. 40; J.P. Müller/Schefer, S. 1019.

berufen können, selbst wenn das Bundesgericht diese Frage bisher offengelassen hat.[2294] Auch der besonderen Machtstellung öffentlicher Unternehmen im Wettbewerb kann besser begegnet werden, wenn diese im Rahmen einer Güterabwägung in Betracht gezogen wird, als wenn diesen Unternehmen die Grundrechtsträgerschaft versagt wird.

B. Dimensionen der Eigentumsgarantie

20 Stärker als andere Freiheitsrechte wird die Eigentumsgarantie üblicherweise in unterschiedliche Dimensionen ihres Schutzbereiches unterteilt, typischerweise in die **Bestandes-, Wert- und Institutsgarantie**. Die Bestandesgarantie schützt zunächst den Umfang oder eben den Bestand des Eigentums (N. 21 f.). Einzigartig an der Eigentumsgarantie ist die Wertgarantie (oder «Vermögenswertgarantie»)[2295], die zur Bestandesgarantie hinzukommt und unter Umständen an ihre Stelle tritt (N. 23 ff.). Die Institutsgarantie sichert die Institution des Eigentums in der Gesellschaft und die Grundentscheidung zu einer eigentumsbasierten Wirtschaftsordnung (N. 27 ff.). Die drei Teilgehalte unterstützen und ergänzen einander gegenseitig. Es ist deshalb künstlich, anzunehmen, alle Aspekte der Eigentumsgarantie müssten sich ausschliesslich einer dieser drei Dimensionen zuordnen lassen.[2296]

1. Bestandesgarantie

21 Die Bestandesgarantie **schützt** den **Bestand des Eigentums** einer Rechtsträgerin, also den Bestand der Summe der vermögenswerten Rechte einer Person (vgl. dazu unten, N. 48 ff.) gegen ungerechtfertigte Eingriffe.[2297] Dieser Schutz gilt nicht absolut. Eingriffe sind unter den Bedingungen von Art. 36 BV und zusätzlich unter den Voraussetzungen der Wertgarantie in Art. 26 Abs. 2 BV zulässig. Die Schutzwirkung der Bestandesgarantie besteht also darin, die Schwelle für Eingriffe zu erhöhen und sie an bestimmte Rechtfertigungsmechanismen zu binden.

2293 BSK-Waldmann (2015a), Art. 26 BV N. 30.
2294 BGE 131 II 13, E. 6.4.1.
2295 SGK-Vallender/Hettich, Art. 26 BV N. 31.
2296 OFK-Biaggini, Art. 26 BV N. 9; BSK-Waldmann (2015a), Art. 26 BV N. 33.
2297 BSK-Waldmann (2015a), Art. 26 BV N. 43. Für Praxisbeispiele vgl. BGE 147 II 465, E. 4.2; BGE 147 II 25, E. 3; BGE 140 II 509, E. 2.

Zu unterscheiden ist die Bestandesgarantie von der **Besitzstandgarantie**.[2298] 22
Die Besitzstandgarantie spielt im Bau- und Raumplanungsrecht eine wichtige Rolle[2299] und sichert die Möglichkeit, altrechtliche Bauten weiterhin nutzen zu können oder sie trotz geänderter Rechtslage aus- oder umbauen zu können.[2300] Ihre Schutzwirkung richtet sich in erster Linie gegen den Gesetzgeber, der neues Recht «schonend» einzuführen und Übergangsfristen und Ausnahmen vorzusehen hat. Ursprünglich in der Rechtsprechung entwickelt, hat die Besitzstandgarantie auch Eingang in das Gesetz gefunden (vgl. Art. 24c und Art. 37a RPG). Im Unterschied zur Bestandesgarantie schützt sie gerade nicht den Bestand von vermögenswerten Rechten, sondern den Fortbestand von nach neuer Rechtslage eigentlich nicht mehr bestehenden Rechten für eine gewisse Zeit oder unter bestimmten Umständen.[2301] Ihr Verhältnis zur Eigentumsgarantie ist nicht vollends geklärt. Sie ergibt sich jedenfalls nicht ausschliesslich aus der Eigentumsgarantie, sondern auch aus dem Vertrauensschutz (Art. 9 BV).[2302] Da die Besitzstandgarantie vermögenswerte Rechte schützt, nämlich die Möglichkeit, wirtschaftlich interessante Handlungen vorzunehmen, die nach neuem Recht an sich nicht mehr möglich wären, ist sie aber in jedem Fall auch ein Teilbestand der Eigentumsgarantie (vgl. unten, N. 47 ff.).

2. Wertgarantie

Kann rechtmässig in den Bestand des Eigentums eingegriffen werden und sind 23
zusätzlich die Voraussetzungen für eine formelle oder materielle Enteignung gegeben (zu diesen Begriffen siehe hinten, N. 77), **«wandelt sich»**[2303] («se transforme»)[2304] **die Bestandes- in die Wertgarantie**, bzw. sie «schmilzt zusammen»[2305] zu einer Wertgarantie.

Entgegen dem Eindruck, den die Formulierung von Art. 26 Abs. 2 BV 24
vermittelt, kommt die Wertgarantie **nur bei einem Bruchteil der Eingriffe**

2298 Instruktiv dazu aus jüngster Zeit BGE 149 I 291, E. 5.4-5.6.
2299 Vgl. dazu nun eingehend die Dissertation von Zimmermann, die sich auch mit der Bestandesgarantie im Sozialversicherungs- und im Personalrecht befasst (insbes. S. 19 ff.).
2300 OFK-Biaggini, Art. 26 BV N. 19.
2301 BSK-Waldmann (2015a), Art. 26 BV N. 45.
2302 OFK-Biaggini (2017), Art. 26 BV N. 19; BSK-Waldmann (2015a), Art. 26 BV N. 45.
2303 BSK-Waldmann (2015a), Art. 26 BV N. 48.
2304 CR-Dubey, Art. 26 N. 87.
2305 SGK-Vallender/Hettich, Art. 26 BV N. 29.

in das grundrechtlich geschützte Eigentum zum Tragen. Voraussetzung dafür ist entweder eine formelle Enteignung oder eine Eigentumsbeschränkung, die eine solche Intensität erreicht, dass sie einer formellen Enteignung gleichkommt (hinten, N. 126).[2306] Der überwiegende Teil der Eigentumsbeschränkungen, ob sie von der Rechtssetzung oder von der Rechtsanwendung ausgehen, ist entschädigungslos hinzunehmen. Umso wichtiger sind deshalb die Bestandesgarantie und die von ihr ausgehenden Eingriffsvoraussetzungen.

25 Neben Art. 26 Abs. 2 BV ist die Wertgarantie in verschiedenen Bundes- und kantonalen **Gesetzen zusätzlich verankert**, so in Art. 16 EntG und Art. 5 Abs. 2 Raumplanungsgesetz (RPG)[2307].

26 Bedeutet die Wertgarantie eine **Stärkung oder eine Schwächung der Eigentumsgarantie?** Es liesse sich argumentieren, dass die Wertgarantie im Verhältnis zum Schutz, den andere Freiheitsrechte zur Verfügung stellen, eine Schwächung bedeute, weil der Staat in das Grundrecht eingreifen könne, sofern er bereit sei, für den Eingriff zu bezahlen, was bei anderen Freiheitsrechten nicht in Betracht falle. Dieses Argument übersieht aber, dass die Wertgarantie erst dann zum Tragen kommt, wenn in den Bestand des grundrechtlich geschützten Eigentums rechtmässig eingegriffen werden darf, wenn also die Voraussetzungen bereits erreicht sind, die auch für den Eingriff in andere Freiheitsrechte erreicht werden müssen.[2308] Die Wertgarantie greift daher zusätzlich, und nicht an Stelle der für Freiheitsrechte üblicherweise erforderlichen Bedingungen (siehe Art. 36 BV), und vermittelt insofern dem Eigentum gegenüber anderen grundrechtlich geschützten Gütern einen herausgehobenen Schutz. Es wäre aber falsch, daraus zu schliessen, dass der Verfassungsgeber dem Eigentum einen höheren normativen Wert zubillige, als anderen grundrechtlich geschützten Gütern. Der erhöhte Schutz ist mit der Funktion der Eigentumsgarantie, insbesondere mit einer Internalisierungsfunktion (vgl. N. 111), zu erklären. Praktisch relevant ist diese Sonderstellung in der Abgrenzung grundrechtlicher Schutzbereiche: Fällt ein Gut in den Schutzbereich der Eigentumsgarantie (statt in den Schutzbereich eines anderen Grundrechtes), erfährt es unter Umständen auch den erhöhten Schutz der Wertgarantie.

2306 SGK-Vallender/Hettich, Art. 26 BV N. 60.
2307 SR 700, vom 22. Juni 1979.
2308 CR-Dubey, Art. 26 BV N. 87.

3. Institutsgarantie

Die Institutsgarantie schützt nicht in erster Linie die einzelnen Grundrechtsträger. Ihr Schutzgut ist ein **gesellschaftlicher Grundentscheid zu einer eigentumsbasierten Ordnung**. Wie andere Grundrechte auch, geht die Eigentumsgarantie in ihrem institutionellen Aspekt weiter, als bloss subjektive Rechte zu schützen. Zentral für die Institutsgarantie ist nicht etwa ein gesellschaftlicher Grundentscheid für einen zurückhaltenden Staat oder für wenig sozialen Ausgleich. Zentral ist ein Grundentscheid für eine Dezentralisierung von Produktionsfaktoren[2309] in der Gesellschaft, oder umgekehrt ausgedrückt, ein Grundentscheid dafür, dass die Konzentration von Produktionsfaktoren in nur wenigen Händen verhindert werden soll. Darin liegt die zentralste «ordnungspolitische Funktion» der Eigentumsgarantie; die Dezentralisierung stellt sicher, dass Fehlallokationen von Ressourcen in der Gesellschaft überschaubar bleiben und korrigiert werden können.[2310] Die Institutsgarantie vermittelt einen Schutz gegen politische Massnahmen, die die Kontrolle über Produktionsfaktoren allmählich oder sofort zentralisieren würden. Der plausibelste Kandidat für eine solche Zentralisierung ist der Staat, der im Bestreben, eine Planwirtschaft zu errichten, die Kontrolle über immer mehr Produktionsfaktoren sucht.[2311] Die öffentliche Hand ist aber nicht der einzige denkbare Treiber einer Zentralisierung. Auch eine Konzentration praktisch aller Produktionsfaktoren in den Händen eines privaten Monopolisten stünde nach dieser Auffassung der Institutsgarantie entgegen. Eine Umverteilung von Produktionsfaktoren in der Gesellschaft durch die öffentliche Hand mag insoweit wohl in die Bestandesgarantie eingreifen (weil sie den einen nehmen muss, um den

27

2309 Für die extensive Verwendung des Begriffs der Produktionsfaktoren in diesem Text, vgl. vorne, Fn. 23.

2310 G. Müller (1981), S. 77. Vgl. insbes. auch Häberle, S. 49 (unter Bezugnahme auf Hayek): die Eigentumsgarantie bilde die «grundrechtliche Kontaktnorm zum Ökonomischen und den Eckstein der 'Dezentralisierung von Verfügungsrechten' (...).» Besonders klar kommt dieser Gedanke zum Ausdruck bei Shklar, S. 31. Sie bezeichnet privates Eigentum als «an indispensable and excellent way of limiting the long arm of government and of dividing social power (...).» Während für sie die Limitierung von Staatsmacht und die Verteilung von privater Macht für eine starke Eigentumsgarantie sprechen, bringen diese Ziele auch eine Beschränkung von Eigentum mit sich. Denn der Zweck von Eigentum ist nach dieser Vorstellung gerade die Verteilung von Macht. Unlimitiertes Eigentum liefe diesem Ziel entgegen.

2311 Mit Bezug auf den Produktionsfaktor Boden, vgl. Schefer (2001), S. 293.

anderen geben zu können). Mit der Institutsgarantie ist sie hingegen so lange vereinbar, als diese Umverteilung das Eigentum als Institution nicht aushöhlt und als sie gerade der Dezentralisierung und nicht der Konzentration von Produktionsfaktoren dient. Wesentlich für diese Dezentralisierungsfunktion ist, dass Produktionsfaktoren nicht nur formell, sondern auch substantiell in der Gesellschaft verteilt bleiben, dass vom Eigentum also nicht zunehmend nur eine leere Hülle verbleibt, sondern dass dieses tatsächlichen ökonomischen Wert behält und tatsächliche materielle Handlungsfreiheit umfassen muss. Insofern beinhaltet diese Dezentralisierungsfunktion auch das vom Bundesgericht formulierte Verbot, das Eigentum seiner «Substanz»[2312] oder seines «Wesenskerns»[2313] zu berauben.

28 Trotz dieser grossen Kompatibilität mit einem umverteilenden Staat ist die Institutsgarantie eine Grundsatzentscheidung für den **Markt als «Koordinationsprinzip»**[2314], wenn dies auch ein sozial stark eingebetteter Markt sein kann. Die Eigentumsgarantie ist nicht die einzige Norm in der Verfassung, in der diese Grundsatzentscheidung Niederschlag findet. Auch in Art. 5a BV (Subsidiarität), 27 BV (Wirtschaftsfreiheit) und Art. 94 BV (Grundsätze der Wirtschaftsordnung) kommt sie zum Ausdruck. Die Dezentralisierung von Produktionsfaktoren ist aber eine Voraussetzung dafür, diese Grundsatzentscheidung vornehmen zu können, und nimmt diese auch vorweg. Grund dafür ist das dezentralisierte Entdeckungs- und Informationsverfahren, also die Fähigkeit, Informationen zu generieren und sinnvoll zuzuordnen, auch wenn das System viel zu komplex ist, um aus einer zentralen Warte überblickt werden zu können. Dieses Verfahren kann nur ein Markt zur Verfügung stellen (auch dann noch, wenn er stark eingebettet ist). Die Alternative dazu wäre ein zentraler Akteur, der zwar alle Produktionsfaktoren kontrollieren, sie aber nicht alle sinnvoll zuordnen könnte, weil er nicht über dieses Entdeckungsverfahren verfügt. Die Dezentralität der Zuteilung und Transaktion von Produktionsfaktoren und ein einigermassen funktionierendes Entdeckungs- und Informationsverfahren bedingen sich also gegenseitig. Wenn die Wirtschaftsfreiheit nach den Worten

2312 BGE 105 Ia 134, E. 3a.

2313 BGE 99 Ia 35, E. 3.

2314 Riva/Müller-Tschumi, § 48 N. 7. Vgl. dazu auch Art. 94 BV, dessen Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit sich insbesondere am Wettbewerb als Koordinationsprinzip ausrichtet und der auch für andere Verfassungsnormen einen «Massstab und Bezugspunkt» bildet: BSK-Uhlmann, Art. 94 BV N. 1 f.

des Bundesgerichtes also die «Hüterin einer privatwirtschaftlichen Ordnung»[2315] ist, so ist die Eigentumsgarantie eine Voraussetzung für diese.

Regelmässig wird die **Institutsgarantie mit dem Kerngehalt** der Eigentumsgarantie (oder mit dem Wesensgehalt,[2316] der deutschen Entsprechung des Kerngehalts) **gleichgesetzt**[2317] (vgl. zum Kerngehalt nachfolgend, N. 33 ff.). Die beiden Rechtsfiguren weisen tatsächlich gewisse Parallelen auf. So haben beide unabhängig vom Gewicht des öffentlichen Interesses Bestand. Egal, wie schwer dieses wiegt, kann es einen Eingriff weder in die Institutsgarantie[2318] noch in den Kerngehalt rechtfertigen. Dennoch ist die Gleichsetzung von Institutsgarantie und Kerngehalt wenig sinnvoll[2319] und irreführend.[2320] Der Kerngehalt eines Freiheitsrechts schützt die innerste, elementarste Sphäre eines individuellen Schutzgutes und weist einen starken Bezug zur Würde des betroffenen Menschen[2321] auf. Er konkretisiert die Menschenwürde in einem spezifischen Kontext.[2322] Die Institutsgarantie betrifft aber gerade nicht in erster Linie die Würde des Einzelnen, sondern einen gesellschaftlichen Grundentscheid. Sie ist «nicht bloss die 'letzte Bastion'»[2323] zum Schutz der Eigentumspositionen der Einzelnen, sondern erfüllt hierfür eine Vorfeldfunktion. 29

Die folgenden Massnahmen gelten als **mit der Institutsgarantie unvereinbar**: 30

- Der Hauptanwendungsfall für einen Schutz durch die Institutsgarantie ist die sog. **konfiskatorische Besteuerung**. Als konfiskatorisch gilt die Besteuerung dann, wenn sie ein solches Ausmass erreicht, dass das Vermögen alleine durch die Besteuerung nach und nach aufgezehrt würde

2315 BGE 124 I 11, E. 5a. Vgl. auch Girsberger/Furrer/Krummenacher, N. 1.36.
2316 BSK-Waldmann (2015a), Art. 26 BV N. 34.
2317 BSK-Waldmann (2015a), Art. 26 BV N. 36.
2318 BGE 119 Ia 348, E. 2a.
2319 OFK-Biaggini, Art. 26 BV N. 23.
2320 CR-Dubey, Art. 26 BV N. 75. Vgl. auch die vom Bundesgericht verwendete Formulierung des «freiheitsvermittelnden Kerngehalts des Eigentums» (BGE 105 Ia 330, E. 3c), wo die institutionelle, freiheitsvermittelnde Funktion und der würde-bezogene Kerngehalt begrifflich zusammengefasst werden.
2321 Nach dieser Konzeption des Kerngehaltes, die dessen materielle Grundlage im Schutz der Menschenwürde erblickt, ist der Schutz des Kerngehaltes beschränkt auf natürliche Personen. Vgl. Schefer, S. 45.
2322 Schefer, S. 561.
2323 OFK-Biaggini, Art. 26 BV N. 44.

oder dass die Neubildung von Vermögen oder eine unabhängige Lebensgestaltung alleine aufgrund der Steuerlast illusorisch würden. Die Rechtsprechung zur konfiskatorischen Besteuerung ist restriktiv. Ein publizierter Bundesgerichtsentscheid, in dem eine konfiskatorische Besteuerung anerkannt wurde, liegt nicht vor. Als Orientierung mag ein älterer, unpublizierter Entscheid gelten, in dem der Kapitalwert einer Leibrente derart besteuert wurde, dass die Empfängerin der Rente sich hoch hätte verschulden müssen, um die Steuer begleichen zu können, wodurch das Ziel der Rente – den Lebensunterhalt zu sichern – gerade gefährdet gewesen wäre. Zusammen mit den auf die Renten anfallenden Einkommenssteuern hätte die Steuerlast bei 55% des Kapitalwertes der Leibrente gelegen[2324] (zum Verhältnis dieser Rechtsprechung zur Kerngehaltsgarantie, vgl. N. 34).

- Ein uneingeschränktes Vorkaufsrecht des Gemeinwesens im Hinblick auf ein allmählich zu errichtendes **öffentliches Bodenmonopol**, oder der Versuch, alles Grundeigentum beim Staat zu konzentrieren und Privaten nur noch Baurechte o.ä. daran einzuräumen.[2325]
- Die Möglichkeit der öffentlichen Hand, **Bodenpreise einzufrieren und Wohnungen zwangsweise zu vermieten**, ohne dass dies an weitere Voraussetzungen gebunden wäre als an das allgemeine Ziel, ein Recht auf Wohnung zu gewährleisten.[2326]

31 Als **mit der Institutsgarantie vereinbar** angesehen werden hingegen:

- **Vermögenssteuern, die höher ausfallen als das Einkommen**. Vermögenssteuern greifen gerade in die Substanz des Vermögens ein. Das allein macht sie nicht grundrechtswidrig. Beträgt daher eine Steuerlast, die sich in erster Linie aus einer Vermögenssteuer ergibt, für eine kurze Zeit 200% des Einkommens eines Steuersubjektes, so liegt darin noch keine konfiskatorische Besteuerung.[2327]
- Überhaupt ist **ein bestimmter Prozentsatz**, den Steuern im Verhältnis zu Einkommen oder Vermögen ausmachen, alleine noch nicht genügend, um

2324 BGer vom 10.05.1985, publiziert in ASA 56/1987, S. 439 ff.

2325 J. P. Müller/Schefer (2008), S. 1041. Ähnlich BSK-Waldmann (2015a), Art. 26 BV N. Vgl. schon BGE 105 Ia 134, E. 3.

2326 BGE 112 Ia 382, E. 5.

2327 BGE 143 I 73, E. 5. Vgl. auch BGE 143 V 245, E. 6.4.

eine konfiskatorische Besteuerung anzunehmen. Relevant ist vielmehr die Steuerlast über eine relativ lange Periode. Wenn in bestimmten Jahren besondere Umstände auftreten, muss von diesen abstrahiert werden.[2328] Entscheidend ist auch der kumulative Effekt verschiedener Steuern und die Möglichkeit der Abwälzung von Steuern auf Andere.[2329]

- Situationen, in denen eine besteuerte Person **absichtlich auf einen erzielbaren Ertrag** auf ihr Vermögen **verzichtet** (zum Beispiel, weil sie Edelmetalle hält oder auf die Einzonung von Land spekuliert) und die Steuerlast aus diesem Grund höher liegt, als der Ertrag aus dem Vermögen.[2330]

- Eine **Reichtumssteuer**, die bei sehr hohen Einkommen bis zu 46% des Einkommens abführen, nicht hingegen die Bildung neuen Vermögens verhindern würde.[2331]

- Auch relativ **weitgehende Eingriffe in den Boden-, Wohnungs- und Mietmarkt** sind mit der Institutsgarantie vereinbar. So etwa:
  - die Enteignung der Nutzung missbräuchlich leer belassener Wohnungen[2332] (von einer Verletzung der Institutsgarantie wäre hingegen auszugehen, wo die Nutzung unter keiner weiteren Voraussetzung entzogen werden kann, als zur Sicherstellung eines Rechts auf Wohnung);[2333]
  - die Pflicht, bei Um- und Neueinzonungen mindestens ein Drittel der Wohnnutzung als günstigen Wohnraum zu erstellen und dauerhaft in Kostenmiete zu vermieten;[2334]
  - die Möglichkeit der Stadtverwaltung, in den Gebäuden, deren Bau oder Renovation sie subventioniert hat, 15% der Mieter:innen zu bestimmen;[2335]

2328 A.M. Marantelli, S. 254.
2329 BSK-Waldmann (2015a), Art. 26 BV N. 39; BGE 128 II 112, E. 10b; BGE 105 Ia 134, E. 3.
2330 BGE 106 Ia 342, E. 6c.
2331 BGE 99 Ia 638, E. 7.
2332 BGE 119 Ia 348, E. 2a.
2333 BGE 112 Ia 382, E. 5.
2334 BGE 146 I 70, E. 6.
2335 BGE 131 I 333, E. 3.1.

- ein Verbot des Abbruchs, des Umbaus oder der Zweckänderung von nicht abbruchwürdigen oder sanierungsbedürftigen Wohnungen (allerdings verstiess dieses Vorhaben gegen die Bestandesgarantie);[2336]
- eine Bewilligungspflicht für die Veräusserung von Wohnungen, an denen auf dem Wohnungsmarkt ein Mangel besteht (die Ausgestaltung der Bewilligungspflicht, welche die Berücksichtigung privater Interessen verunmöglicht, war in diesem Fall allerdings ein Verstoss gegen die Verhältnismässigkeit und gegen die Bestandesgarantie).[2337]

32 Braucht es also die Institutsgarantie überhaupt, oder hat sie **bloss «deklaratorische Bedeutung»?**[2338] Der Umstand, dass es nur wenige Beispiele gibt, in denen die Institutsgarantie in der Rechtsprechung eine konkrete Schutzwirkung entfaltete, sollte nicht zum Schluss verleiten, sie spiele im Rechtsleben keine Rolle.[2339] Der Entscheid zu einer eigentumsbasierten Ordnung, zu einer Dezentralisierung von Produktionsfaktoren, ist einer der fundamentalsten Entscheide, den eine politische Gemeinschaft für sich fällen kann. Es ist daher folgerichtig, dass die Institutsgarantie politische Entscheide eher prägt als juristische und gegen politische Entscheide eher einer Schutzfunktion entfalten kann und muss als gegen Verwaltungshandeln. Die Dezentralisierung von Produktionsfaktoren bleibt im Übrigen auch dann eine permanente Aufgabe, wenn jene politischen Kräfte, die die Produktionsfaktoren vergemeinschaften wollen, an Energie verlieren. Dies nicht zuletzt, weil eine zunehmende Konzentration von Produktionsfaktoren nicht ausschliesslich beim Staat auftreten kann.

4. Kerngehalt

33 Die Trennung der Institutsgarantie vom Kerngehalt[2340] erlaubt es, als den Kerngehalt der Eigentumsgarantie jene Aspekte zu werten, die eine direkte Relevanz für den **Schutz der Würde des Menschen** aufweisen.[2341] Die Eigentumsgarantie wird weniger oft als andere Grundrechte mit dem Schutz der Würde in Verbindung gebracht – zu Unrecht. Zwar erscheint Eugen

2336 BGE 103 Ia 417, E. 3 f. Vgl. bereits ähnlich BGE 99 Ia 35, E. 3.
2337 BGE 113 Ia 126, E. 6 f.
2338 G. Müller (1981), S. 99 f.
2339 Vgl. OFK-Biaggini, Art. 26 BV N. 44.
2340 Für diese Trennung OFK-Biaggini, Art. 26 BV N. 23.
2341 Für die Bedeutung dieser Kerngehaltskonzeption für juristische Personen, vgl. Fn. 80.

Hubers Formulierung drastisch, wenn er in den Erläuterungen zum Entwurf des ZGBs schreibt, dass «eine Persönlichkeit ohne die Mitgabe der Herrschaft über Vermögenswerte (...) sich als einen Gedanken ohne Inhalt darstellen [würde].»[2342] Dennoch ist die Möglichkeit, Herrschaft über Güter auszuüben, ein elementarer Ausdruck der Persönlichkeit; die dauerhafte Hinderung einer Person, diese Herrschaft auszuüben, ist insofern ein Angriff auf ihre Würde. In Fällen, wo eine Person durch die Negierung von Eigentum ihres «Platzes in der Welt beraubt und dem Kampf um das nackte Leben ausgesetzt»[2343] wird, ist diese Schwelle überschritten. Interessensabwägungen zwischen privaten und öffentlichen Interessen können bei solch drastischen Eingriffen keine zu rechtfertigenden Resultate mehr erzielen. Die Abwägung zu Gunsten der Interessen und der Würde des Individuums muss vorweggenommen werden. Diese Vorwegnahme des Abwägungsergebnisses ist gerade die Essenz des hier vertretenen Verständnisses des Kerngehaltes von Grundrechten.[2344]

Mit ein Grund für die oft problematische Gleichsetzung von Kerngehalt und Institutsgarantie dürfte sein, dass kein Fallrecht vorliegt für die Verletzung des Kerngehalts, ausser betreffend die Frage der konfiskatorischen Besteuerung, [2345] die unter Umständen in die Schnittmenge von Kerngehalt und Institutsgarantie fällt. Allerdings trifft auch auf andere Grundrechte zu, dass sich kaum Fälle finden lassen, in denen eine Verletzung des Kerngehaltes im Raum stand. Im Sinne eines Referenzpunktes, der glücklicherweise kaum je eintritt, kann es dennoch sinnvoll sein, solche Fälle zu entwerfen. Gedacht werden könnte etwa an Fälle, in denen einer Person absichtlich «das letzte Hemd» genommen wird, um sie so aus der Gesellschaft auszuschliessen.[2346] 34

In der Literatur wird zuweilen die **Wertgarantie als Bestandteil** der Eigentumsgarantie deren **Kerngehalt** zugerechnet.[2347] Das ist aus mehreren Gründen wenig überzeugend.[2348] Zwar trifft es zu, dass die Wertgarantie für diejenigen Fälle, in denen sie greift (formelle Enteignungen und enteignungsähnliche Eigentumsbeschränkungen), absolut formuliert ist und keine Abweichungen durch den Gesetzgeber zulässt.[2349] Aber erstens machen diese Konstellationen nur einen kleinen Teil der Eingriffe in das Eigentum aus 35

2342 E. Huber, N. 1333.
2343 Arendt (2019 [1958]), S. 325.
2344 Schefer, S. 143.
2345 CR-Dubey (2021), Art. 26 BV N. 134.

und die Rechtsprechung hat zweitens verschiedene Techniken entwickelt, um das Auslösen der Wertgarantie zu verhindern (vgl. nachfolgend N. 126).

36 Der Kerngehalt der Eigentumsgarantie steht in einem **Spannungsfeld mit der Immanenztheorie** (hierzu unten, N. 40). Wenn diese ungefiltert zur Anwendung gelangt, steht der sachliche Schutzbereich der Eigentumsgarantie zur Disposition des Gesetzgebers. Theoretisch könnte der Gesetzgeber also auch über den innersten Bereich, den Kerngehalt, verfügen.[2350] Das zeigt, dass eine Grundrechtsbindung des Gesetzgebers bezüglich des Schutzbereichs der Eigentumsgarantie in der einen oder anderen Form notwendig ist, die Immanenztheorie also nicht uneingeschränkt zur Anwendung gelangen darf (dazu N. 43). Auch wenn es zutrifft, dass der Eigentumsbegriff einer Rechtsordnung nicht vorausliegen kann, so kann er also dennoch dem Gesetzgeber vorausliegen (jedenfalls in seinen Grundzügen), insoweit, als er sich aus der Verfassung ergibt.[2351] Die Bindung des Gesetzgebers an den

2346 In der Praxis mag das etwa vorkommen bei abgewiesenen Asylsuchenden, die auf Nothilfe angewiesen sind. So ist es vorgekommen, dass einem Nothilfeempfänger sein elektronisches Rechaud abgenommen worden ist, auf dem er sich von seinen 8 CHF täglich Mahlzeiten gekocht hatte – nicht aus feuerpolizeilichen Gründen, wie die Behörde klarstellte, sondern, damit er es «nicht zu bequem habe». Vgl. den Sachverhalt bei BGer 1C_158/2012 vom 12.6.2012. In solchen Konstellationen hat der Entzug von Eigentum klarerweise den Zweck, Hilfe zur Selbsthilfe zu unterbinden und den Ausschluss einer Person aus der Gesellschaft durch den Entzug von Eigentum zu unterstreichen und zu festigen. Vgl. in diesem Zusammenhang auch Fisch, S. 152 f., der die Ansicht vertritt, das Bundesgericht konzipiere den Kerngehalt der Eigentumsgarantie als Existenzminimum. Diese Ansicht scheint aber problematisch, zunächst, weil sie von einer abzulehnenden Gleichsetzung von Kerngehalt mit der Institutsgarantie ausgeht und sodann, weil sich daraus eine positive Leistungspflicht des Staates zur Sicherung des Existenzminimums ergäbe. Teil des Problems an dieser Argumentation ist auch, dass sie das Existenzminimum mit dem Anspruch auf Nothilfe nach Art. 12 BV gleichsetzt, das Existenzminimum sowohl nach Sozialhilferecht als auch nach SchKG aber höher liegt (vgl. Gächter/Werder, Art. 12 BV N. 29). Hingegen ist einleuchtend, dass der Staat nicht durch Eigentumsbeschränkung entziehen darf, was er anschliessend auf Grund des Rechts auf Nothilfe, bei dem Schutzbereich und Kerngehalt zusammenfallen, wieder leisten müsste. Dass der Kerngehalt der Eigentumsgarantie also spätestens dort berührt ist, wo eine Person durch Eigentumsbeschränkung in eine «unwürdige Bettelexistenz» (BGE 131 I 166, E. 3.1) verfallen würde, ist plausibel und stützt das Argument, den Kerngehalt der Eigentumsgarantie im Würdebezug der materiellen Existenz eines Menschen zu verorten.

2347 BSK-Waldmann (2015a), Art. 26 BV N. 80.

2348 Vgl. Fisch, S. 151.

2349 BSK-Waldmann (2015a), Art. 26 BV N. 60.

2350 Fisch, S. 102, 151.

Kerngehalt der Eigentumsgarantie, der sich an der Würde des Individuums orientiert, ist also verhältnismässig unproblematisch zu erreichen, weil sich der Schutz eines so verstandenen Kerngehaltes nicht ausschliesslich aus der Eigentumsgarantie selbst, sondern auch aus Art. 36 Abs. 4 BV und aus Art. 8 BV ergibt. Die Verpflichtung, die Würde des Einzelnen auch dort zu schützen, wo sehr gewichtige öffentliche Interessen für eine gesetzliche Neudefinition von Eigentum sprechen, kann vom Gesetzgeber also nicht aufgehoben werden.

C. Sachlicher Schutzbereich

1. Eigentumstheorien

Der grossen Komplexität von Eigentum als Konzept und als soziales und rechtliches Konstrukt[2352] entsprechend ist auch der **sachliche Schutzbereich** der Eigentumsgarantie **komplex** und weist erhebliche Unklarheiten auf. Das Schutzobjekt der Eigentumsgarantie ist «nicht eine menschliche Tätigkeit oder Eigenschaft, sondern ein durch die Rechtsordnung geschaffenes Institut.»[2353] Diese Formulierung nimmt indes schon vorweg, was in der Lehre umstritten und in der Rechtsprechung[2354] unklar ist, und zwar sowohl in Bezug auf das privatrechtliche Eigentum als auch in Bezug auf das Schutzobjekt der Eigentumsgarantie: Die Frage nämlich, ob das Eigentum vorgesetzlich bestehe und das Gesetz ihm dann Schranken setze (**Schrankentheorie**), oder ob das Eigentum ein Institut der Rechtsordnung sei, das erst mit dieser entstehen könne und dem die Grenzen des Eigentums, wie sie von der Rechtsetzung gezogen werden, daher immanent seien (**Immanenztheorie**). Die beiden Theorien schliessen sich gegenseitig an sich aus und weisen erhebliche Schwächen auf.[2355] 37

a. Schwächen der Eigentumstheorien

Eine Möglichkeit, mit dem Problem der beiden unzulänglichen Theorien umzugehen, ist, auf die **limitierte praktische Relevanz** dieser Debatte 38

2351 Für einen umfassenden Versuch, das Eigentum vorgesetzlich aus der Verfassung zu konstruieren, vgl. Fisch, S. 122 ff.

2352 G. Müller (1981), S. 49.

2353 Kiener/Kälin/Wyttenbach, N. 1413. Vgl. auch OFK-Biaggini, Art. 26 BV N. 4.

2354 Vgl. zur Entwicklung der Rechtsprechung jüngst sehr eingehend Fisch, S. 77 ff.

2355 Vgl. G. Müller (1981), S. 50.

hinzuweisen und sie in den Elfenbeinturm zu verweisen.[2356] Dennoch führen die Defizite beider Theorien dazu, dass nicht nur die Konturen des sachlichen Schutzbereichs der Eigentumsgarantie diffus sind, sondern schon die Frage, ob das geschützte Recht ursprünglich eine feste Grösse ist, von der abgetragen wird, oder ein soziales Konstrukt, das sich mit verändernden politischen, ökonomischen und technologischen Rahmenbedingungen verändert.

39 Zunächst zu den Problemen der Schrankentheorie: **Eigentum kann dem Recht nicht vorausliegen**, sondern es wird erst durch die Rechtsordnung geschaffen.[2357] Denn schon welches die Handlungsrechte sind, die mit einem bestimmten Gut verbunden sind, ist nicht natürlich oder evident, sondern kann sich erst aus einem irgendwie geformten gesellschaftlichen Minimalkonsens ergeben.[2358] Selbst wenn man von einer solchen vorstaatlichen Existenz von Eigentum ausgehen würde, könnte es unmöglich einen natürlichen oder einen ursprünglichen Umfang des Eigentums geben (das wäre aber eine Voraussetzung dafür, dass die Schrankentheorie funktioniert). Denn jede denkbare Nutzungsform von Eigentum schafft Interferenzen mit anderen Rechtsteilnehmenden und deren Eigentum.[2359] Bevor ein Rechtsrahmen und ein Konfliktlösungsmechanismus besteht, gibt es keine Möglichkeit, die eine Beeinträchtigung als natürlicherweise zulässigen Bestandteil des Eigentums, die andere aber als übermässige Einwirkung einzustufen.

40 Die Immanenztheorie andererseits weist die Schwäche auf, dass sie das Eigentum nur im Rahmen des geltenden Rechts und daher grundsätzlich **nicht gegen die Rechtsetzung schützen kann**. Sie schützt ein Eigentum, dessen Substanz beliebig ausgedünnt werden kann, solange dies nur durch die

2356 BSK-Waldmann (2015a), Art. 26 BV N. 10.

2357 Im Schrifttum finden sich dezidiert andere Ansichten. Vgl. etwa Isensee, S. v.

2358 Eine Möglichkeit, mit dieser Schwierigkeit umzugehen, ist, zu unterscheiden zwischen einem Eigentum, das dem Recht als Ganzes vorausliegt, und jenem, das nur dem Gesetzesrecht vorausliegt, aber in der Verfassung angelegt ist. Vgl. dazu Fisch, S. 74. Allerdings ist damit noch wenig gewonnen, denn auch ein vorgesetzliches Eigentum läuft konzeptionell auf die Annahme hinaus, dass die Verfassung einen vorstaatlichen Eigentumsbegriff schützt. Und sobald zur Konkretisierung des verfassungsmässig geschützten Eigentums das Gesetzesrecht herangezogen wird, wird die Idee eines vorgesetzlichen Eigentums verletzt. Fisch, S. 122 f.

2359 Donahue formuliert es folgendermassen (S. 34): «My privilege of use of anything, if excercised to the fullest, is likely to interfere with your privilege of using your things. Two absolute privileges cannot coexiste within even reasonable proximity.»

Rechtsetzung anstatt durch die Rechtsanwendung geschieht.[2360] Um dieses Problem abzuwenden, bedürfte es eines Kriteriums, wann Rechtsnormen Eigentum gestalten und wann sie es beschränken. Bisher ist es nicht gelungen, solche Kriterien zu identifizieren.[2361] Aus logischen Gründen kann dies auch gar nicht gelingen; das würde gerade wieder eine vorrechtliche Substanz des Eigentums, die es nicht geben kann, voraussetzen. Es ist also notorisch unklar, ob in das Eigentum eingegriffen oder der Schutzbereich des Eigentums neu gestaltet werde. Das ist problematisch, denn das Verhältnis zwischen Berührtsein des Schutzbereiches und Zulässigkeit des Eingriffs, das auch in Hinblick auf andere Grundrechte nicht immer klar ist, ist im Kontext der Eigentumsgarantie besonders wichtig. Von ihm hängt ab, ob die Wertgarantie greift.[2362]

Wie fragil das Eigentum nach Immanenztheorie ist, zeigt sich daran, dass bereits die Verfassung selbst **punktuelle Durchbrechungen der Eigentumsgarantie** vorsieht. In diesen Fällen gehen gemäss einer generell vorgenommenen Wertung andere Interessen als jene der Eigentümerschaft vor. Eine Abwägung von Interessen wird also gar nicht vorgenommen. Beispiele sind bauliche Eingriffe in Moore und Moorlandschaften von gesamtschweizerischer Bedeutung (Art. 78 Abs. 5 BV), der Bau von Minaretten (Art. 72 Abs. 3 BV) oder die Erstellung von Zweitwohnungen unter gewissen Umständen (Art. 75b i.V.m. Art. 197 Ziff. 9 Abs. 2).[2363] Offensichtlich kann also der Umfang des Eigentums durch die Rechtsordnung festgelegt werden und könnte theoretisch auch durch Verfassungsrecht selber seiner Substanz entleert werden. 41

b. Kompromiss in der Praxis

Das **Bundesgericht** orientierte sich ursprünglich an der **Immanenztheorie**. Seine Rechtsprechung zu Eingriffen in das Eigentum blieb auf individuell-konkrete Eingriffe durch die Verwaltung beschränkt, wobei es als grundsätzlich unbestritten galt, dass die Rechtsetzung den Schutzbereich der Eigentumsgarantie neugestalten könne,[2364] die Schranken des Eigentums dem 42

2360 Riva (1990), S. 231.
2361 BSK-Waldmann (2015a), Art. 26 BV N. 10.
2362 Riva (1990), S. 261.
2363 OK-Mösching, Art. 75b BV N. 19; BSK-Waldmann (2015a), Art. 26 BV N. 55.
2364 Saladin, S. 117-119.

Recht also immanent sind. Im Laufe des 20. Jahrhunderts hat sich das Bundesgericht aber schrittweise von der Immanenztheorie abgewandt, ohne sich der Schrankentheorie ganz zuzuwenden. Eine volle Hinwendung zur Schrankentheorie würde mit sich bringen, dass es auch Einschränkungen der Eigentümerbefugnisse durch die Rechtsetzung als Eingriff in den Schutzbereich behandeln würde, was es aber nur ganz ausnahmsweise tut (dazu unten, N. 119). Das Resultat ist eine unklare und oft widersprüchliche Situation.[2365]

43 In **Ermangelung einer dritten Theorie**, die die Schwächen der Schranken- und der Immanenztheorie überwinden könnte, bleibt man zurückgeworfen auf einen fragilen (und letztlich widersprüchlichen) Kompromiss zwischen diesen beiden Theorien. Dem entspricht die Schweizer Praxis.[2366] Einerseits wird oft die Fiktion von Eigentum als etwas dem Gesetzgeber Vorausliegendes bemüht,[2367] oder doch jedenfalls darauf gepocht, dass die Substanz des Eigentums durch die Rechtsetzung nicht beliebig abgeschichtet werden dürfe[2368] und Eigentum deshalb eine vorrechtliche Substanz haben müsse. Andererseits lässt die Rechtsprechung keinen Zweifel daran, dass der Eigentumsbegriff vom Gesetzgeber neu gefasst werden kann, um ihn mit öffentlichen Interessen[2369] und Interessen Dritter kompatibel zu gestalten, wobei aber auch der Gesetzgeber in einem gewissen Ausmass an die Eigentumsgarantie gebunden bleibt. Es ist insofern nicht abwegig, darauf

---

2365 Fisch, S. 423; vgl. auch S. 94.

2366 G. Müller (1981), S. 50.

2367 So verwendete das Bundesgericht regelmässig die Formulierung, das Eigentum sei «nur in den Schranken, die ihm im öffentlichen Interesse durch die Rechtsordnung gezogen sind», gewährleistet (statt vieler BGE 145 I 140, E. 4.1. Zahlreiche weitere Hinweise bei Fisch, S. 78, Fn. 122). Diese Formulierung impliziert jedenfalls ein vorrechtlich bestehendes Eigentum, dem die Rechtsordnung und das öffentliche Interesse dann Schranken gesetzt haben. Der fragile Kompromiss in der Rechtsprechung wird dadurch veranschaulicht, dass das Bundesgericht unmittelbar anschliessend von «in der Regel entschädigungslos zulässige Inhaltsbestimmungen des Grundeigentums» spricht, eine Formulierung, die klarerweise der Immanenztheorie folgt.

2368 BGE 105 Ia 330, E. 3c: «Die Eigentumsgarantie hindert den Gesetzgeber nicht, 'die objektive Eigentumsordnung im Rahmen der Bedürfnisse der Gemeinschaft festzulegen'. Doch hat er dabei den freiheitsvermittelnden Kerngehalt des Eigentums zu wahren, wobei dieser nicht völlig statisch zu verstehen ist, sondern der weiteren Entwicklung durch den Verfassungsrichter und der Abänderung durch den Verfassungsgeber zugänglich bleibt (...).» (Verweise weggelassen).

2369 Statt vieler BGE 144 II 367, E. 3.2.

hinzuweisen, dass sich der Eigentumsbegriff aus der Verfassung ergebe und daher zwar nicht vorstaatlich, aber vorgesetzlich sei.[2370] Nur trifft dies lediglich für die Ecksteine des Eigentums, für seinen inneren Bereich zu. Viele und wichtige Aspekte des Eigentums, die ebenfalls grundrechtlichen Schutz geniessen, ergeben sich erst aus dem Gesetz. Die Sorge, dass der Gesetzgeber das Eigentum komplett aushöhlen könnte, ist also jedenfalls unter der Annahme, dass der Gesetzgeber die Verfassung respektiere, übertrieben.

Dennoch ist der so entstehende Kompromiss fragil und wird dadurch strapaziert, dass das Bundesgericht Grundrechtseingriffe durch Rechtsänderungen nur in Ausnahmekonstellationen anerkennt und dem **Gesetzgeber** damit **viel Freiheit** über die Substanz des Eigentums gibt. Im Regelfall geht es umstandslos davon aus, neues Recht lege den Schutzbereich der Eigentumsgarantie neu fest.[2371] 44

c. Funktionales Verständnis von Eigentum als Navigationshilfe

Am besten zu navigieren ist dieser fragile Kompromiss wohl, wenn als Leitstern ein **funktionales Verständnis von Eigentum** dient.[2372] Ein solches fragt danach, welche Güter und Teilaspekte von Gütern für jene Zwecke am entscheidendsten sind, zu deren Sicherung das Eigentum grundrechtlich geschützt wird. Die Zuschreibung von bestimmten Funktionen zu einem Grundrecht ist immer riskant. Es ist eine Interpretationsleistung, bei der es auch zu einer problematischen Reduktion von Funktionen kommen kann. Aber ohne den Zweck der Eigentumsgarantie ausschliesslich auf diese Funktionen reduzieren zu müssen, drängt es sich auf, ihr insbesondere eine Dezentralisierungsfunktion (vgl. dazu oben, N. 27) und eine Funktion zum Schutz der Würde und der Autonomie[2373] des Einzelnen (vgl. dazu oben, N. 33) zuzugestehen. Schon mit diesen grundlegenden Funktionen, so die hier vertretene Ansicht, lässt sich der fragile Kompromiss zwischen einem vorgesetzlich bestehenden und einem gesetzgeberisch gestaltbaren Eigentum stabilisieren, weil diese beiden Funktionen unabhängig von der spezifischen 45

2370 Vgl. hierzu insbes. Fisch, S. 122 f.

2371 So in BGE 144 II 367, E. 3. Vgl. auch schon BGE 122 II 326, E. 5c.

2372 So ausdrücklich Saladin, S. 130. Vgl. auch OFK-Biaggini, Art. 26 BV N. 14 unter Verweis auf G. Müller (1981), S. 66, der als Funktionen des Eigentums etwa die Vorsorgefunktion, die Dispositionsfunktion, die Prestigefunktion und (auf S. 76) die Anspornfunktion identifiziert. Vgl. ferner Häberle, S. 75.

2373 Hierzu eingehend Dagan, insbes. S. 41 ff.

Eigentumstheorie limitieren, wie weit das Eigentum entkernt werden kann.[2374] Diese Funktionen finden ihren Ausdruck in zwei Schutzdimensionen der Eigentumsgarantie, nämlich in der Institutsgarantie (für die Dezentralisierungsfunktion) und in der Kerngehaltsgarantie (für die Würdefunktion).

46 Die Funktion der Eigentumsgarantie wäre beispielsweise unterlaufen, wenn die öffentliche Hand derart in das Eigentum eingreifen würde, dass eine (allmähliche) Konzentration von Produktionsfaktoren bei der öffentlichen Hand die Folge wäre. Eigentum kann insofern nicht anders als durch Rechtsetzung abgezirkelt werden, aber die **Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers ist nicht beliebig**; auch er ist an die Eigentumsgarantie gebunden. Er muss seinen Spielraum so wahrnehmen, dass die Dezentralisierungsfunktion, die Autonomiefunktion und die Würdeerhaltungsfunktion des Eigentums gewährleistet bleiben.

47 Dieser Kompromiss basiert allerdings auf einer Vorstellung von Eigentum, nach der sich Eigentum nicht anders qualitativ von weiteren Formen der Berechtigung an Gütern unterscheiden lässt als dadurch, dass es unter dem Schutz der Eigentumsgarantie steht. Eigentum ist insofern ein **Bündel von Handlungsrechten** zur erlaubten Beeinträchtigung anderer,[2375] das sich dadurch von anderen Handlungsrechten abgrenzen lässt, dass es grundrechtlich besonders geschützt ist und insbesondere mit einer Wertgarantie bewehrt ist.

2. Autonomie des verfassungsrechtlichen Eigentumsbegriffs

48 Der **verfassungsrechtliche Eigentumsbegriff** ist von jenem des Privatrechts **autonom**. Das bedeutet, dass das sachenrechtliche

2374 A.M. wohl Fisch, S. 423.

2375 Ein Aspekt dieser Vorstellung von Eigentum ist, dass in der Tat jede Form der Ausübung von Eigentum eine Beeinträchtigung anderer ist und sei es nur dadurch, dass andere Handlungen nicht wahrnehmen können, die mit diesem Eigentum nicht kompatibel wären. Entweder Nachbarin A kann ihr Grundstück überbauen und verschattet (beeinträchtigt) damit das Grundstück von B, oder B kann A an der Überbauung hindern. Es handelt sich um ein reziprokes Verhältnis der Beeinträchtigung. Diese Einsicht bedeutet aber keinesfalls, die Annahme eines Nullsummenspiels oder dass Eigentum den aggregierten Nutzen einer Gesellschaft schmälere, im Gegenteil. Sie geht davon aus, dass das Recht üblicherweise jene Beeinträchtigungen anderer erlauben kann, die den aggregierten Nutzen einer Gesellschaft maximieren können. Grundlegend hierzu: Coase.

Privateigentum zwar Teil des Schutzbereichs der Eigentumsgarantie ist, dieser aber losgelöst vom privatrechtlichen Konzept gestaltet werden muss und insbesondere weiter ist als dieses. In der Literatur besteht eine Tendenz, das privatrechtliche Sacheigentum als relativ sicheren Sockel des Schutzbereiches der Eigentumsgarantie aufzufassen[2376] und auf diesem die unklareren und komplexeren Aspekte aufzubauen. Diese Auffassung ist allerdings nicht unproblematisch, weil sie den Eindruck einer vermeintlichen Klarheit des Umfangs und Inhalts von Sacheigentum suggeriert. Doch eine typische Konstellation, in der die Eigentumsgarantie zum Tragen kommt, liegt etwa vor, wenn Sacheigentum von einer öffentlichrechtlichen Regulierung oder von einem Verwaltungsakt betroffen ist. Hier ergibt sich der Umfang des Sacheigentums also (unter anderem) aus dem regulativen Rahmen des öffentlichen Rechts. Sein Umfang ergibt sich daher gerade nicht ohne weiteres aus dem Sachenrecht.

Unter den Instituten des Privatrechts schützt der autonome Eigentumsbegriff der Eigentumsgarantie über das sachenrechtliche Eigentum hinaus auch den **Besitz**,[2377] die **beschränkten dinglichen Rechte, Immaterialgüterrechte** und **obligatorische Ansprüche**, wie sie sich etwas aus Pacht- oder Mietverträgen ergeben.[2378] 49

Es bleibt eine offene und grundlegende Frage, wie autonom der verfassungsrechtliche Eigentumsbegriff vom sachenrechtlichen gestaltet werden kann, ohne konturlos zu werden. Diese Frage dürfte an Bedeutung gewinnen, wenn mehr und mehr Güter **nicht mehr an eine physische Sache gebunden** sind, sondern als rechtliche Konvention und/oder technische Innovation bestehen (wie beispielsweise die Nutzungsrechte an Daten; vgl. dazu unten, N. 71 f.). 50

2376 Fisch, S. 63, spricht von der Vorstellung des sachenrechtlichen Eigentums als der idealen Verwirklichung oder dem «Urbild» des Eigentums im verfassungsrechtlichen Sinne. Für eine eingehende Kritik an dieser Vorstellung vgl. Pistor, insbes. S. 116, 126 und 159.

2377 Zuletzt sehr klar BGer 1B_493/2021 vom 10.1.2022, E. 2.3, wo die Einziehung eines Mobiltelefons in einer Strafanstalt vom Besitzer (das Eigentum daran konnte lediglich vermutet und nicht ohne weiteres festgestellt werden), als schweren Eingriff in die Eigentumsgarantie qualifiziert wird.

2378 Riva/Müller-Tschumi, N. 14.

3. Wichtige Aspekte, in denen der Schutzbereich der Eigentumsgarantie unklar ist

51 Es lohnt sich, im Sinne eines **Überblicks** zunächst darauf hinzuweisen, in welchen Bereichen die Konturen des sachlichen Schutzbereichs der Eigentumsgarantie besonders diffus sind, ehe auf diese Punkte im Einzelnen eingegangen wird:

- Zunächst ist unklar, ob vermögenswerte Rechte oder das Vermögen *an sich* Gegenstand des Schutzes der Eigentumsgarantie bilden (N. 52 ff.).
- Ein praktisch besonders wichtiger Vermögensbestandteil, dessen Verhältnis zum Schutzbereich der Eigentumsgarantie unklar ist, sind öffentlichrechtliche Ansprüche (N. 58 ff.).
- Ein Begriff, der im Kontext der Eigentumsgarantie für anhaltende Unklarheit sorgt, ist jener der wohlerworbenen Rechte und verschiedener alternativer Begriffe, die zu ihm entwickelt worden sind (N. 60 ff.).
- Die Frage der Besteuerung, die an sich nicht als ein Eingriff in die Eigentumsgarantie aufgefasst wird, bereitet Schwierigkeiten. Unklar ist, wann sie so intensiv sei, dass sie als konfiskatorisch zu gelten habe (was wiederum die Frage nach sich zieht, ob in einer konfiskatorischen Besteuerung eine Verletzung des Kerngehalts liege, N. 66 f.).
- Sodann ist unklar, wie und inwieweit faktische Interessen von der Eigentumsgarantie geschützt sind (N. 68 f.).
- Schliesslich ist weitgehend unklar, wie sich die Eigentumsgarantie zu dem immer wichtiger werdenden Gut der Daten bzw. der ökonomisch interessanten Nutzungsrechte von Daten verhält (N. 71 f.).

a. Das Vermögen an sich

52 Vermögen kann für die vorliegende Diskussion sinnvoll definiert werden als die Summe aller wirtschaftlichen Güter, die einer Person zustehen.[2379] Die Frage, ob das **Vermögen an sich Schutzobjekt der Eigentumsgarantie** sei, darf als die zentrale Unklarheit des sachlichen Schutzbereiches der Eigentumsgarantie bezeichnet werden.[2380] Viele weitere Unklarheiten, etwa

2379 Koller, S. 26. Der Begriff «wirtschaftlich» ist vorliegend weiter, als der Begriff «geldwert». Das Vermögen kann also auch Güter umfassen, die keinen Geldwert haben. Vgl. dazu D. Schmid, S. 54 f.

jene, ob in der Besteuerung ein Grundrechtseingriff liege, inwieweit faktische Interessen geschützt seien, inwieweit Interessen und Rechte gegenüber der öffentlichen Hand in den Schutzbereich fallen und ob reine Vermögensschäden einen Eingriff in die Eigentumsgarantie darstellen, hängen von dieser Frage ab. Die Lehre ist geteilt. Biaggini findet es «nicht erstrebenswert», die Eigentumsgarantie als einen allgemeinen Vermögensschutz auszugestalten.[2381] Klar nicht Teil des Schutzbereichs ist das Vermögen an sich auch nach Dubey.[2382] Waldmann wendet ein, dass mit Blick auf den Sinn der Eigentumsgarantie jedenfalls jene Vermögenswerte, die der Daseinssicherung dienen, dem Schutzbereich der Eigentumsgarantie zugerechnet werden müssten.[2383] Er beschreibt den Inhalt der Eigentumsgarantie als ein «Bündel von einklagbaren Rechten»,[2384] eine Vorstellung, die es schwierig macht, das Vermögen davon auszunehmen, denn das Vermögen einer Person ist die Gesamtheit ihrer werthaltigen Rechte. Tschumi und Riva stellen folgerichtig das so definierte Vermögen in den Schutzbereich der Eigentumsgarantie[2385] (was das Problem auf die Frage verschiebt, was alles als werthaltige Rechte zu gelten habe).

Das **Bundesgericht** ist in dieser Frage **unklar** geblieben. Einerseits lässt es keinen Zweifel daran, dass die Einfrierung von Vermögen von Personen (im Rahmen von Sanktionen gegen Personen, denen die Nähe zu einem problematischen Regime vorgeworfen wird) ein Eingriff in die Eigentumsgarantie darstellt.[2386] Die Wirkung dieser Sanktion ist nicht die Blockierung einzelner konkreter Vermögenswerte, sondern des gesamten (auch des potentiellen) Vermögens, soweit es sich jetzt oder künftig in der Schweiz befindet.[2387] Andererseits hält das Bundesgericht in konstanter 53

2380 Ähnlich bereits Riva (1990), S. 241 f.

2381 OFK-Biaggini, Art. 26 BV N. 16. Gleicher Meinung Kiener/Kälin/Wyttenbach, N. 1420; J. P. Müller/Schefer, S. 1016 f. Unter Berufung auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtes schliessen auch Häfelin/Müller/Uhlmann, das Vermögen aus dem Schutzbereich aus (N. 2334). Allerdings weisen sie auch darauf hin, dass die Praxis des Bundesgerichtes hierzu nicht immer konstant war (unter Berufung auf BGE 124 I 6, E. 4b, wo es um eine staatliche Ersatzforderung gegen einen Privaten ging).

2382 CR-Dubey, Art. 26 BV N. 47; allerdings unter Erwähnung des Problems, dass bei konfiskatorischer Besteuerung das Vermögen an sich dennoch Teil des Schutzbereiches bildet.

2383 BSK-Waldmann (2015a), Art. 26 BV N. 21.

2384 BSK-Waldmann (2015a), Art. 26 BV N. 7.

2385 Riva/Müller-Tschumi, N. 14. Vgl. Auch die eingehende Herleitung bei Riva (1990), S. 241 ff.

2386 BGE 141 I 20, E. 4. Vgl. auch BGE 150 IV 201, E. 5.2.

Rechtsprechung fest, dass nur die einzelnen Eigentumsbefugnisse geschützt seien, nicht aber das Vermögen an sich.[2388] Das Problem dieser Haltung ist, dass dadurch ein Eingriff in die Teile des Ganzen als ein Eingriff in das Grundrecht gilt, ein Eingriff in das Ganze aber nicht. Das ist deshalb nicht besonders sinnhaft,[2389] weil nicht in das Ganze eingegriffen werden kann, ohne in einen Teil seiner Bestandteile einzugreifen. Wo man dem entgegenhielte, es gebe einen Unterschied zwischen den konkreten einzelnen Befugnissen, wie sie aus dem Eigentum fliessen, und dem Vermögen als bloss allgemeine Befähigung, ist wiederum einzuwenden, dass Vermögen sich gerade durch seine flexible Verwendbarkeit auszeichne. Bestimmte Teilmengen des Vermögens können zu konkreten Befugnissen (etwa zum Erwerb von Gütern) verwendet werden. Jeder Eingriff in das Vermögen an sich ist daher ein Eingriff in konkrete Eigentumsbefugnisse, auch wenn nicht klar ist, in welche. Das Bundesgericht geht ausserdem davon aus, ein Eingriff in das Eigentum liege nur vor, wenn dieser Eingriff auch eine Vermögenseinbusse zur Folge habe.[2390] Diese (problematische)[2391] Auffassung deutet darauf hin, dass letztlich das Vermögen (die Summe der vermögenswerten Rechte) das Schutzobjekt hinter der Eigentumsgarantie bilden müsse.

54 In der Literatur wird zum Teil vertreten, ein Eingriff liege nur dann vor, wenn dieser **spezifische Forderungsrechte** der betroffenen Person betreffe, nicht aber, wenn er das Vermögen an sich betreffe.[2392] Diese Auffassung kann sich auf eine ältere Rechtsprechung stützen.[2393] Sie wirkt wie ein Relikt aus einer Zeit, als die Eigentumsgarantie noch das Spezialitätenprinzip des Sachenrechts in den Grundrechtsschutz importieren konnte, weil das Eigentum von Grundrechtsträgern noch im Wesentlichen an physische Sachen gebunden war. Diese Haltung entspricht aber nicht (mehr) einer ökonomischen Realität und ökonomischen Bedürfnissen, die die Eigentumsgarantie schützen soll. Erkennbar ist dies an der Herbeiziehung der Institutsgarantie (oben, N. 27 ff.). Mit der Formulierung des Bundesgerichts

2387 BGE 141 I 20, E. 6.1.2.
2388 BGE 132 I 201, E. 7.1; BGE 127 I 60, E. 3b.
2389 Fisch, S. 52.
2390 BGE 131 I 333, E. 3.1.
2391 BSK-Waldmann (2015a), Art. 26 BV N. 50.
2392 BSK-Waldmann (2015a), Art. 26 BV N. 21.
2393 BGE 105 Ia 134, E. 3a.

zur Institutsgarantie, das «Institut des Privateigentums» dürfe nicht «seiner Substanz entleert» werden,[2394] soll die Institutsgarantie gerade eine legalistische Betrachtung durch eine Dosis ökonomischen Realismus überwinden. Sie nimmt die ökonomische Substanz des Eigentums in den Blick und beschränkt sich nicht auf dessen juristische Hülle.

Seit das Bundesgericht **gewisse faktische Interessen** der Eigentumsgarantie zurechnet (vgl. nachfolgend, N. 68 ff.), ist auch der Einwand nicht mehr stichhaltig, eine bestimmte Handlungsmöglichkeit müsse einem expliziten, rechtlich geschützten Interesse entsprechen, um in den Schutzbereich der Eigentumsgarantie zu fallen.[2395] 55

Eine weitere Quelle der Unklarheit ist das Verbot der konfiskatorischen Besteuerung. Dieses Verbot besagt, dass das Vermögen nicht so stark belastet werden darf, dass es konfisziert würde (s. N. 30). Ab dieser Intensitätsschwelle ist das Vermögen also ohnehin Teil des Schutzbereiches.[2396] Das bedeutet aber, dass sich der Schutzbereich mit zunehmender Eingriffsintensität verändert. Um das zu erklären, postuliert ein Teil der Lehre **unterschiedliche Schutzbereiche** für die unterschiedlichen Dimensionen der Eigentumsgarantie. Die Bestandes- und die Wertgarantie schützen nach diesem Ansatz nur einzelne Eigentumsbefugnisse, die Institutsgarantie (die u.a. gegen konfiskatorische Besteuerung schützt), hingegen auch das Vermögen an sich.[2397] Die unterschiedlichen Dimensionen der Eigentumsgarantie schützen aber nicht unterschiedliche Rechtsgüter, sondern unterschiedliche Aspekte desselben Rechtsgutes. Diese ad-hoc-Anpassung der Dogmatik an eine gewachsene Praxis scheint mehr von Praktikabilitätsüberlegungen und dem Schutz fiskalischer Interessen der öffentlichen Hand als vom Streben nach Kohärenz und Rechtssicherheit geprägt zu sein. 56

Insgesamt wirft der Ausschluss des Vermögens an sich aus dem Schutzbereich der Eigentumsgarantie also mehr Fragen auf, als er löst. Dogmatisch ist es daher sinnvoll, die **Gesamtheit der wirtschaftlichen Güter** einer 57

2394 BGE 88 I 248, E. 3.

2395 A.M. wohl J. P. Müller/Schefer, S. 1016 f.

2396 Vgl. eingehend Fisch, S. 48 f.

2397 BSK-Waldmann (2015a), Art. 26 BV N. 34. Offen gelassen ist diese Möglichkeit auch bei J. P. Müller/Schefer, S. 1016. Auf den Ausschluss des Vermögens an sich aus dem Schutzbereich wird dort allerdings nur für die Bestandes- und die Wertgarantie bestanden.

Rechtsträgerin als deren grundrechtlich geschütztes Eigentum zu betrachten. Von jeder staatlichen Handlung, die diese Güter schmälert, ist dann grundsätzlich zu verlangen, dass sie den Anforderungen einer Grundrechtseinschränkung gerecht werde.[2398] Die entscheidende Frage verlagert sich dann darauf, wo die Grenze verlaufe zwischen einer entschädigungslos hinzunehmenden Eigentumsbeschränkung und einer Beschränkung, die einer Enteignung gleichkomme und daher voll entschädigt werden müsse (dazu nachfolgend, N. 104 ff.). Diese Frage kann dann auch sinnvoller, kohärenter und trennschärfer beantwortet werden als die weder ökonomisch noch juristisch sinnvolle Frage nach einer Grenze zwischen Eigentum und Vermögen.

b. Öffentlich-rechtliche Ansprüche

58 Mit der Frage, inwieweit das Vermögen an sich in den Schutzbereich der Eigentumsgarantie falle, hängt auch die zweite grosse Unklarheit des sachlichen Schutzbereiches zusammen, nämlich die Frage, inwiefern **öffentlich-rechtliche Ansprüche** Teil des Schutzbereiches sind. Wiederum öffnet sich hier ein Spannungsfeld. Auf der einen Seite steht ein teleologisches Argument, auf der anderen Seite der Einwand der Praktikabilität. Das teleologische Argument betont, dass öffentlich-rechtliche Ansprüche in einem modernen Staat einen grossen Teil des Realvermögens von Personen ausmachen.[2399] Wenn Autonomie und Sicherheit zentrale Zwecke der Eigentumsgarantie sind, dann müssten ihr solche Ansprüche grundsätzlich ebenfalls zugerechnet werden, denn von ihnen hängt ein zunehmender Teil dieser Autonomie und Sicherheit in der Praxis ab. Sie sind «funktionale Äquivalente»[2400] von Privateigentum an Sachen. Damit ist nicht gesagt, dass öffentlich-rechtliche Ansprüche das volle Spektrum von Qualitäten aufweisen, welche etwa Sacheigentum aufweist. Es genügt, dass sie bezüglich der Funktionen, die die Eigentumsgarantie zu schützen die Aufgabe hat, vergleichbar (nicht identisch) sind. Ein Rentenanspruch beispielsweise erfüllt für Autonomie und Sicherheit eine ähnliche Funktion, wie

2398 So schon Riva (1990), S. 244 m.w.H. BGE 141 I 20, in dem es um die Blockierung von allem in der Schweiz liegenden Vermögen des Beschwerdeführers ging, zeigt auch, dass solche Abwägungen möglich sind und ein öffentliches Interesse für sehr weitgehende Eingriffe in das Vermögen an sich begründet werden kann.

2399 Vgl. hierzu schon BGE 92 I 503, E. 2.

2400 OFK-Biaggini, Art. 26 BV N. 14.

Grundeigentum. Das gilt auch dann, wenn Grundeigentum noch weitere Funktionen erfüllt. Soweit es sich um eine obligatorische Vorsorge handelt, ist ein Anspruch daraus auch ein erzwungenes Substitut für herkömmliches Privateigentum, da sie Vermögen bindet, das ansonsten frei zur Verfügung gestanden hätte. Auf der anderen Seite steht der Einwand, dieses öffentlich produzierte Realvermögen sei so omnipräsent und in so komplexer, unauflösbarer Weise mit privat produzierten oder erworbenen Gütern verwoben (jedes Gut enthält privat und sozial produzierte Komponenten), dass ein grundrechtlicher Schutz dieser Güter schnell an eine Praktikabilitätsgrenze stösst und die Handlungsfähigkeit der öffentlichen Hand gefährdet.

Der verbreitetste Ansatz, mit diesem Problem umzugehen, besteht wiederum darin, nach einem Kriterium der rechtlichen Konkretisierung von Ansprüchen zu suchen, nach Kriterien, wann sich blosse Interessen gegenüber der öffentlichen Hand **zu rechtlich geschützten Ansprüchen «verdichtet»**[2401] haben. Die Kriterien für diese Verdichtung und die Terminologie zu deren Beschreibung sind uneinheitlich und widersprüchlich.[2402] Um Klarheit in diese Terminologie zu bringen, ist es insbesondere nötig, die Begriffe der wohlerworbenen Rechte, der subjektiven Rechte öffentlichen Rechts und der öffentlich-rechtlichen Ansprüche auseinanderzuhalten. 59

2401 Riva (1990), S. 235.

2402 Um den Schutzbereich der Eigentumsgarantie im Aspekt der öffentlichrechtlichen Rechte zu beschreiben, die er umfasst, finden sich in der Literatur Begriffe wie «vermögenswerte Rechte des Öffentlichen Rechts»: (Tschannen/M. Müller/Kern, N. 1782) Als Beispiel nennen sie insbesondere sozialversicherungsrechtliche Ansprüche. Wohlerworbene Rechte werden hier als separate Kategorie, nicht als Unter- oder Oberkategorie von vermögenswerten Rechten des öffentlichen Rechts behandelt. Weitere Begriffe sind «alle vermögenswerten öffentlich-rechtlichen Ansprüche des Einzelnen» (BSK-Waldmann (2015a), Art. 26 BV N. 21); «gewisse vermögensrechtliche Ansprüche aus einem öffentlich-rechtlichen Vertrag und aus dem Dienstverhältnis sowie Rechte aus Konzessionen oder anderen Zusicherungen» (J. P. Müller/Schefer, S. 1014 f.) oder «gewisse subjektive öffentliche Rechte» (Saladin, S. 126). Immer wieder verwendet wird auch der Begriff der «Nutzungs- und Verfügungsrechte [des öffentlichen Rechts]» (vgl. insbes. BSK-Waldmann (2015a), Art. 26 BV N. 9 ff.; Vallender/Hettich, Art. 26 BV N. 65, hier im Kontext der materiellen Enteignung); OFK-Biaggini, Art. 26 BV N. 29, spricht demgegenüber von «Nutzungs- und Verfügungsbefugnissen» zur Abgrenzung der Eigentumsbeschränkung vom Entzug des Eigentums. Teilweise gelten diese Begriffe als Unterfall der Kategorie der wohlerworbenen Rechte (so bei OFK-Biaggini, Art. 26 BV N. 12 f.), teilweise gelten umgekehrt wohlerworbene Rechte als Unterfall dieser Begriffe. BSK-Waldmann (2015a), Art. 26 BV N. 20, behandelt wohlerworbene Rechte als Unterfall der öffentlich-rechtlichen Nutzungs- und Verfügungsrechte.

c. Insbesondere: wohlerworbene Rechte

60 Die Kategorie der **wohlerworbenen Rechte** ist unklar,[2403] und die Begründung, was zu diesen zählt, nimmt regelmässig «zirkelhafte Züge»[2404] an. Klar ist lediglich, dass wohlerworbene Rechte solche sind, die eine besondere Dignität, eine besonders herausgehobene Beständigkeit für sich in Anspruch nehmen. Nach dem hier vertretenen Verständnis ist diese darin zu erblicken, dass wohlerworbene Rechte **rechtsänderungsbeständig** sind, dass sie also selbst dann bestehen bleiben, wenn der relevante Rechtsrahmen sich ändert.[2405] Demgegenüber wird nachfolgend von subjektiven Rechten des öffentlichen Rechts gesprochen, wenn Ansprüche gegenüber der öffentlichen Hand zwar justiziabel sind, ansonsten aber keine besonders herausgehobene Stellung aufweisen. Der Begriff der wohlerworbenen Rechte wird hier also eng verwendet, derjenige der subjektiven Rechte öffentlichen Rechts hingegen weit.

61 Verschiedene Gruppen von wohlerworbenen Rechten haben **unterschiedliche Begründungsstränge**.[2406] Zum Teil wird der Vertrauensschutz als ihr Geltungsgrund identifiziert, zum Teil ihr ehehafter Charakter, also ihr Bestehen seit unvordenklicher Zeit, bevor eine moderne Verfassungsordnung bestand. Zum Teil werden sie damit begründet, dass es sich bei ihnen um Überbleibsel aus einer vom Privatrecht geprägten Ordnung handle,[2407] sie nach heutigem Verständnis aber dem öffentlichen Recht zugeordnet werden.[2408]

62 Stützt sich der besondere Schutz wohlerworbener Rechte auf die Eigentumsgarantie oder auf Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 BV)? Nach neuerer bundesgerichtlicher Rechtsprechung steht der **Schutz von Treu und Glauben «im Vordergrund»**,[2409] was zur Klärung freilich wenig beiträgt.[2410] Der Vorteil von Treu und Glauben als Rechtsgrundlage ist der bessere Schutz

---

2403 Auer/Malinverni/Hottelier, Bd. II, N. 822; Strub, S. 311.
2404 OFK-Biaggini, Art. 26 BV N. 13. Saladin, S. 132 spricht von einer Tautologie, Strub, S. 137 von einem Pleonasmus. Vgl. auch Riva (2007), S. 47.
2405 Vgl. Zimmermann, S. 28.
2406 Instruktiv ist die Übersicht in BGE 145 II 140, E. 4 und 5. Vgl. auch Zimmermann, S. 30 f.
2407 Vgl. Sutter/M. Müller, S. 475.
2408 SGK-Vallender/Hettich, Art. 26 BV N. 21.
2409 BGE 145 II 140, E. 4.3.
2410 Zur diesbezüglichen Unklarheit eingehend Riva (2007), S. 50 f.

gegen Rechtsänderungen, da die Eigentumsgarantie das Eigentum nur im Rahmen des jeweils geltenden Rechtes schützt.[2411] Die Frage ist allerdings von untergeordneter Relevanz, solange beide Rechtsgrundlagen an sich dasselbe schützen, nämlich den Wert von einmal getätigten Investitionen, auch gegen spätere Rechtsänderungen. Hingegen bleibt das Alleinstellungsmerkmal der Eigentumsgarantie, die Wertgarantie (dazu oben, N. 23 ff.), auch in diesen Fällen und gerade im Hinblick auf diesen Schutzzweck wichtig. Wo dennoch in Rechte eingegriffen werden soll, muss ihr Wert entschädigt werden. Da es nicht gelingen kann, eine Grenze zu ziehen zwischen Rechtsänderungen, die Eigentum neu umreissen, und solchen, die in Eigentum eingreifen (vgl. oben, N. 40), genügt die Eigentumsgarantie allein als Rechtsgrundlage für rechtsänderungsbeständige Rechte nicht. Es braucht einerseits Treu und Glauben für die Rechtsänderungsbeständigkeit und andererseits die Eigentumsgarantie zur Sicherung des Wertes im Falle eines Entzuges.

63 Ein Beispiel für (vermeintlich) wohlerworbene Rechte, die ein **Überbleibsel aus dem Privatrecht** bilden, ist die Nutzung von Wasserkraft, die ursprünglich den Uferanstössern als dingliches Recht zugestanden hatte, heute aber als ein öffentlich-rechtliches Gut aufgefasst wird.[2412] Es ist zunächst unklar, weshalb nicht auch Rechte, die ursprünglich dem Privatrecht zugeordnet sind, durch Rechtsänderung modifiziert werden können.[2413] Die Vorstellung von einem derartigen privatrechtlichen Relikt ist, dass es wie eine Dienstbarkeit am Grundstück hafte und daher auch Rechtsänderungen überstehe. Das Bundesgericht hat aber mittlerweile klargestellt, dass die Annahme solcher Überbleibsel mit dem Prinzip der Unveräusserbarkeit staatlicher Hoheit[2414] kollidiert, weil es sich nach heutigem Verständnis eben um Güter handelt, die der öffentlichen Sphäre zugeordnet, und also ein Aspekt staatlicher Hoheit sind. Solche ehehaften Rechte müssen daher mittlerweile durch Konzessionen abgelöst werden, die nicht unbefristet vergeben werden dürfen.[2415]

64 Die Ablösung solcher Relikte erfolgt also in zwei Schritten. Erstens, indem die Kontrolle über diese Güter zu den Aspekten öffentlicher Gewalt gerechnet

2411 Riva (2007), S. 50.
2412 BGE 145 II 140, E. 6.1.
2413 Vgl. BGE 145 II 140, E. 5.
2414 Vgl. hierzu Häfelin/G. Müller/Uhlmann, N. 2722.
2415 BGE 145 II 140, E. 6.3.

wird und die Auslagerung dieser Kontrolle daher als Konzession behandelt wird. Zweitens, indem die Veräusserbarkeit solcher Gewalt zeitlich befristet wird.[2416] Wiederum wendet das Bundesgericht eine **stark ökonomische Sichtweise** an, indem es sich über formaljuristische Unterschiede (handelt es sich um ein Personalservitut oder um eine Sondernutzungskonzession?) hinwegsetzt und als (ökonomische) Ratio im einen wie im anderen Fall die ökonomische Notwendigkeit eines angemessenen Investitionsschutzes identifiziert und sie daher als inhaltlich vergleichbar behandelt. Nur im Rahmen des Schutzes dieser Investitionen rechtfertigt sich denn nach der Ansicht des Bundesgerichtes auch eine besondere Beständigkeit dieser Rechte.[2417] Diese zweistufige Ablösung – aus ehehaften Rechten werden Konzessionen und diese werden befristet – erfolgt grundsätzlich entschädigungslos.

65 Die enge Kategorie der **wohlerworbenen Rechte** kann allerdings **nicht die einzige Form von Ansprüchen gegenüber der öffentlichen Hand** sein, die in den Schutzbereich der Eigentumsgarantie fällt. Es erscheint daher sinnvoll, die relativ marginale Unterkategorie der rechtsänderungsbeständigen Rechte erst recht dem Schutzbereich der Eigentumsgarantie zuzuordnen, sie als wohlerworbene Rechte zu bezeichnen und damit terminologisch klar abzuheben und im Übrigen weiter nach der notwendigen «Dichte» zu suchen, die vermögenswerte Interessen gegenüber der öffentlichen Hand aufweisen müssen, um grundrechtlich geschützt zu sein.

d. Insbesondere: vermögenswerte Interessen gegenüber dem Staat

66 Die Frage, inwiefern **vermögenswerte Interessen gegenüber dem Staat** gegen Eingriffe durch den Staat geschützt werden sollen, muss analog zur Frage beantwortet werden, inwiefern vermögenswerte Interessen *an sich* geschützt werden sollen. Wo diese dem Schutzbereich zugeordnet sind (vgl. hierzu oben, N. 57), muss dies auch für vermögenswerte Rechte gegenüber der öffentlichen Hand gelten. Der Staat ist in unserem Leben omnipräsent und die vermögenswerten Ansprüche, die wir ihm gegenüber haben, sind zentral für die Autonomie-, Vorsorge- und Würdefunktion des Eigentums.[2418] Die

2416 BGE 145 II 140, E. 6.3-6.5.
2417 BGE 145 II 140, E. 6.3.
2418 Hierzu grundlegend: C. A. Reich.

Praktikabilität des sehr weiten sachlichen Schutzbereichs, der so entsteht, kann sichergestellt werden, indem die Anforderungen an eine Einschränkung nicht überspannt werden. Ein Beispiel für diese Herangehensweise findet sich in BGE 140 I 176, in dem die Einführung einer kommunalen Steuer auf Zweitwohnungen zu einem gewissen faktischen Druck führte, diese touristisch zu bewirtschaften. Das Bundesgericht nahm ohne weiteres ein Betroffensein der Eigentumsgarantie an,[2419] schützte aber das Vorgehen der Gemeinde als legitimen Eingriff zur Senkung der Nachfrage nach Zweitwohnungen und zur Steigerung der Auslastung bestehender Wohnungen.[2420]

Vermögenswerte Ansprüche gegenüber dem Staat fallen also, wenn sie einmal 67
bestehen, an sich in den Schutzbereich der Eigentumsgarantie. Umgekehrt vermittelt die Eigentumsgarantie **grundsätzlich keinen Anspruch auf positive staatliche Leistungen**,[2421] dies etwa im Gegensatz zum Recht auf Nothilfe (Art. 12 BV).[2422] Hingegen vermittelt die Eigentumsgarantie wohl – wie alle Freiheitsrechte – eine mittelbare Schutzpflicht, d.h. eine Pflicht zu intervenieren, wo das Eigentum durch Private gefährdet wird.[2423] Die Rechtsprechung zur Intervention – etwa bei Hausbesetzungen – zeigt allerdings, dass eine solche Schutzpflicht nur subsidiär und sehr zurückhaltend angenommen wird.[2424]

e. Faktische Interessen

Die letzte hier vertieft besprochene Unklarheit, die allerdings ebenfalls auf die 68
Frage zurückgeht, ob das Vermögen an sich geschützt sei, betrifft **faktische Interessen**, beispielsweise, das Interesse daran, dass die Strasse, an der eine Tankstelle liegt, befahren werden darf.[2425] Solche Interessen sind Teil des Vermögens, denn wo sie geschmälert werden, wird die betroffene Person faktisch ärmer. Faktische Interessen sind aber nicht durch einen konkreten

2419 BGE 140 I 176, E. 9.2 f.
2420 BGE 140 I 176, E. 6.2.
2421 BGE 119 Ia 28, E. 2.
2422 SGK-Vallender/Hettich, Art. 26 BV N. 18.
2423 Dubey (2012), N. 87.
2424 Vgl. BGE 119 Ia 28, E. 2, wo das Bestehen einer solchen Schutzpflicht offengelassen wird, für den vorliegenden Fall, wo eine Räumung verlangt wurde, ohne dass für das Gebäude bereits bewilligte Bauarbeiten hätten vorgenommen werden können, aber verneint wurde.
2425 Vgl. den Sachverhalt und die Hinweise in BGE 126 I 213, E. 1aa).

Rechtstitel, durch eine konkrete Eigentumsbefugnis geschützt. Rechtlich geschützt werden sie allenfalls durch ihre Zurechnung zum Schutzbereich der Eigentumsgarantie. Insofern hat die Debatte über den Schutz faktischer Interessen einen zirkulären Aspekt, denn ihre Zurechnung zur Eigentumsgarantie macht sie gerade zu mehr als bloss faktischen, nämlich zu grundrechtlich abgesicherten Interessen – und insofern auch zu Rechten. Umgekehrt kann ein Interesse nicht Teil des Schutzbereichs eines Grundrechtes sein, solange es bloss faktisch und nicht auch rechtlich geschützt ist. Lange Zeit bestand in dieser Frage ein Konflikt zwischen der Rechtsprechung und einem Grossteil der Lehre. In der Lehre wurde argumentiert, es komme nicht so sehr darauf an, ob ein Interesse rechtlich geschützt sei oder bloss faktisch bestehe; wichtiger sei die Frage, wie wesentlich die «Freiheitsposition» für die Betroffenen sei, in die eingegriffen werde.[2426] Das Bundesgericht hat schliesslich eingeräumt, dass faktische Interessen unter gewissen Umständen ebenfalls in den Schutzbereich der Eigentumsgarantie fallen.[2427] Wiederum hat es in diesem Fall eine juristische Grenzziehung hintan gestellt zugunsten einer ökonomischen Betrachtungsweise. Es fragt also danach, ob Eigentümer:innen «im Ergebnis» gleich betroffen seien, wie bei einer Einschränkung ihrer rechtlichen Befugnisse. Wo dies der Fall ist, zählt auch das ansonsten bloss faktische Interesse zum grundrechtlich geschützten Eigentum. Das gilt gemäss dem Bundesgericht allerdings nur für «gewisse» faktische Interessen, jene nämlich, deren Einschränkung sich auswirkt wie ein Entzug rechtlicher Befugnisse. Das Bundesgericht übernimmt damit die Forderung der Lehre: Ausschlaggebend sei, wie praktisch wichtig eine Freiheitsposition sei.[2428] Das Problem dabei bleibt eine Vermischung von Berührtsein des Schutzbereiches und Eingriffsvoraussetzungen. Die Schwere der Betroffenheit sollte an sich in der Prüfung gemäss Art. 36 BV beurteilt werden, nicht in der Frage, ob der Schutzbereich des Grundrechts betroffen sei.[2429]

69 Der grundrechtliche Schutz faktischer Interessen wirkt sich in erster Linie dahingehend aus, dass **verfahrensrechtlich** die Berufung auf die Eigentumsgarantie in Fällen möglich ist, in denen das zuvor nicht möglich

2426 G. Müller (1996), S. 223.

2427 BGE 126 I 213.

2428 Vgl. ausserdem das Argument, auch der Besitz sei kein subjektives Recht, sondern lediglich faktische Gewalt (und damit faktisches Interesse): Fisch, S. 58.

2429 A.M. wohl SGK-Vallender/Hettich, Art. 26 BV N. 17.

gewesen wäre.[2430] In dem Leitentscheid, der zur Anerkennung von faktischen Interessen als Teilgehalt des Schutzbereichs führte, verbessert das die verfahrensrechtliche Stellung der Rechtssuchenden, nicht den Schutz ihrer materiellen Interessen. Dasselbe gilt auch für einen Nachfolgeentscheid, in dem das Bundesgericht wiederum eine Vermischung der Frage von Eingriff und Intensität des Eingriffs vornimmt und das Grundrecht für nicht betroffen hält, weil es dafür an der notwendigen Intensität fehle.[2431] Dafür, dass faktische Interessen auch materiellrechtlich besser vor Eingriffen durch den Staat geschützt sind, fehlen momentan noch die Beispiele aus der Rechtsprechung.

f. Zur Terminologie

Die hier vertretene weite Fassung des Schutzbereichs trägt auch dazu bei, die Terminologie stark vereinfachen zu können, die in der Literatur zur Umreissung des Schutzbereichs verwendet wird: Es genügt, von der **Summe der Güter** einer Person zu sprechen, um den sachlichen Schutzbereich der Eigentumsgarantie zu umschreiben. Es erübrigt sich insbesondere, zu unterscheiden zwischen Verfügungs- und Nutzungsrechten einerseits oder zwischen Rechten und Rechtspositionen andererseits und schliesslich zwischen rechtlichen und (bloss) faktischen Interessen, die in den Schutzbereich der Eigentumsgarantie fallen. Auch der Begriff der subjektiven Rechte verliert (für den Kontext des Schutzbereichs der Eigentumsgarantie) seine Wichtigkeit, denn die Qualität von Gütern kann nur etwas aufweisen, was mit subjektiven Rechten gegenüber Dritten geschützt ist; da diese Rechte selber einen wirtschaftlichen Wert aufweisen, also selber Güter sind, fallen sie auch in den Schutzbereich der Eigentumsgarnatie. 70

g. Daten

Fallen Daten in den Schutzbereich der Eigentumsgarantie? Daten sind ein anschauliches Beispiel für die Limitierungen einer Eigentumsgarantie, die eng am Sacheigentum verhaftet bleibt. So ökonomisch wichtig Daten sind, so schlecht lassen sich überzeugende Analogien zum Sachenrecht bilden. Sie sind **körperlos** und **nichtrival** (die Nutzung durch A schmälert nicht die Nutzungsmöglichkeiten durch B).[2432] Beide Eigenschaften führen dazu, dass 71

2430 Vgl. OFK-Biaggini, Art. 26 BV N. 15.
2431 BGE 131 I 12, E. 1.3.

es relativ schwierig ist, jemanden aus der Mitbenutzung von Daten auszuschliessen. Sie führen auch dazu, dass Daten viel schwieriger einer Person als wirtschaftlich daran Berechtigte zuzuordnen sind, als andere Güter. Mehrere Personen können überlappende Nutzungsreche an ihnen haben. Schliesslich sind Daten immer weniger an einen spezifischen Datenträger gebunden. Der sachenrechtliche Schutz des Datenträgers als Surrogat der eigentlich zu schützenden Daten ist daher immer weniger praktikabel. Der Vorschlag, Daten möglichst analog zu Sachen zu schützen[2433] ist in der Literatur denn auch überwiegend kritisch aufgenommen worden.[2434] Auch der Vorschlag, für Daten ein Ausschlussrecht gegenüber allen anderen Rechtsteilnehmenden (*erga omnes*) und damit ein dem Immaterialgüterrecht vergleichbares Herrschaftsrecht über Daten, eine Art Dateneigentum *sui generis*, zu schaffen,[2435] konnte sich nicht durchsetzen. Entsprechend skeptisch bleibt das Schrifttum auch gegenüber dem Ansatz, Daten dem Schutzbereich der Eigentumsgarantie zuzuordnen.[2436] Eine parlamentarische Initiative wollte in Art. 13 BV (Schutz der Privatsphäre) festhalten: «[...] Daten sind Eigentum der betreffenden Person; diese ist davor zu schützen, dass die Daten missbräuchlich verwendet werden». Die Initiative wurde von den zuständigen Kommissionen überwiesen, vom Nationalrat hingegen abgeschrieben.[2437] Das totalrevidierte Datenschutzgesetz, das zum 1.9.2023 in Kraft trat,[2438] stärkt zwar in mancher Hinsicht das Recht der Personen, auf die sich die Daten beziehen. Es sieht aber ausdrücklich von der Einführung eines Eigentums an Daten ab, u.a., weil eine solche Regelung zu weit von der Regelung in der EU und ihren Mitgliedstaaten abweichen würde,[2439] deren datenschutzrechtlicher Rechtsrahmen einen grossen Einfluss auf das Schweizer Recht ausübt.

72 Am Beispiel von Daten zeigt sich der Sinn davon, das Vermögen dem Schutzbereich der Eigentumsgarantie zuzurechnen (siehe oben, N. 52 ff.). So

2432 Thouvenin, S. 24 f.; Hürlimann/Zech, N. 6.
2433 Eckert, S. 249.
2434 A. Schmid/J. K. Schmidt/Zech, S. 631; Hürlimann/Zech, N. 8. Vgl. auch Thouvenin, S. 29.
2435 Flückiger, insbes. S. 864.
2436 OFK-Biaggini, Art. 26 BV N. 13.
2437 Parlamentarische Initiative Fathi Derder, «Schutz der digitalen Identität von Bürgerinnen und Bürgern», 14.434.
2438 SR 235.1, vom 25.9.2020.

wird es möglich, zwar nicht die Daten selbst, wohl aber **vermögenswerte Rechte *an* Daten** dem Schutzbereich der Eigentumsgarantie zuzuschlagen. Wo sich diese Verwertungsrechte aus Vertrag ergeben, unterfallen sie wie andere vertragliche Ansprüche ohnehin der Eigentumsgarantie. Es wird auch möglich, dass verschiedene Personen unterschiedliche (aber sich gegenseitig nicht ausschliessende) Rechte in Bezug auf dieselben Daten haben, die alle jeweils der Eigentumsgarantie unterstehen. Daten sind denn auch ein instruktives Beispiel dafür, wie sehr wirtschaftliche Güter ein Produkt der Rechtsordnung sind. Die Güter, die ökonomische Relevanz aufweisen, sind nicht die Daten, sondern die *Rechte*, Daten in der einen oder anderen Form zu nutzen. Daten werden gerne als das «Erdöl des 21. Jahrhunderts» bezeichnet. Aber im Unterschied zu Erdöl sind Daten keine okkupierbare Sache, die Energie stiftet, unabhängig vom Rechtsrahmen, im dem sie verbraucht werden, sondern die Verwertungsrechte an Daten sind ein Produkt einer bestimmten Rechtsordnung.[2440] Solche, erst durch eine Rechtsordnung überhaupt entstehungsfähige, Vermögensbestandteile werden in einer postindustriellen, sich immer stärker digitalisierenden Gesellschaft in der Tendenz wichtiger. Der Schutzbereich der Eigentumsgarantie muss dieser Entwicklung Rechnung tragen.

4. Tiere

Tiere gelten zwar nicht mehr als Sachen (Art. 641a ZGB), in den Schutzbereich der Eigentumsgarantie fallen sie aber dennoch. Oder genauer: **die vermögenswerten Rechte in Bezug auf Tiere** fallen in den sachlichen Schutzbereich der Eigentumsgarantie. Wo es sich um Haustiere handelt, zu denen auch eine affektive Beziehung besteht, dürfte gegen deren Entziehung und Fremdplatzierung das Recht auf persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) einen griffigeren Schutz bieten, als die Eigentumsgarantie.[2441] 73

2439 Botschaft zum Bundesgesetz über die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz vom 15.9.2017, BBl 2017 6941 6988.

2440 Kapczynski, S. 1515.

2441 Vgl. BGE 134 I 293, E. 5.3; OK-Heri, Art. 10 BV N. 74.

IV. EINGRIFFE IN DIE EIGENTUMSGARANTIE (ART. 26 ABS. 2 BV)

74 Die **grundlegendste Unterscheidung** bei Eingriffen in das verfassungsmässig geschützte Eigentum ist diejenige **zwischen formellen und materiellen Eingriffen**. Bei formellen Enteignung werden Eigentumstitel oder beschränkte dingliche Rechte übertragen (beispielsweise wird ein Grundstück entzogen oder darauf erzwungenermassen eine Dienstbarkeit eingerichtet). Bei materiellen Beschränkungen des Eigentums findet hingegen *keine formelle* Transaktion statt, sondern das Bündel an Befugnissen, das mit dem Eigentum verbunden ist, wird geschmälert (zum Beispiel, indem die Bebaubarkeit eines Grundstückes eingeschränkt wird). Formelle Eingriffe in das Eigentum stellen stets eine Enteignung dar und müssen daher grundsätzlich immer voll entschädigt werden. Bei materiellen Eingriffen hingegen ist das nur unter den besonderen qualifizierenden Voraussetzungen der Fall, in denen ein solcher Eingriff einer Enteignung gleichkommt.[2442] Der Begriff des «enteignungsähnlichen Eingriffes» in das Eigentum und der Begriff der «materiellen Enteignung» können daher synonym zueinander verwendet werden. Bleibt ein Eingriff unterhalb der Schwelle «enteigungsähnlich», ist er zwar ein materieller Eingriff, aber noch keine materielle Enteignung.

A. Verhältnis von formeller und materieller Enteignung

75 Der verfassungsrechtliche Schutz des Eigentums würde davon profitieren, wenn die **Wichtigkeit der Unterscheidung** zwischen materiellen und formellen Eingriffen in das Eigentum stark **relativiert** würde und anerkannt würde, dass materielle und formelle Eingriffe in das Eigentum ökonomisch betrachtet viel vergleichbarer wirken, als das juristisch erscheinen mag. Voraussetzung dazu ist die Beobachtung, dass in dem einen wie in dem anderen Fall die öffentliche Hand sich Produktionsfaktoren aneignet, die sie zur Erreichung ihrer Ziele benötigt.

76 Das Bundesgericht nahm dieser Unterscheidung einen Teil ihrer Schärfe, indem es in schöpferischer Rechtsprechung den Begriff der **enteignungsähnlichen Eingriffe in das Eigentum** (oder auch **materielle Enteignung**) entwickelte. Dies gilt als eine der bedeutsamsten Leistungen der

2442 Statt vieler Häfelin/G. Müller/Uhlmann, N. 2327-2330.

Rechtsprechung im Bereich der Eigentumsgarantie. Diese Innovation wurde vom Verfassungsgeber bei der erstmaligen Festschreibung der Eigentumsgarantie in die Bundesverfassung übernommen.[2443] Sie findet sich heute in Art. 26 Abs. 2 BV, wonach «(...) Eigentumsbeschränkungen, die einer Enteignung gleichkommen, (...) voll entschädigt [werden]».

1. Transaktion von Rechten

77 Die Unterteilung in formelle und materielle Enteignung bleibt trotz all der möglichen Kritik daran **praktisch wichtig**. Dies **aufgrund der Wertgarantie**, die im Falle der formellen Enteignung grundsätzlich greift, im Falle der materiellen Eingriffe in das Eigentum hingegen nur ausnahmsweise. Diese Sonderstellung der formellen Enteignung ist nicht ohne Kritik geblieben.[2444] Die Sonderstellung ist u.a. auf die stark verbreitete, implizite Vorstellung zurückzuführen, im Falle einer formellen Enteignung komme es zu einer Transaktion von Rechten zwischen einem Privaten und dem Staat, während dies bei materiellen Eingriffen in das Eigentum nicht der Fall sei.[2445] Karlen etwa spricht bei materiellen Eingriffen in das Eigentum ausdrücklich von Eigentumsbeschränkungen ohne Rechtsentzug.[2446] Nach der hier vertretenen Auffassung ist das aber eine irreführende Vorstellung. Veranschaulicht werden kann diese Kritik mit einer Konzeption von Eigentum, die dieses als ein Bündel von subjektiven Rechten auffasst, den Wert des Eigentums in der Summe dieser Handlungsrechte erblickt und diese Handlungsrechte als Produktionsfaktoren auffasst. Produktionsfaktoren sind Handlungsrechte in dem Sinne, dass sie eine notwendige Voraussetzung für ein Spektrum von wirtschaftlich interessanten Betätigungsmöglichkeiten sind.[2447] Nach dieser Konzeption von Eigentum findet auch bei einem materiellen Eingriff in das Eigentum eine Transaktion statt. Dem Rechtebündel des Privaten wird ein Teilaspekt entzogen und dem Rechtebündel der öffentlichen Hand ein Teilaspekt hinzugefügt.

2443 Saladin, S. 174.

2444 G. Müller (1981), S. 13. Vgl. aber auch Tschannen/M. Müller/Kern, N. 1828, wo eine solche Abgrenzung eingehend vorgenommen wird.

2445 Vgl. etwa die Tabelle bei Tschannen/M. Müller/Kern, N. 1829. Vgl. auch die Formulierung, wonach im Falle einer formellen Enteignung ein Recht «über gehe», ausnahmsweise hingegen «untergehen» könne, wobei dann aber ein neues, dem Enteigner zustehendes Recht entstehen könne; wiedergegeben bei OFK-Biaggini (2017), Art. 26 BV N. 24.

2446 Karlen (2018), S. 378.

2447 Coase, S. 44.

78 Der Unterschied zwischen einem formellen und einem materiellen Eingriff besteht also nicht darin, dass im einen Fall eine Transaktion stattfindet und im anderen nicht, sondern darin, dass die Transaktion im Falle des materiellen Eingriffs komplexer ist. In diesem Fall wird nicht einfach ein Teilrecht von A nach B transferiert, sondern **B erwirbt die Möglichkeit, zu verhindern, was A zuvor durfte**. Das Teilrecht verwandelt sich also bei der Transaktion in sein Korrelat. Wo beispielsweise zuvor ein Recht bestand, eine gewisse Emission zu verursachen, besteht nach der Transaktion die Kompetenz des Staates, diese zu verhindern, etc. Die subjektiven Rechte und deren Aspekt als Produktionsfaktoren[2448] haben sich aber nicht einfach in Luft aufgelöst. Was zuvor eine Voraussetzung für eine bestimmte Art privater wirtschaftlicher Tätigkeit war (zum Beispiel ein Recht, eine Emission zu verursachen), ist nun eine Kompetenz der öffentlichen Hand, Tätigkeiten jener Art zu unterbinden und so ein öffentliches Interesse zu verfolgen (zum Beispiel den Schutz der Umwelt). Auch zur Herstellung dieses (öffentlichen) Gutes werden Produktionsfaktoren benötigt. Die von der öffentlichen Hand durch den Eingriff in das Eigentum neu erworbenen Rechte bilden diese Produktionsfaktoren. Ohne den Transfer dieser Handlungsrechte würden der öffentlichen Hand diese Voraussetzung zur Befriedigung eines öffentlichen Gutes fehlen.

2. Besonderer Fall der Staatshaftung?

79 Vereinzelt wird im Schrifttum dafür plädiert, die materielle Enteignung eher als einen **besonderen Fall der Staatshaftung** aufzufassen, denn als einen besonderen Fall der Enteignung.[2449] Dies in erster Linie, weil bei der formellen Enteignung die Entschädigung konstitutives Element ist, also eine Voraussetzung dafür, dass diese rechtmässig ist; die Rechtmässigkeit der materiellen Enteignung beurteilt sich hingegen unabhängig von der Entschädigung, die Entschädigung ist ihre Folge, nicht ihre Voraussetzung.[2450] Allerdings kann auch diese Haltung nicht ignorieren, dass die Tatbestandsvoraussetzungen für eine materielle Enteignung sich viel stärker an der formellen Enteignung orientieren, als an der Staatshaftung.[2451] Sie ist

2448 Für eine Definition des Konzepts von Produktionsfaktoren im hier verstandenen Sinne, vgl. oben, Fn. 23.
2449 Karlen (2018), S. 419.
2450 Karlen (2018), S. 419.
2451 Karlen (2018), S. 420.

vom Bundesgericht klarerweise als der formellen Enteignung nachgebildet worden und nicht der Staatshaftung. Aus den vorangegangenen Überlegungen ergibt sich ausserdem, dass der Anlass für die materielle Enteignung (wie bei der formellen Enteignung) die Beschaffung von Gütern durch die öffentliche Hand ist, die sie zur Erfüllung ihrer Aufgabe benötigt, und nicht der Ausgleich von einem Schaden (wie bei der Staatshaftung).[2452]

3. Die Rolle der gesetzlichen Grundlage und der demokratischen Legitimation

Zur Unterscheidung der materiellen und der formellen Eingriffe in das Eigentum spielen auch Enteignungsgesetze eine wichtige Rolle. Auf Bundesebene legt Art. 5 EntG die Art der Güter fest, die Gegenstand des Enteignungsrechtes sein können. Für das Beispiel der Enteignung nachbarrechtlicher Abwehrrechte etwa (nachfolgend, N. 87 ff.) ist entscheidend, dass das Gut der Abwehrrechte explizit in Art. 5 EntG erwähnt wird. Die Grenze zwischen einer formellen und einer materiellen Eigentumsbeschränkung kann also auch durch eine **explizite Erwähnung** bestimmter Eigentumsaspekte (im Gegensatz zu anderen) **im Gesetz** gezogen werden. Das Bundesgericht sagt hierzu: 80

«Ob ein Eingriff in Eigentum als formelle oder als materielle Enteignung zu betrachten und zu behandeln sei, beurteilt sich somit in erster Linie danach, ob das Enteignungsgesetz zur Anwendung komme und die für ein im öffentlichen Interesse liegendes Werk beanspruchten Rechte im formellen Enteignungsverfahren erworben werden müssen (...).»[2453]

2452 Auch wenn der Analyse, dass es sich bei der materiellen Enteignung um eine besondere Form der Staatshaftung handle also nicht gefolgt werden sollte, so ist doch das Verdienst dieser Perspektive, dass sie eine wichtige Parallele offen legt zwischen dem Enteignungs- und dem Haftpflichtrecht – das fehlende Veto jener Person, die ein Recht bisher innehatte, gegen dessen Transaktion. Es handelt sich um eine «liability rule», statt, wie üblich bei Eigentum um eine «property rule», die Transaktionen nur mit der Einwilligung der bisherigen Rechteinhaberin möglich macht. «Liability rules» werden in Konstellationen eingesetzt, in denen Transaktionen auf Grund beidseitiger Einwilligung regelmässig an zu hohen Kosten scheitern würden. Im Haftpflichtrecht ist dies deshalb der Fall, weil sich die schädigende und die geschädigte Person in der Regel nicht kennen und nicht wissen, ob und wann ein Schaden eintritt und daher nicht verhandeln können. Im Enteignungsrecht ist das der Fall, weil die zu enteignende Person über eine Veto-Position verfügt (oft kann nur sie das notwendige Gut veräussern) und daher den Preis fast beliebig treiben könnte. Grundlegend zu dieser Parallele: Calabresi/Melamed.

81 Durch diese Grenzziehung erhält die Unterscheidung von formeller und materieller Enteignung eine Komponente der **demokratischen Legitimierung**. Aus dem Grad der demokratischen Legitimierung ergibt sich die folgende Kaskadenordnung:

- Wo ein Gesetz das Eigentum neu umreisst, wird gar nicht von einem Eingriff in dieses ausgegangen.
- Wo ein Gesetz oder ein Plan eine Grundlage schafft für einen konkreten Eingriff in das Eigentum, wird von einer materiellen Eigentumsbeschränkung ausgegangen.
- Wo nur ein Enteignungsgesetz als Grundlage für den Eingriff dient, fällt auch nur die formelle Enteignung entsprechender werthaltiger Rechte in Betracht.

Je weniger konkret oder direkt die demokratische Legitimation für eine Eigentumsbeschränkung ist, desto höher also grundsätzlich der Schutz der Eigentümer:innen, in dem Sinne, dass von einer formellen Enteignung ausgegangen wird und damit die Wertgarantie und die weiteren Schutzmechanismen des Enteignungsverfahrens greifen.

82 Die starke Orientierung der formellen Enteignung an den Kategorien des Enteignungsgesetzes hat auch zur Folge, dass verschiedene Sachverhalte, in denen Eigentum vom Staat entzogen wird, nicht als formelle Enteignungen gelten. Das gilt etwa für die **Requirierung** (Art. 80 Abs. 3 Militärgesetz, MG[2454] und Art. 58 Bevölkerungs- und Zivilschutzgesetz, BZG[2455]), die **Einziehung**[2456] und die **Landumlegung**. Sie können zwar Entschädigungsansprüche auslösen, werden aber wenn, dann nur als materielle Eingriffe in das Eigentum behandelt.[2457] Die Leistung einer Entschädigung ist in diesen Fällen eine Folge, nicht eine Voraussetzung für einen Eigentumseingriff.

B. Formelle Enteignung

83 Eine formelle Enteignung ist **eine qualifizierte Beschränkung des Eigentums**. Qualifizierend wirkt aber nicht in erster Linie die Intensität des

2453BGE 116 Ib 11, E. 2a.
2454SR 510.10, vom 3.2.1995.
2455SR 520.1, vom 20.12.2019.

Eingriffes, sondern formelle Elemente, die zu zusätzlichen konstitutiven Bedingungen für den Eingriff führen. In der Lehre werden die folgenden Elemente genannt:

- Entziehung eines vermögenswerten Rechts;
- durch einseitigen hoheitlichen Akt;
- in einem besonderen Verfahren;
- zur Erfüllung einer konkreten öffentlichen Aufgabe.

Daraus ergibt sich die zusätzliche und für die formelle Enteignung konstitutive Bedingung der vollen Entschädigung.[2458] Nach dem oben (N. 77 f.) dargelegten Rechte-Bündel-Ansatz ist der Unterschied zwischen einer formellen und einer materiellen Eigentumsbeschränkung allerdings nicht die Übertragung eines vermögenswerten Rechtes von Privaten auf die öffentliche Hand. Der Unterschied liegt auch nicht in der Zwecksetzung der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe. Beides ist auch im Kontext einer materiellen Eigentumsbeschränkung der Fall. Allenfalls ist die zu erfüllende öffentliche Aufgabe im Fall des formellen Eingriffes konkreter (es geht um die Errichtung genau dieses Abschnittes einer Strasse etc.), was aber nur eine graduelle Abstufung darstellt. Der Unterschied liegt also in erster Linie darin, dass bei der formellen Enteignung ein **besonderes Verfahren** zur Anwendung kommt, in dem Güter erworben werden müssen, und dass sich dieses Verfahren auf ein Enteignungsgesetz oder eine andere spezifische **Enteignungsnorm** stützen kann.

Mit der formellen Enteignung können **nicht nur** das Sacheigentum und andere (beschränkte) **dingliche Rechte** entzogen werden, sondern auch blosse aus dem Sacheigentum fliessende Rechtspositionen, obligatorische Rechte und wohlerworbene Rechte des öffentlichen Rechts.[2459] Es gibt also gewisse materielle Interessen, die soweit formalisiert sind, dass sie als Bestandteile des verfassungsrechtlich geschützten Eigentums gelten und in einem besonderen Verfahren gegen volle Entschädigung entzogen werden müssen, während andere bis zur Intensitätsgrenze der enteignungsgleichen Eigentumsbeschränkung (dazu nachfolgend N. 104 ff.) entschädigungslos 84

2456 Siehe etwa BGE 140 IV 133, E. 3.3 f.; BGE 137 IV 249, E. 4.5.
2457 BSK-Waldmann, Art. 26 BV N. 87.
2458 OFK-Biaggini, Art. 26 BV N. 24.
2459 OFK-Biaggini, Art. 26 BV N. 25.

abgetragen werden können, solange die Voraussetzungen von Art. 36 BV eingehalten sind. Der graduelle Unterschied zwischen Interessen, die als so verfestigt gesehen werden, dass sie nur durch formelle Enteignung entzogen werden können und jenen, deren Entzug nur als materieller Eingriff gilt, zeigt, dass es keinen qualitativen, sondern lediglich einen graduellen Unterschied zwischen formellen und materiellen Eingriffen in das Eigentum gibt.

85 Soweit es nicht um Rechte, sondern um Sachen geht, dient die formelle Enteignung in erster Linie der Beschaffung von Land. Entsprechend kennt das Bundesrecht – im Gegensatz zu einzelnen Kantonen – **keine Enteignung von beweglichen Sachen**.[2460]

86 Bei einer formellen Enteignung ist die volle **Entschädigung** eine **konstitutive Voraussetzung** für die Enteignung.[2461] Bei einer materiellen Enteignung ist sie hingegen die Folge eines Eingriffes.

1. Praktisch wichtige Konstellation der formellen Enteignung I: nachbarrechtlicher Abwehrrechte

87 Bei der Enteignung nachbarrechtlicher Abwehrrechte wird den Nachbarn eines öffentlichen Werkes, das übermässige Emissionen[2462] verursacht (zum Beispiel ein Flughafen oder eine Strasse), die **Möglichkeit entzogen, privatrechtlich auf Unterlassung der Störung zu klagen** (Art. 679 und 684 ZGB). Sie gilt als eine Variante der formellen Enteignung. Sie kommt vor allem zur Anwendung für Verkehrslärm, der von öffentlichen Werken ausgeht,[2463] kann aber grundsätzlich auf sämtliche Einwirkungen angewendet werden, auch auf ideelle.[2464] Als Nachbar:innen gelten dabei alle, die von einer Immission betroffen sind, auch wenn zwischen den betroffenen Grundstücken und dem öffentlichen Werk mehrere Kilometer liegen. Es genügt, dass die Immission eine Konsequenz der Nutzung des öffentlichen

2460 Karlen (2018), S. 381. Nach Bundesrecht können bewegliche Sachen zwar requiriert werden, was aber, wie oben dargelegt (N. 82), nicht eine Enteignung darstellt.

2461 Tschannen/M. Müller/Kern, N. 1829.

2462 Im Folgenden wird von Emissionen gesprochen, wenn es um die Situation an der Quelle einer Externalität geht, und von Immission, wenn es um die Wirkung bei den von der Externalität Betroffenen geht.

2463 Karlen (2018), S. 382. Karlen betont die zahlreichen praktischen Fragen, die diese Konstellation aufwerfe. Die Rechtsprechung dazu sei kaum noch zu überblicken.

2464 BGE 145 I 250, E. 5.2 (i.c. ging es um geltend gemachte ideelle Emissionen einer Asylunterkunft).

Werkes ist.[2465] Eine Veränderung des technologischen Rahmens und damit des Kreises der von Immissionen Betroffenen bedeutet daher auch eine Veränderung des Kreises von «Nachbar:innen» und die Aktualisierung von Abwehrrechten, die zuvor nicht bestanden, weil es keine Interferenzen zwischen den beiden in Frage stehenden Grundstücken gab.

88 Wie für die formelle Enteignung typisch, tritt an die Stelle eines vormals bestehenden Abwehrrechts gegen den Staat ein Entschädigungsrecht. An die Stelle der Bestandesgarantie tritt die Wertgarantie. Der Entzug nachbarrechtlicher Abwehrrechte wird allerdings nur dann entschädigt, wenn zusätzliche, hohe und dehnbare Anforderungen erfüllt sind. Diese Kriterien sind die **mangelnde Vorhersehbarkeit** der übermässigen Einwirkung, **ihre Spezialität** und **die Schwere** des durch sie verursachten **Schadens** (zu diesen Kriterien sogleich).

89 Bei Immissionen, die durch **Bauarbeiten** an öffentlichen Werken entstehen, werden die im Zivilrecht geltenden Entschädigungsvoraussetzungen analog angewandt. Bei Bauarbeiten gilt auch nach Zivilrecht lediglich ein Entschädigungs- und nicht ein Unterlassungsanspruch (vgl. Art. 679a ZGB). Das bedeutet, die Kriterien der Spezialität und der Schwere des Schadens gelangen in diesem Fall nicht zur Anwendung.[2466]

a. Vorhersehbarkeit, Spezialität und Schwere

90 Wo jemand ein Grundstück zu einem Zeitpunkt erworben hatte, zu dem bereits **vorhersehbar** war, dass es in der Zukunft zu Emissionen eines öffentlichen Werkes kommen würden, die den Wert des Grundstückes beeinträchtigen würde, nimmt das Bundesgericht keinen entschädigungspflichtigen Eingriff in das Eigentum an.[2467] Für die Nachbarn der nationalen Flughäfen ist das Kriterium der Unvorhersehbarkeit nur erfüllt, wenn sie ihr Grundstück vor 1961 erworben haben (oder das Grundstück seither nur durch Erbgang auf sie übergegangen ist).[2468]

91 Die Voraussetzung der **Spezialität** der Einwirkung ist gegeben, wenn die Immissionen eine Intensität erreichen, die das Mass des Üblichen und Zumutbaren übersteigt. Anhaltspunkte für diese Spezialität bilden regelmässig

2465 BGE 121 II 317, E. 4, m.H.
2466 BGE 145 II 282, E. 4.3.
2467 BGE 121 II 317, E. 5a; BGE 110 Ib 43, E. 4 mit zahlreichen weiteren Hinweisen.

«die Immissionsgrenzwerte der eidgenössischen Umweltschutzgesetzgebung».[2469]

92 Das Kriterium der **Schwere des Schadens** fragt danach, welche Beeinträchtigung durch die Spezialität der Emission auf dem fraglichen Grundstück effektiv und kausal entstehe. Es ist erst dann erfüllt, wenn der Schaden eine gewisse Höhe des Gesamtwertes des Grundstückes betrifft.[2470] Wo ein Grundstück beispielsweise ohnehin nur gewerblich oder landwirtschaftlich genutzt werden kann, bewirkt auch eine spezielle Einwirkung unter Umständen keinen grösseren Schaden. Eine fixe Prozentgrenze des Schadens im Verhältnis zum Gesamtwert festzulegen, hat das Bundesgericht als unpraktikabel verworfen.[2471]

93 Ab wann diese drei Kriterien als erfüllt gelten (und Eingriffe damit als voll zu entschädigende Enteignung zu betrachten sind), muss notwendigerweise durch eine **mehr oder weniger arbiträre Grenzziehung** bestimmt werden. Von diesem Punkt an abwärts (eine festgelegte Höhe des Überfluges, eine Dezibel-Grenze etc.), wechselt die Beschränkung des Eigentums von «formell» zu «materiell» und von «voll zu entschädigen» zu «entschädigungslos hinzunehmen». Enteignende Behörden haben gelegentlich auf die «Nähe und Verwandtschaft» zwischen materiellen Eingriffen in das Eigentum und der formellen Enteignung nachbarrechtlicher Abwehrrechte hingewiesen, um die Schwelle für die Schwere des Schadens relativ hoch ansetzen zu können.[2472]

2468 BGE 121 II 317, E. 6. Die Festlegung dieses Zeitpunktes erfolgte nach einer recht rudimentären Überlegung und dem Bundesgericht war dabei bewusst, dass es bei dessen Festlegung an der Stelle des Gesetzgebers entschied. Die Überlegung war, dass die kommerzielle Luftfahrt ihren Anfang ernsthaft erst nach dem 2. Weltkrieg nahm und dass 1945 noch niemandem, auch den Behörden nicht, bewusst war, dass von der kommerziellen Luftfahrt massive Lärmemissionen ausgehen würden. Das Bundesgericht ging daher von einer Frist von 15 Jahren aus, in der es allen, auch Menschen, die bisher nicht in der Nähe eines Flughafens gelebt hatten, klar geworden sein musste, dass von Flughäfen viel Lärm ausgeht.

2469 BGE 145 I 250, E. 5.2.

2470 BGE 145 I 250, E. 5.2.

2471 Ohnehin sind Prozentwerte insofern wenig sinnvoll, als es um die Entschädigung einer Wertdifferenz geht, die an sich in einem absoluten Betrag sollte ausgedrückt werden können, unabhängig davon, wie hoch der Wert des Grundstückes geschätzt wird. Wird dieser höher geschätzt, wird auch der Wert des Grundstücks nach Eintritt der Störung höher geschätzt, die Differenz sollte insofern unabhängig vom geschätzten Wert des Grundstückes ausgedrückt werden können; vgl. BGE 134 II 49, E. 11 m.H.

2472 BGE 134 II 152, E. 5.2.

Das Bundesgericht hat demgegenüber am Unterschied dieser Konstellationen festgehalten und damit auch am Prinzip der vollen Entschädigung bei der Enteignung von Abwehrrechten. Gleichzeitig hat es aber auch am Kriterium festgehalten, dass diese erst ab einer gewissen Schwere des Schadens massgeblich seien.[2473] Damit hat es zwar die Schwelle für eine Entschädigung tiefer gesetzt als bei einer materiellen Enteignung, die Nähe und Verwandtschaft zur enteignungsgleichen Eigentumsbeschränkung aber dennoch konsolidiert.

Erklärbar erscheint diese auf den ersten Blick seltsame Zwischenlösung aus einer ökonomischen Perspektive. Bei der Enteignung nachbarrechtlicher Abwehrrechte geht es um den Ersatz eines Unterlassungsanspruchs durch einen Entschädigungsanspruch und damit um die Überwindung einer Veto-Position gegen die Erfüllung öffentlicher Aufgaben und deren Ersatz durch einen Entschädigungsanspruch. Anders ausgedrückt: Es geht um eine markante **Reduktion der Transaktionskosten** für die Transaktion von Produktionsfaktoren von Privaten auf die öffentliche Hand, und damit um eine Reduktion der Kosten für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben.[2474] 94

b. Zwangsweise errichtete Dienstbarkeit?

Das Bundesgericht vertritt die Ansicht, es handle sich bei der Enteignung von Nachbarrechten um die **zwangsweise Errichtung einer Dienstbarkeit**, also um einen formellen Entzug eines dinglichen Rechts. Diese Dienstbarkeit tritt in zwei Formen auf: 95

Die erste Form betrifft die besonderen Fälle, in denen Flugzeuge so tief und so direkt über ein Grundstück fliegen, dass von einem physischen Eindringen in das Grundstück selber (in die zum Grundstück gehörende Luftsäule) ausgegangen wird. Das ist etwa dann der Fall, wenn Überflüge nicht nur Lärm verursachen, sondern auch weitere Immissionen, wie Luftverwirbelungen, die Dachziegel wegreissen, herabfallende Eisbrocken, Kerosingeruch oder Vibrationen. In solchen Fällen geht die Dienstbarkeit auf das Tolerieren des physischen Eindringens in das Grundstück.[2475] Entsprechend sind in dieser 96

2473BGer 1E.7/2007 vom 14.4.2008, E. 8 (der Entscheid ist ohne die hier interessierende Erwägung publiziert als BGE 134 II 152); vgl. auch bereits eingehend BGE 116 Ib 11.

2474Für die diesbezüglichen Parallelen zum Haftpflichtrecht, vgl. Fn. 211.

2475BGE 131 II 317, E. 3.1 m.H.; vgl. auch BGE 142 II 128, E. 2.2.

Konstellation auch die Kriterien der Vorhersehbarkeit, Spezialität und Schwere nicht erforderlich.[2476]

97 In der zweiten Form ist der Überflug weniger tief oder direkt, sodass Lärm die ins Gewicht fallende Immission ist. In solchen Konstellationen geht die Dienstbarkeit auf einen Verzicht auf die nachbarrechtlichen Abwehrrechte.[2477] Für diese zweite Form einer zwangsweise errichteten Dienstbarkeit vertritt ein Teil der Lehre die Meinung, es handle sich um eine **problematische Fiktion**.[2478] Gegenüber dem hoheitlich handelnden Gemeinwesen könnten keine zivilrechtlichen Abwehransprüche geltend gemacht werden[2479] (anders verhält es sich bei einem Werk, das im Finanzvermögen der öffentlichen Hand liegt).[2480] An sich handle es sich um eine materielle Enteignung. Dafür spreche, dass nicht der volle Wert des enteigneten Rechts entschädigt werde, sondern die Differenz zwischen dem Wert vor und nach dem Entstehen der schädlichen Einwirkung, und dass eine Entschädigung in diesem Kontext eine Folge, nicht eine Voraussetzung für den Entzug der Rechte bilde. Für die formelle Enteignung ebenfalls atypisch sei, dass diese durch Realakt, nicht wie ansonsten durch einen Rechtsakt erfolge.[2481] Schliesslich finde keine Übertragung von Rechten an den Enteigner, die öffentliche Hand statt.[2482]

98 Wie die obigen Ausführungen (N. 77 f.) gezeigt haben, ist dieser letzte Punkt indes nicht überzeugend. Die öffentliche Hand hat durch die Enteignung eines Abwehrrechtes **ein Recht zur Beeinträchtigung und damit einen Produktionsfaktor** zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe **erworben**.[2483] Diese Sichtweise führt aber auch zu einem Verschwimmen der Grenzen

2476 SGK-Vallender/Hettich, Art. 26 BV N. 55.

2477 BGE 142 II 128, E. 2.2.

2478 Karlen (2018), S. 382 sagt, die Enteignung von Nachbarrechten lasse sich «gedanklich mit der Begründung einer Zwangsdienstbarkeit (...) vergleichen»; es werde aber gerade keine solche begründet. Nach BSK-Waldmann (2015a), Art. 26 BV N. 86 f. ist die Grenzziehung zwischen formeller und materieller Enteignung bei den nachbarschaftlichen Abwehrrechten stark geprägt durch das Enteignungsgesetz.

2479 Häfelin/G. Müller/Uhlmann, N. 2385.

2480 BGE 143 III 242, E. 3.5.

2481 Tschannen/M. Müller/Kern, N. 1801.

2482 Häfelin/G. Müller/Uhlmann, N. 2385.

2483 Sinngemäss wird dies durch die Konstruktion des Bundesgerichtes einer zwangsweise einzuräumenden Dienstbarkeit, die «den Rechtsbestand des Enteigners vermehrt, während das Grundeigentum des Enteigneten eingeschränkt wird» (BGE 116 Ib II, E. 2b) auch bestätigt.

zwischen formellen und materiellen Eingriffen in das Eigentum. Das Bundesgericht jedenfalls hat an seiner «dogmatisch nicht über alle Zweifel erhabenen»[2484] Konstruktion einer zwangsweisen Einrichtung einer Dienstbarkeit[2485] festgehalten. Es kann sich dabei auf Art. 5 EntG stützen, der nachbarrechtliche Abwehrrechte (allerdings zusätzlich zu den dinglichen Rechten) als möglichen Gegenstand einer Enteignung explizit nennt.

c. Tragweite der Wertgarantie

99 Wie auch in anderen Kontexten des Enteignungsrechts findet sich bei der Enteignung von nachbarrechtlichen Abwehrrechten die Tendenz, von einer Entschädigung des Eingriffs deswegen abzusehen, weil die öffentliche Hand **ansonsten eine öffentliche Aufgabe nur mit Schwierigkeiten erbringen könnte**.[2486] So wurde etwa schon früh argumentiert, die ständige Zunahme von Motorfahrzeugen erfordere die Errichtung oder Verbreiterung von Strassen. Wenn die öffentliche Hand die daraus den Anliegern entstehenden Schäden ausgleichen müsste, so wäre sie in der Mehrzahl der Fälle finanziell ausser Stande, diese Infrastrukturleistung zur Verfügung zu stellen.[2487]

100 Das Argument, die öffentliche Hand könnte eine Aufgabe nicht mehr erbringen, wenn sie die damit verbundenen negativen externen Effekte entschädigen müsste, ist problematisch. Ein wichtiger Aspekt der Wertgarantie als besonderer Bestandteil der Eigentumsgarantie liegt gerade darin, die öffentliche Hand zur **Einpreisung** der von ihrer Tätigkeit oder ihren Infrastrukturen ausgehenden **externen Effekte** anzuhalten (vgl. N. 111). Wird darauf hingewiesen, dass die öffentliche Hand eine Aufgabe nicht mehr erbringen könnte, wenn sie die externen Effekte dafür internalisieren müsste, so weist dies gerade darauf hin, dass der gesamtgesellschaftliche Nutzen der entsprechenden Tätigkeit fraglich ist und es sich daher um eine Aktivität der öffentlichen Hand handelt, die bei einer wirksamen Internalisierung an sich unterbleiben müsste.[2488]

101 **Realersatzleistungen** in Form von baulichen Massnahmen (zum Beispiel Schallschutzmassnahmen) können sowohl den Schaden mindern als auch die

2484 Tschannen/M. Müller/Kern, N. 1801.
2485 BGE 121 II 317, E. 4 m.H.
2486 Veit, S. 127.
2487 BGE 94 I 286, E. 8a. Vgl. auch – für den Kontext materieller Eingriffe in das Eigentum – BGE 131 II 728, E. 2.3.

in der betroffenen Liegenschaft Wohnenden schützen. Wo möglich müssen solche Massnahmen im Enteignungsverfahren auch dann angeordnet werden, wenn nicht um sie ersucht worden ist.[2489] In jüngerer Zeit hat das Bundesgericht explizit den Grundsatz aufgestellt, dass die knappen öffentlichen Mittel zur Verhinderung von Emissionen an der Quelle oder sekundär dazu zum passiven Schutz am Ort der Immission (etwa durch Lärmschutzmassnahmen) verwendet werden sollten. Ausschüttung von Geld an einzelne Grundeigentümer sei nicht das zielführende Mittel, um mit weitherum wirkenden Emissionen öffentlicher Werke umzugehen.[2490]

2. Praktisch wichtige Konstellation der formellen Enteignung II: wohlerworbene Rechte

10 Wohlerworbene
2 Rechte – bei aller Unklarheit, die sie umgibt (vgl. dazu vorne, N. 60) – zeichnen sich dadurch aus, dass sie grundsätzlich **nur in einer formellen Enteignung entzogen** werden können. Das bedeutet, dass an sich volle Entschädigung geschuldet ist, wenn in ihre «Substanz» eingegriffen wird.[2491] Dieses Verständnis findet im Gesetz seinen Niederschlag, etwa in Art. 43 Abs. 2 des Wasserrechtsgesetzes (WRG)[2492], der vorsieht, dass «[d]as einmal verliehene Nutzungsrecht [...] nur aus Gründen des öffentlichen Wohles und gegen volle Entschädigung zurückgezogen oder geschmälert werden» kann.

10 In jüngster Zeit wurde einer wichtigen Gruppe wohlerworbener Rechte –
3 **ehehafte Rechte** an Umweltressourcen wie Wasser – ein grosser Teil ihrer Schutzwirkung entzogen, weil sie analog zu Konzessionen behandelt werden (vgl. dazu eingehend N. 63 f.).[2493] Im Ergebnis bedeutet diese Rechtsprechung eine Verschiebung von der formellen Enteignung hin zur materiellen Eigentumsbeschränkung. Was zuvor wohlerworbene Rechte waren, sind nun auf Zeit verliehene Sondernutzungsrechte. Zurückgerollt wird damit die Schutzwirkung der Wertgarantie.[2494]

2488 Vgl. Veit, S. 129.
2489 BGE 130 II 394, E. 8.2.
2490 BGE 136 II 263, E. 8.1.
2491 BGE 145 II 140, E. 4.2. Stark relativierend Riva (2007), S. 42 f. und S. 52 f.
2492 SR 721.80, vom 22.12.1916.
2493 BGE 145 II 149, E. 6.3.
2494 Zur Einordnung des Entscheides, vgl. Föhse; Schreiber; Abegg/Seferovic; Karlen (2020); und kritisch inbes. Sägesser.

C. Materielle Enteignung

Die materielle Enteignung unterscheidet sich von der formellen zunächst dadurch, dass der Erwerb eines Eigentumsrechtes nicht das Ziel der staatlichen Handlung ist, sondern eine **Nebenfolge** einer auf ein anderes Ziel gerichtete öffentliche Handlung.[2495] Nach der hier vertretenen Konzeption geht aber dennoch ein vermögenswertes Recht auf die öffentliche Hand über (vgl. vorne, N. 77). 104

Für Eingriffe in das Eigentum, die als materiell aufgefasst werden, gilt der **Grundsatz, dass sie entschädigungslos hinzunehmen sind**. Die Wertgarantie spielt in dieser Konstellation also grundsätzlich keine Rolle. Die Voraussetzungen und die Folgen eines Eingriffes sind mit denjenigen für andere Freiheitsrechte vergleichbar (dazu eingehender nachfolgend, N. 127 ff.). 105

Von diesem Grundsatz der Entschädigungslosigkeit hat die Rechtsprechung **zwei Ausnahmen** entwickelt,[2496] die als enteignungsgleiche Eingriffe in das Eigentum oder als materielle Enteignung bezeichnet werden. Diese Konstellationen liegen nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichts vor, 106

«wenn einem Eigentümer der bisherige oder ein voraussehbarer künftiger Gebrauch seines Grundeigentums untersagt oder besonders stark eingeschränkt wird, weil ihm eine aus dem Eigentum fliessende wesentliche Befugnis entzogen wird (erste Tatbestandsvariante der materiellen

---

2495 SGK-Vallender/Hettich, Art. 26 BV N. 65; Riva (1990), S. 249.

2496 Im Schrifttum ist die Frage umstritten, ob es sich tatsächlich um zwei getrennte Tatbestände handle oder ob die materielle Enteignung einen einzigen Tatbestand bilde. Die beiden Konstellationen als voneinander getrennt zu behandeln bringt die Möglichkeit mit sich, das Sonderopfer ganz aus der Eigentumsgarantie heraus zu lösen und als Problem der Rechtsgleichheit zu behandeln. Vgl. die Hinweise bei SGK-Vallender/Hettich, Art. 26 BV N. 68 ff. Die Beurteilung an Hand der zwei positiven und der zwei negativen Kriterien, gemäss CR-Dubey, Art. 26 BV N. 100 ff., die hier zur Anwendung gelangt, behandelt beide Konstellationen als eine materielle Enteignung, lässt aber gleichzeitig die Möglichkeit offen, bei der Beurteilung der Schwere des Schadens das ungleiche Betroffensein verschiedener Eigentümer:innen mit zu berücksichtigen. Da aus der Sicht der betroffenen Eigentümer:innen in erster Linie ein Wertersatz angestrebt wird für das beeinträchtigte Eigentum und die Wertgarantie ein Alleinstellungsmerkmal der Eigentumsgarantie ist, ist es sinnvoll, auch das Sonderopfer als ein Problem der Eigentumsgarantie (nebst der Rechtsgleichheit) zu behandeln.

Enteignung). Geht der Eingriff weniger weit, so kann eine Eigentumsbeschränkung ausnahmsweise einer Enteignung gleichkommen, falls ein einziger oder einzelne Grundeigentümer so betroffen sind, dass ihr Opfer gegenüber der Allgemeinheit unzumutbar erscheint und es mit der Rechtsgleichheit nicht zu vereinbaren wäre, wenn hierfür keine Entschädigung geleistet würde (...).»[2497]

Bei diesem Textbaustein des Bundesgerichtes handelt es sich um die sog. «**Barret-Formel**». Diese Formel entwickelte sich aus dem Barret-Entscheid von 1965[2498]. Nach einer wechselhaften Rechtsprechung zur materiellen Enteignung wurde diese Formel seit ihrer Etablierung in den 70er-Jahren nicht mehr verändert.[2499]

10 Gemäss Dubey[2500] ergeben sich aus dieser Formel und der nachfolgenden
7 Rechtsprechung **zwei positive und zwei negative Kriterien**, die kumulativ erfüllt sein müssen, damit eine materielle Enteignung vorliegt. Die positiven Kriterien (verwandt zu den Kriterien der formellen Enteignung nachbarrechtlicher Abwehrrechte, vgl. oben, N. 87 ff.) sind die Schwere der Einschränkung und der tatsächlich eintretende Schaden. Die beiden negativen Kriterien bestehen darin, dass es sich nicht um einen polizeilich motivierten Eingriff handelt (ein solcher ist grundsätzlich entschädigungslos hinzunehmen), und nicht um eine gesetzliche Konkretisierung oder Neudefinition von Eigentum. In diesem letzten Falle wird der sachliche Schutzbereich des Eigentums neu umrissen. Insofern findet noch nicht einmal ein Eingriff in den Schutzbereich statt.

1. Positive Kriterien

10 Die notwendige **Schwere** des Schadens kann in **zwei unterschiedlichen**
8 **Konstellationen** erreicht werden, entweder durch die besonders starke Einschränkung einer Eigentumsbefugnis oder durch das Sonderopfer (zu diesem Begriff siehe sogleich, N. 111), also durch die Schwere des Eingriffs im Verhältnis zu anderen Eigentümern in einer vergleichbaren Situation, wenn

2497 BGE 140 I 176, E. 9.5.
2498 BGE 91 I 329.
2499 Zur historischen Genese der Barret-Formel sehr eingehend Riva (1990), S. 14-156, insbes. S. 113-117.
2500 CR-Dubey, Art. 26 BV N. 100 ff.

mit anderen Worten zur Einschränkung des Eigentums auch noch eine Komponente der Rechtsgleichheit hinzutritt.

Eine materielle Enteignung liegt aber nicht schon dann vor, wenn Eigentümer:innen lediglich theoretisch in ihren künftigen möglichen Nutzungsrechten betroffen sind. Eingeschränkt werden muss eine **gegenwärtig ausgeübte oder in naher Zukunft wahrscheinliche tatsächliche Nutzung**.[2501] Der typische Fall für diese letzte Konstellation ist der Entzug der Möglichkeit, bereits baureifes Land überbauen zu können. 109

Die Schwelle für eine materielle Enteignung ist hoch angesetzt. Nach dem Bundesgericht ist sie erst erreicht, wenn die wesentlichen aus dem Eigentum fliessenden Nutzungsmöglichkeiten aufgehoben werden. Das ist typischerweise dann der Fall, wenn eine Überbaubarkeit vollkommen verunmöglicht wird. Hingegen werden selbst schwere Eingriffe in die Nutzungsmöglichkeiten nicht als Enteignung behandelt, wenn eine **wirtschaftlich sinnvolle Nutzung** der fraglichen Liegenschaft weiterhin möglich bleibt.[2502] Massgeblich ist nicht, wie gross die Differenz zwischen einer möglichen Rendite ohne die fragliche Einschränkung und der tatsächlich möglichen Rendite ist, sondern ob eine wirtschaftlich sinnvolle Nutzung überhaupt möglich bleibt.[2503] Um- und selbst Abzonungen stellen daher in der Regel keine Enteignung dar, sofern eine wirtschaftlich sinnvolle Nutzung verbleibt.[2504] 110

Die Funktion der zweiten Konstellation, jener des **Sonderopfers**, ist nicht einfach zu erfassen. Einerseits lassen sich in der Praxis kaum Fälle finden, in denen das Vorliegen eines Sonderopfers anerkannt worden ist.[2505] Die Rechtsfigur hat daher in erster Linie eine dogmatische Funktion. *Welche* dogmatische Funktion sie erfüllt, ist jedoch auch nicht ganz klar. Die Vermischung der Wertgarantie, die ein Alleinstellungsmerkmal der Eigentumsgarantie ist (siehe hierzu oben, N. 26), mit Elementen der Rechtsgleichheit trägt kaum zur dogmatischen Klarheit bei. Vereinzelt wird in der Literatur vertreten, die tiefere Schwelle für das Greifen der Wertgarantie erfülle hier eine Einpreisungsfunktion für externe Effekte, die durch 111

2501 BGE 105 Ia 330, E. 4.
2502 BGE 123 II 481, E. 6d. Vgl. auch BGer 1C_583/2021 vom 31.8.2023, E. 7.
2503 BGE 112 Ib 263, E. 4.
2504 Waldmann (2015b), N. 27.86 f.
2505 Für eine frühe Kritik an der Figur des Sonderopfers, vgl. Riva (1990), S. 103 f.

Staatshandeln verursacht würden. Weil einzelne Betroffene sich im Gegensatz zu grossen Interessengruppen nicht politisch organisieren und eine Internalisierung auf politischem Wege erreichen könnten (etwa durch Subventionen, die die Belastung wieder ausgleichen könnten), müssten sie als Enteignete entschädigt werden, damit die öffentliche Hand die Kosten ihres Handelns einpreisen müsse.[2506] Die Figur des Sonderopfers ist also in erster Linie ein Leitstern. Sie ist eine Warnung, dass die Entschädigungsschwelle jedenfalls in der Theorie rascher erreicht ist, wenn Betroffene ungleich behandelt werden.

11 2 Einer der seltenen Fälle, in denen das Bundesgericht eine Sonderopfer-Konstellation tatsächlich anerkannt hat, ist die Errichtung von **Hochwasserschutzmassnahmen**, wozu der Kanton private Grundstücke erwarb,[2507] unter anderem mit dem Ziel, die Nutzungsmöglichkeit anderer privater Grundstücke zu verbessern.[2508] Eine weitere, immer wieder als Möglichkeit für ein Sonderopfer erwähnte Konstellation liegt im **Denkmalschutz**, wenn ein besonders erhaltenswertes Objekt exemplarisch unter Schutz gestellt wird und die Eigentümer:innen dieses Objektes insofern ein Opfer für die Allgemeinheit erbringen müssen.[2509]

2. Negative Kriterien

11 3 Auch wo diese positiven Kriterien erfüllt sind, ist eine Verkürzung von Eigentumsbefugnissen **entschädigungslos hinzunehmen**, a), wenn der Eingriff aus polizeilichen Motiven erfolgt und, b), wenn er nicht als Eingriff, sondern als Neuumschreibung des Umfanges des Eigentums behandelt wird.

a. Entschädigungslosigkeit polizeilicher Eingriffe

11 4 Das erste negative Kriterium für das Vorliegen einer materiellen Enteignung ist die polizeiliche Motivation eines Eingriffs. Die Lehre hat sich wiederholt kritisch zu diesem Grundsatz geäussert, weshalb ihn das Bundesgericht in der

2506 Veit, S. 130 f.

2507 Streitgegenstand war vorliegend die Frage, zu welchem Preis – ob zum Preis von Bauland oder nicht – der Kanton das Land hätte erwerben dürfen (BGer 2C_461/2011 vom 9.11.2011, E. 3). Er kaufte zum Preis von Bauland und wurde vom Bundesgericht darin geschützt, da die Behandlung von vormaligem Bauland als Nichtbauland vorliegend ein Sonderopfer dargestellt hätte.

2508 BGer 2C_461/2011 vom 9.11.2011, E. 5.6.

2509 Beispielsweise BGE 112 Ib 263, E. 5. I.c. allerdings verneint.

Fortentwicklung seiner Rechtsprechung stark eingeschränkt hat. So sind nur noch jene Einschränkungen entschädigungslos hinzunehmen, die im Sinne des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes **notwendig sind für die Abwendung einer unmittelbar drohenden Gefahr**, nicht dagegen Anordnungen, die weiter gehen.[2510] Schliesslich hat sich die Rechtsprechung

«drei mögliche Ausnahmen vom Grundsatz der Entschädigungslosigkeit von Eigentumsbeschränkungen polizeilicher Natur im engeren Sinne vorbehalten.[2511] Es sind dies: die Fälle eines nicht nur polizeilich, sondern auch raumplanerisch bedingten Bauverbotes, der Fall des Verbots einer bereits bestehenden Nutzung,[2512] der Fall, in welchem die Schaffung einer Schutzzone eine Auszonung baureifen oder grob erschlossenen Landes bewirkt[2513] oder einer solchen Auszonung gleichkommt.»[2514]

Die Frage der Entschädigungslosigkeit polizeilich motivierter Eingriffe kann auch im Kontext der **Einziehung** (vgl. Art. 69 ff. StGB; Art. 376 ff. StPO oder Art. 31 Abs. 1 Waffengesetz[2515]) auftreten, die als materieller Eingriff in das Eigentum gilt.[2516] Diese Frage stellt sich jedenfalls dann, wenn mit der Einziehung kein zusätzlicher Sanktionscharakter verbunden sein soll. Hier verlangt der Grundsatz der Verhältnismässigkeit, das mildeste mögliche Mittel zu wählen. Das bedeutet: Wo eingezogene Gegenstände grundsätzlich veräussert werden können, müssen sie veräussert werden und der Erlös ist an die ursprüngliche Eigentümerschaft auszuhändigen. Das kann etwa der Fall sein bei illegal erworbenen Waffen, die u.U. aber legal verkauft werden können.[2517] 11 5

Ein Problem an der Nichtentschädigung polizeilich motivierte Eingriffe ist, dass oft unklar ist, wie sich **polizeiliche Zwecke von anderen abgrenzen**, und dass oft ein polizeilicher bloss einer unter verschiedenen Zwecken ist, etwa bei Waldabständen oder Gewässerschutzvorschriften.[2518] Dient die 11 6

2510 BGer 2C_461/2011 vom 9.11.2011, E. 4.
2511 BGE 106 Ib 336, E. 5b.
2512 Vgl. BGE 96 I 359.
2513 Vgl. BGE 105 Ia 330 E. 3d, BGer 1A.122/2002 vom 6.12.2002, E. 3.1.
2514 BGer 2C_461/2011 vom 9.11.2011, E. 4.3. Hinweise im Original in Klammern, hier in den Fussnoten.
2515 SR 514.54, vom 20.6.1997.
2516 BSK-Waldmann (2015a), Art. 26 BV N. 87.
2517 BGE 135 I 209, E. 3.3.1. Vorliegend handelte es sich um eine Einziehung nach Waffengesetz.
2518 Vgl. Waldmann (2015b), N. 27.92-95.

Einschränkung der Nutzbarkeit in erster Linie dem Schutz der Grundeigentümer:innen selber (zu denken ist etwa an ein Bauverbot in der Lawinenzone oder in Waldabstandszonen), so wird überhaupt nicht von einer materiellen Eigentumseinschränkung ausgegangen. Das gilt auch, wenn die Gefahr von Dritten ausgeht. Dann sind Schadenersatzforderungen gegen diese möglich. Wo die polizeilich motivierte Einschränkung hingegen dem Schutz eines öffentlichen Werkes dient (zum Beispiel der Wasserversorgung einer Gemeinde)[2519], so ist sie zu behandeln wie ein sonstiger materieller Eingriff in das Eigentum, auch wenn sie sich gegen den Störer richtet.[2520]

11 7 Auch diese ausdifferenzierte Praxis stösst in der Lehre auf Kritik. Teilweise wird vorgeschlagen, die Unterscheidung in polizeiliche/nicht polizeiliche Zwecke aufzugeben und stattdessen zu fragen, ob der Eingriff den Schutz den betroffenen Eigentümer:innen selber oder Dritten diene. Andere Stimmen wollen eine Entschädigung in erster Linie dann verhindern, wenn es um den Schutz vor Naturgefahren geht oder vor Gefahren, die vom Grundstück selber ausgehen.[2521] Auch hier stellt sich indes die Frage, ob es nicht sinnvoller und einfacher wäre, Staatshandeln, das der Abwendung einer unmittelbaren und schweren Gefahr dient, grundsätzlich als Konkretisierungen und nicht als Einschränkungen des Eigentums zu handhaben. Denn Handlungen, von denen eine ernsthafte Gefahr für Polizeigüter ausgeht – ob für die Eigentümer:innen oder Dritte –, waren noch zu keinem Zeitpunkt Teil des als Eigentum geschützten Rechtebündels. Das Staatshandeln stellt insofern nur klar, was eigentlich vorher schon der Fall war. Es würde dann mit einer **Fiktion** gearbeitet, die entsprechenden Handlungsrechte seien richtig besehen gar nie Teil des Rechtebündels «Eigentum» gewesen. Die Fiktion wäre dann vergleichbar mit jener, die bei der erstmaligen Schaffung einer bundesrechtskonformen Zonenordnung angewandt wurde (vgl. N. 121).

b. Keine Neubestimmung des Eigentumsinhaltes

11 8 Materielle Einschränkungen des Eigentums können in einem Spektrum von staatlichen Handlungsformen geschehen: durch individuell-konkreten Rechtsanwendungsakt, durch Realakt oder durch einen Zonen- und Nutzungsplan, und schliesslich durch Rechtsetzung. Das Bundesgericht hat

2519 BGE 106 Ib 336, E. 5.
2520 BGer 2C_461/2011 vom 9.11.2011, E. 4.3 mit zahlreichen Hinweisen.
2521 Vgl. die zahlreichen Hinweise in BGer 2C_461/2011 vom 9.11.2011, E. 4.4.

eine starke Tendenz (und folgt in dieser Hinsicht der Immanenztheorie), Verkürzungen des Eigentums durch die Rechtsetzung **nicht als Eingriffe, sondern als Neubestimmungen** des Inhaltes des Eigentums zu behandeln. Es bringt damit zum Ausdruck, dass Verkürzungen der aus dem Eigentum fliessenden Handlungsrechte (und erst recht enteignungsgleiche Eingriffe) durch Rechtsetzung nur ausnahmsweise als Eingriffe in die Eigentumsgarantie anerkannt werden. Diese Ausnahmen betreffen wiederum besonders ungleich verteilte Effekte von Regulierungen, die einzelne Eigentümer:innen besonders hart treffen.[2522]

Fälle, in denen die Eigentümerbefugnisse durch generell-abstraktes Staatshandeln so weit eingeschränkt werden, dass an sich von einer enteignungsgleichen Einschränkung ausgegangen werden müsste, werden in der Regel mit **Übergangsfristen, Ausnahmeregelungen und ähnlichen Massnahmen** abgefedert. Das Bundesgericht anerkennt diese als Ausgleichsmassnahmen, um einer Einschränkung des Eigentums ihre Schärfe zu nehmen.[2523] Auch der Schutz bereits getätigter Investitionen (der sowohl aus der Eigentumsgarantie als auch aus dem Schutz von Treu und Glauben abgeleitet werden kann) ist in solchen Fällen relevant und rechtfertigt es u.U., jene besser zu stellen, die eine bestimmte Tätigkeit bereits ausüben, als jene, die diese erst ausüben wollen.[2524] Insbesondere allgemeinverbindliche Verkürzungen des Eigentums, die sich auf die Bundesverfassung oder auf Bundesgesetze stützen können, gelten überwiegend als Neubestimmung des Inhalts des Eigentums und sind daher insofern entschädigungslos hinzunehmen, als sie noch gar nicht einen Eingriff in den Schutzbereich darstellen.[2525] Es ist allerdings nicht restlos klar (und auch logisch unmöglich zu klären, vgl. oben, N. 40), in welchen Fällen eine Änderung der Rechtslage als Eingriff in und in welchen Fällen als eine Neuumschreibung von Eigentum behandelt wird. So scheint das Bundesgericht ein Verbot von Geldspielautomaten,[2526] eine Limitierung des Viehbestandes (und damit die betriebliche Sinnlosigkeit grösserer Stallbauten)[2527] und zuletzt ein Verbot von

11 9

2522 Vgl. BGE 145 II 140, E. 4.1. Grundlegend auch BGE 144 II 367, E. 3.2 f.

2523 BGE 149 I 49, E. 5.3; BGE 144 II 367, E. 3.4. Instruktiv ferner BGE 118 Ib 241, E. 9. Vgl. nunmehr auch BGE 145 II 140, E. 4.

2524 BGE 130 I 26, E. 6.3.3.2.

2525 BSK-Waldmann (2015a), Art. 26 BV N. 99.

2526 BGE 120 Ia 126, E. 5b (dort lediglich kursorisch geprüft).

2527 Offen gelassen in BGE 118 Ib 241, E. 5.

Elektroheizungen[2528] als (entschädigungslos hinzunehmende) Eingriffe in das Eigentum zu behandeln, das Verbot von Zweitwohnungen[2529] aber als eine Neuumschreibung von Eigentum.

12 0 Eine besondere und praktisch wichtige Form der Neufassung von Eigentum hat die Rechtsprechung in jüngerer Zeit zu **Wasserrechten** vorgenommen, die besonders im Kontext der Energiegewinnung aus Wasserkraft eine grosse Rolle spielen. Hier besteht wegen der ansonsten unberechenbar grossen Entschädigungsforderungen gegenüber der öffentlichen Hand die Besonderheit, dass die Sanierung von vorbestehenden Kraftwerken nur soweit erfolgen musste, als die öffentliche Hand noch keine Entschädigung für eine materielle Enteignung zu leisten hatte (sog. Sanierung bis zur Entschädigungsgrenze gemäss Art. 80 Abs. 1 Gewässerschutzgesetz, GschG[2530]).[2531] Ausserdem bestand bis vor Kurzem die Rechtsfigur der ehehaften und also wohlerworbenen Wasserrechte. Wurden diese entzogen, so war dies nur als formelle Enteignung und damit gegen volle Entschädigung möglich.[2532] In BGE 145 II 140 hat das Bundesgericht die Schutzwirkung ehehafter Wasserrechte nun weitgehend aufgehoben (vgl. vorne, N. 113).

12 1 **Eingriff durch Plan:** Zwischen materiellen Eingriffen in das Eigentum durch Rechtsetzung und solchen durch individuell-konkreten Rechtsanwendungs- oder Realakt liegt der materielle Eingriff durch einen Nutzungs- oder Zonenplan.[2533] In der Praxis ist das eine wichtige Konstellation, weil von der Frage, ob ein Grundstück überbaut werden kann, fast sein gesamter Wert abhängt. Das Inkrafttreten des Raumplanungsgesetzes (RPG) im Jahr 1980 zwang die Gemeinden in der Regel zu einer starken Reduktion der Bauzonen und damit zur Auszonung vieler Grundstücke. In dieser Situation wurde mit der Fiktion gearbeitet, dass die Erstellung einer neuen Zonenordnung, die den bundesrechtlichen Vorgaben entsprach, eine Nichteinzonung bedeute, wenn

2528 BGE 149 I 49, E. 3.2 und (allerdings ist nicht restlos klar, ob das Bundesgericht hier von einem Eingriff ausging) BGE 149 I 291, E. 5.8.

2529 BGE 144 II 367, E. 3.2 f.

2530 SR 814.20 vom 24.1.1991.

2531 BGE 145 II 140, E. 2.1. Vgl. dazu Riva (1990), S. 239 f., der darauf hinweist, dass mit der Unterscheidung zwischen entschädigungspflichtigen und nicht entschädigungspflichtigen Eingriffen in wohlerworbene Rechte in Bezug auf diese eine Vermischung von Elementen der formellen und der materiellen Enteignung stattgefunden hätte.

2532 BGE 145 II 140, E. 4.2.

2533 Vgl. zu dessen Rechtsnatur Häfelin/G. Müller/Uhlmann, N. 960.

sie Land nicht einer Bauzone zuwies, auch wenn das Land nach der alten Zonenordnung hätte überbaut werden dürfen.[2534] Wird ein Grundstück in einer späteren Revision der Zonenordnung nicht mehr dem Bauland zugeordnet, so gilt dies aber grundsätzlich als eine **Auszonung** und ist damit u.U. entschädigungspflichtig. Dies gilt auch dann, wenn diese (erneute) Anpassung der Zonenordnung durch die bundesrechtliche Bodenordnung determiniert ist und es jene ist, die eine weitere Reduktion der Bauzonen nötig macht, beispielsweise, weil sich die Bevölkerung in demographischer Hinsicht nicht wie prognostiziert entwickelt hat oder weil die Bauzonenkapazität durch Verdichtung erhöht worden ist.[2535] Eine Auszonung liegt auch vor, wenn ein Grundstück zwar in einer Bauzone liegt, die dem neuen Bodenrecht entspricht, aber durch eine planungsrechtliche Massnahme mit einem Bauverbot belegt wird. Eine teilweise Beschränkung der Überbauungsmöglichkeit wird als **Herabzonung** bezeichnet.[2536]

Nichteinzonung: Die Nichteinzonung wird als Konkretisierung des Eigentums und nicht als Eingriff in das Eigentum aufgefasst. Davon wird nur in ganz besonderen Fällen abgewichen, etwa dann, wenn der Eigentümer 12 2

«überbaubares oder grob erschlossenes Land besitzt, das von einem gewässerschutzrechtskonformen [generellen Kanalisationsprojekt] GKP erfasst wird, und wenn er für die Erschliessung und Überbauung seines Landes schon erhebliche Kosten aufgewendet hat, wobei diese Voraussetzungen in der Regel kumulativ erfüllt sein müssen. Sodann können weitere besondere Gesichtspunkte des Vertrauensschutzes so gewichtig sein, dass ein Grundstück unter Umständen hätte eingezont werden müssen. Ein Einzonungsgebot kann ferner zu bejahen sein, wenn sich das fragliche Grundstück im weitgehend überbauten Gebiet (Art. 15 lit. a RPG) befindet. Solche Umstände hätten möglicherweise eine Einzonung gebieten können, so dass der Eigentümer am massgebenden Stichtag mit hoher Wahrscheinlichkeit mit einer aus eigener Kraft realisierbaren Überbauung seines Landes rechnen durfte (...).»[2537]

Fälle, in denen Nichteinzonungen einen Eingriff in das Eigentum darstellen, betreffen in der Regel Grundstücke in einer besonderen Lage, die zwar

2534BGE 131 II 728, E. 2.1.
2535BGE 131 II 728, E. 2.2-2.4.
2536BGE 122 II 326, E. 4c.

weitgehend überbaut sind oder im überbauten Gebiet liegen, aber aus dem einen oder anderen öffentlichen Interesse freigehalten werden sollen, etwa Spickel zwischen einer Verkehrsachse und einem Gewässer.[2538] Als Nichteinzonung kann u.U. auch die Zuordnung zu einer Zone gelten, in der faktisch jede Überbauungsmöglichkeit ausgeschlossen ist (zum Beispiel in die Zone für Bauten im kommunalen Interesse).[2539]

12 3 Sowohl bei Verkürzungen von Ansprüchen aus dem Eigentum durch Rechtsetzung als auch durch Plan werden also materielle Enteignungen praktisch nur in jenen Fällen anerkannt, in denen sie einzelne Eigentümer:innen ganz besonders treffen und somit die Rechtsgleichheit ebenfalls eine Rolle spielt. Es liegt in der Natur der Rechtsetzung, dass sie kaum oder jedenfalls viel weniger typisch als ein Nutzungs- oder Zonenplan solche Sonderopfer schafft, weil sie genereller und abstrakter ist (der Nutzungs- oder Zonenplan liegt zwischen den generell-abstrakten und den individuell-konkreten Formen des Verwaltungshandelns)[2540] und daher eher alle Betroffenen gleich trifft. Es lassen sich daher **kaum Fälle** finden, in denen eine **enteignungsgleiche Eigentumsbeschränkung durch Rechtsetzung** anerkannt worden wäre. Ein bereits älteres Beispiel mag den Ausnahmecharakter solcher Konstellationen illustrieren: Einer privaten archäologischen Sammlung, die in ihrer Art praktisch einzigartig war, wurde durch das kantonale Kulturgütergesetz Verfügungsbeschränkungen auferlegt. Das Bundesgericht erwog das Vorliegen einer materiellen Enteignung (u.a. aus Sonderopfer).[2541] Abgesehen von solchen seltenen Fällen haben Entschädigungen für enteignungsgleiche Eigentumsbeschränkungen ausserhalb des Raumplanungsrechtes in der Praxis bisher kaum eine Rolle gespielt.[2542]

12 4 **Mehrwertabschöpfung:** Das Korrelat der materiellen Enteignung ist die Mehrwertabschöpfung durch das Gemeinwesen.[2543] Sie kommt in Betracht,

2537 BGE 121 II 417, E. 4b. Im vorliegenden Fall ging es um Parzellen im Ortskern, die zum Schutz der ursprünglichen Umgebung eines Landgutes freigehalten werden sollten.

2538 Vgl. etwa BGE 122 II 326 bezüglich eines Areals im spitzen Winkel zwischen Limmat und Bahnlinie in der Gemeinde Dietikon oder BGE 115 Ia 333 betreffend die von der Bahnlinie abgetrennte Giessen-Halbinsel im Zürichsee in Wädenswil.

2539 BGE 149 II 368 (= Pra 3/2024 Nr. 16), E. 3.6.2 f., (wobei das Bundesgericht offen liess, ob sich vorliegend aus der Nichteinzonung auch eine materielle Enteignung ergebe.

2540 Häfelin/G. Müller/Uhlmann, N. 960 m.H.

2541 BGE 113 Ia 368 (= Pra 79 [1989], Nr. 159), E. 6.

wenn Land durch Planungsmassnahmen stark an Wert gewonnen hat. Ein Grossteil des Wertes von Eigentum an Land ist sozial produziert, d.h., er wäre nicht vorhanden, wenn nicht ein Gemeinwesen tätig geworden wäre, Planungen vorgenommen, eine Infrastruktur und eine Rechtsordnung errichtet hätte. Während dies für alle Formen von Eigentum gilt, ist der Effekt bei Wertveränderungen, die durch Raumplanung an Land entstehen, besonders markant (und besonders gut messbar).

Es ist daher auch in diesem Kontext, in dem der Bund ein **Instrumentarium zur Abschöpfung** von Mehrwert eingerichtet hat, der durch Planungsmassnahmen entstanden ist (Art. 5 Abs. 1 RPG).[2544] Mit der Revision des RPG im Jahre 2012 sind diese Vorgaben konkretisiert und verschärft worden (Art. 5 Abs. 1bis-1^{sexies} RPG). So muss der Mehrwert von erheblichen Planungsvorteilen mit einer Abgabe von mindestens 20% abgeschöpft werden. Die Abgabe wird nicht sofort fällig, sondern erst bei Überbauung oder Veräusserung des Grundstücks (Art. 5 Abs. 1bis RPG). Der Ertrag der Mehrwertabschöpfung soll in erster Linie für Entschädigungen für materielle Enteignungen, die aus der Raumplanung entstehen, verwendet werden (Art. 5 Abs. 1ter RPG). Eine kantonale Regelung, die es den Gemeinden verbietet, den Mehrwert weiterer Planungsmassnahmen (etwa von Auf- und Umzonungen) abzuschöpfen, ist bundesrechtswidrig, denn sie verunmöglicht den Gemeinden, Mehrwert in rechtsgleicher Weise abzuschöpfen.[2545] Freibeträge von 50'000 CHF verstossen ebenfalls gegen das Rechtsgleichheitsgebot (das Bundesgericht geht für die Zulässigkeit von solchen Freibeträgen von einem Richtwert von 30'000 CHF aus).[2546] Solange der Kanton von seiner Kompetenz, Mehrwert abzuschöpfen, keinen Gebrauch macht, kann er den Gemeinden nicht verwehren, diese Kompetenz selber wahrzunehmen.[2547] 12 5

3. Zusammenfassung

In allen wichtigen Nutzungskonflikten, in denen die öffentliche Hand zur Moderierung dieser Konflikte die Befugnisse aus Eigentum eingeschränkt hat, reagierte die **Rechtsprechung**, indem sie **Figuren entwickelte**, die es 12 6

2542Fisch, S. 113, m.H.

2544Zum Begriff des «erheblichen Vorteils», den Art. 5 Abs. 1 RPG verwendet, vgl. BGE 131 II 571, E. 2.

2545BGE 147 I 225, E. 4.9.

2546BGE 147 I 225, E. 5.6.

2547BGE 142 I 177, E. 4.2.

erlauben, die Tragweite der Wertgarantie stark einzuschränken. Das gilt besonders im Umgang mit Boden und mit Wasser. Beispiele solcher Innovationen in der Rechtsprechung sind die Fiktion, Land sei nie eingezont gewesen, die Neuumschreibung des Eigentums, die Ablösung ehehafter durch befristete Rechte und der Grundsatz der Nichtentschädigung bei polizeilich motivierten Eingriffen. Diese Dehnbarkeit eines in der Verfassung apodiktisch festgehaltenen Grundsatzes der vollen Entschädigung ist aber nicht eine Eigenheit der materiellen Eigentumsbeschränkungen. In Nutzungskonflikten, die in erster Linie mit den Mitteln der formellen Enteignung gelöst werden (wie der Umgang mit Verkehrslärm, vgl. oben, N. 87), sind ähnliche Techniken entwickelt worden (zum Beispiel die Vorhersehbarkeit der Beeinträchtigung des Eigentums), die den Kreis der entschädigungspflichtigen Konstellationen stark einschränken. Auffällig ist insofern die Vielfalt der Instrumente, die entwickelt worden sind, um die **Tragweite der Wertgarantie** einzuschränken.

D. Eingriffsvoraussetzungen

12 7 Grundsätzlich ist die Eigentumsgarantie als ein klassisches Freiheitsrecht nach den allgemeinen Voraussetzungen in Art. 36 BV einschränkbar.[2548] Die nachfolgenden Ausführungen beschränken sich auf die Aspekte, in denen die Eingriffsvoraussetzungen zur Eigentumsgarantie gegenüber den allgemeinen Voraussetzungen von Art. 36 BV abweichen.

1. Gesetzliche Grundlage

12 8 Relevant ist in erster Linie der **Unterschied zwischen einem schweren und einem leichten Eingriff** in das Eigentum, weil nur im ersteren Fall eine gesetzliche Grundlage im formellen Sinne verlangt wird. Ansonsten genügt eine gesetzliche Grundlage im materiellen Sinne, das heisst, eine generell-abstrakte Grundlage, die sich ihrerseits auf eine Delegationsnorm in einem Gesetz im formellen Sinne stützen kann. Dabei ist zu beachten, dass die Voraussetzungen für einen schweren Eingriff und für eine Entschädigungspflicht nicht deckungsgleich sind.

12 9 Ob eine genügende gesetzliche Grundlage vorliegt, ist eine Frage des Bundesrechts und insofern eine Frage, die das Bundesgericht mit **freier**

2548 OFK-Biaggini, Art. 36 N. 4.

Kognition prüft (ebenso wie die Frage der Verhältnismässigkeit und des zulässigen öffentlichen Interesses).[2549]

Eine typische Konstellation bei Eingriffen in die Eigentumsgarantie sind Eingriffe auf der Grundlage eines **Bau- und Zonenreglements**. Diese gelten dann als gesetzliche Grundlage im formellen Sinne, wenn sie selber von den Stimmberechtigten verabschiedet worden sind und sich ihrerseits auf ein kantonales Gesetz stützen können.[2550] 1310

Das Bundesgericht hat einen **schweren Eingriff** in die Eigentumsgarantie in den folgenden Konstellationen anerkannt: 1311

- wenn Grundeigentum zwangsweise entzogen wird,[2551] oder
- wenn der bisherige Gebrauch verunmöglicht oder stark eingeschränkt wird.[2552]
- Auch die Abtretung eines kleinen Teils des Grundstücks (z.B. für einen Uferweg) ist ein schwerer Eingriff,[2553] nicht hingegen die Freilegung eines Baches, der über das Grundstück führt, was zwar zu Bauarbeiten und einer Veränderung der Vegetation führt, aber nichts an dessen Bebaubarkeit ändert.[2554]
- Ebenfalls einen schweren Eingriff stellt die Ausübung eines Vorkaufsrechts dar.[2555]

Diese Fallgruppen wurden anhand von Fragen zum Grundeigentum entwickelt, lassen sich analog aber auch auf andere vermögenswerte Rechte anwenden, die im Schutzbereich der Eigentumsgarantie liegen.[2556]

Als Faustregel handelt es sich um nur **leichte Eingriffe**, wenn ein Plan, ein Rechtssatz oder ein Rechtsanwendungsakt nicht das Bebauen eines Grundstückes an sich versagen, sondern die Art der Überbaubarkeit definieren,[2557] etwa die Bebauung bis direkt an die Grundstücksgrenze 1312

2549 BGE 119 Ia 362, E. 3a; BGer 1P.562/2000; 1A.244/2000 vom 08.11.2001, E. 8a.
2550 BSK-Waldmann (2015a), Art. 26 BV N. 62.
2551 BGE 135 I 233, E. 2.1
2552 CR-Dubey (2021), Art. 26 BV N. 116; SGK-Vallender/Hettich, Art. 26 BV N. 43.
2553 BGE 145 II 70, E. 35.
2554 BGE 140 I 170, E. 4.1.2.
2555 BGE 142 I 76, E. 3.1.
2556 CR-Dubey, Art. 26 BV N. 116; SGK-Vallender/Hettich, Art. 26 BV N. 43.
2557 CR-Dubey, Art. 26 BV N. 119.

verbieten,[2558] und im Allgemeinen auch, wenn eine Baulinie festgelegt wird.[2559] Falls die Abstandsregelung die Benutzung des Grundstücks stärker einschränkt, also beispielsweise das Ausschöpfen der Nutzungsziffer verunmöglicht, kann es sich auch um einen schweren Eingriff handeln. Ein leichter Eingriff liegt auch vor, wenn das Gemeinwesen für Liegenschaften, die es subventioniert, 15% der Mietenden bestimmen kann,[2560] oder ein bestimmter Anteil einer Liegenschaft für einen bestimmten Zweck (zum Beispiel Wohnanteil) reserviert werden muss.[2561]

13 3 Die Eigentumsgarantie stellt eine besondere Anforderung an die gesetzliche Grundlage: Diese muss auch bezeichnen, **welches Gemeinwesen für die Enteignung kompetent ist**. Aus der gesetzlichen Grundlage muss sich beispielsweise ergeben, ob nur der Kanton oder auch die Gemeinden enteignen dürfen. Welches Gemeinwesen enteignet, kann auch einen Einfluss auf die Schwere des Eingriffs haben, weil davon zum Beispiel die Frage abhängen kann, ob ein Realersatz oder ein Geldersatz möglich ist.[2562]

2. Öffentliches Interesse

13 4 Das Bundesgericht geht davon aus, dass für einen Eingriff in das Eigentum grundsätzlich **jedes öffentliche Interesse** in Betracht fällt, soweit dieses nicht rein fiskalischer Natur ist.[2563] Diese Praxis wird im Schrifttum aus zwei unterschiedlichen Warten kritisiert. Sie wird einerseits als zu grosszügig empfunden, sodass die Eigentumsgarantie ihre Begrenzungsfunktion

2558 BGE 145 I 156, E. 4.2. Die ursprüngliche Baubewilligung hatte eine Bebauung bis direkt an die Grundstücksgrenze i.c. zugelassen. Das Bundesgericht hiess die Beschwerde hiergegen gut.

2559 BGE 109 Ib 116, E. 3 und 4.

2560 BGE 131 I 333, E. 4.2.

2561 BGE 135 I 233, E. 2.1.

2562 BGer E 1C_453/2019, 1C_271/2021 vom 07.09.2021, E. 5. Vgl. dazu auch Thurnherr, S. 101, die sich dafür ausspricht, zur Bestimmung des für die Enteignung zuständigen Gemeinwesens das Enteignungsrecht möglichst eng an die Hauptaufgabe (zu deren Erbringung enteignet wird) zu knüpfen. Vgl. auch BGer 1C_177/2021, vom 22.3.2022, E. 4.4. Gemäss diesem Entscheid ist es möglich, dass die Delegation eines Enteignungsrechts an die Gemeinden, die sich aus dem kantonalen Gesetz ergibt, auch eine andere Gemeinde berechtigen kann, als jene, auf deren Gebiet ein zu enteignendes Grundstück liegt. Vorliegend ging es um eine Gemeinde, die zur Erweiterung einer von ihr betriebenen Deponie auf dem Gebiet einer anderen Gemeinde enteignen wollte. Das Bundesgericht hat diese Möglichkeit geschützt.

2563 BSK-Waldmann (2015a), Art. 26 BV N. 71.

gegenüber dem Gesetzgeber verliert.[2564] Andererseits wird der grundsätzliche Ausschluss von fiskalischen Interessen als nicht mehr zeitgemäss kritisiert.[2565]

Was beim Eingriff in das Eigentum als **fiskalische Interessen** gilt, kann nicht losgelöst vom Schutzbereich der Eigentumsgarantie beantwortet werden. Wenn das Vermögen an sich oder eben die Summe der vermögenswerten Rechte den Schutzbereich der Eigentumsgarantie bilden, dann folgt daraus, dass auch die Besteuerung ein Eingriff in das Eigentum darstellt. Insofern als diese in erster Linie gerade aus fiskalischen Interessen erfolgt und erfolgen muss, wäre es lebensfremd, sie nicht zu den zulässigen öffentlichen Interessen zu zählen. Dieses Argument trifft schon zu, weil das Bundesgericht die konfiskatorische Besteuerung als Eingriff in das Eigentum behandelt.[2566] Oben (N. 52 ff.) ist aufgezeigt worden, wie gewichtig die Gründe dafür sind, das Vermögen dem Schutzbereich der Eigentumsgarantie zuzurechnen. Das bringt es aber auch mit sich, dass eine differenziertere Lösung gefunden werden muss, als dass fiskalische Interessen grundsätzlich unzulässig sind. Sinnvoller wäre es daher, fiskalische Interessen ausserhalb jener Eingriffsverwaltung auszuschliessen, die gerade der Sicherung fiskalischer Interessen dient und die den Grundsätzen der Besteuerung entspricht. Typischerweise wird ein fiskalisches Interesse auch nur für Eingriffe in das Vermögen an sich, nicht für Eingriffe in spezifische Vermögenswerte (zum Beispiel ein bestimmtes Grundstück) tauglich sein. Für Enteignungen (im formellen Sinne) sind fiskalische Interessen also in jedem Falle unzulässig.[2567] 13 5

Darüber hinaus ist nicht klar, nach welchem Kriterium **zulässige von unzulässigen öffentlichen Interessen abgegrenzt** werden könnten.[2568] Das gilt jedenfalls soweit, als das öffentliche Interesse nicht darauf gerichtet ist, das Institut des Eigentums und die Dezentralisierung der Produktionsfaktoren aufzuheben (Institutsgarantie, oben, N. 27 ff.). Wo Gerichte ihr Urteil über die Zweckmässigkeit öffentlicher Interessen an die Stelle der Beurteilung einer Legislative stellen, müssen sie dies ohnehin mit der grössten Zurückhaltung tun. Mehr Schutzwirkung für das Eigentum als vom öffentlichen Interesse ist daher von der Verhältnismässigkeit (vgl. unten, 13 6

2564 SGK-Vallender/Hettich, Art. 26 BV N. 45.
2565 OFK-Biaggini, Art. 26 BV N. 22.
2566 OFK-Biaggini, Art. 26 BV N. 22.
2567 OFK-Biaggini, Art. 26 BV N. 22.
2568 Vgl. immerhin die Kriterien bei Dubey/Besson, Art. 5 BV N. 75.

N. 139 ff.) zu erwarten. Je zweifelhafter das öffentliche Interesse an einem Eingriff, desto eher steht auch dessen Verhältnismässigkeit in Frage. Dasselbe gilt für die Institutsgarantie (vgl. oben, N. 27 ff.): Je eher ein öffentliches Interesse nicht nur zu einem Eingriff in, sondern zu einer eigentlichen Aushöhlung des Instituts des Privateigentums führt, desto eher greift die Institutsgarantie.

13 7 Unbestritten ist, dass mit der Zunahme von öffentlichen Interessen durch neue Knappheitsrelationen (etwa bezüglich Ressourcen, die dem Schutz des Klimas dienen) auch die **Grundlagen für einen Eingriff** in das Eigentum **zunehmen**.

13 8 Zum **Zeitpunkt** des Eingriffs in das Eigentum muss ein öffentliches Interesse nach wie vor bestehen. Es muss durch den Eingriff in das Eigentum weiterhin sinnvoll verfolgt werden können.[2569]

3. Verhältnismässigkeit

13 9 Obwohl das Bundesgericht die Verhältnismässigkeit frei prüft, auferlegt es sich eine gewisse **Zurückhaltung**, wo die eingreifende Behörde über einen eigenen Gestaltungsspielraum verfügt oder die örtlichen Verhältnisse für die Beurteilung der Verhältnismässigkeit entscheidend sind.[2570]

14 0 Das Bundesgericht setzt **keine allzu hohen Anforderungen** an die Verhältnismässigkeit. Fälle, in denen es einen Eingriff in das Eigentum an der Verhältnismässigkeit scheitern liess, sind relativ selten.[2571]

14 1 Die **Abwägung** öffentlicher gegenüber privaten Interessen ist in dem Masse **eingeschränkt**, als ein Bundesgesetz oder die Verfassung selber ein Abwägungsergebnis vorwegnimmt.[2572] Ein Beispiel hierfür ist der Schutz von Mooren von besonderer Schönheit und gesamtschweizerischer Bedeutung (Art. 78 Abs. 5 BV). Ist eine Parzelle einmal in das Inventar dieser Moore

---

2569 BSK-Waldmann (2015a), Art. 26 BV N. 70.

2570 OFK-Biaggini, Art. 26 BV N. 22.

2571 SGK-Vallender/Hettich, Art. 26 BV N. 48. Für ein kürzliches Beispiel, in dem das Bundesgericht entgegen der Vorinstanz davon ausging, die Verhältnismässigkeit könne bei der Umsetzung einer umstrittenen Volksinitiative gewahrt werden, vgl. BGE 140 291, E. 5.8; BGer 1C_392/2022 vom 3.5.2023, E. 4, insbes. E. 4.5 und 1C_608/2022 vom 17.8.2023, E. 5, wo die Verhältnismässigkeit allerdings allgemein, nicht als Teilaspekt der Eigentumsgarantie kontrolliert wird.

2572 BSK-Waldmann (2015a), Art. 26 BV N. 75.

aufgenommen, besteht keine Möglichkeit mehr, zwischen den Schutzinteressen und privaten Nutzungsinteressen abzuwägen.[2573]

E. Folgen des Eingriffs in das Eigentum

Wie oben gezeigt (N. 106 ff.), ist jedenfalls im Kontext der materiellen Eingriffe in das Eigentum der Grenzverlauf zwischen entschädigungslosem Eingriff und voll zu entschädigender Enteignung nur durch Kasuistik nachgezeichnet worden und kann wohl auch nur so nachgezeichnet werden.[2574] Der Umstand, dass eine «angemessene» oder eine teilweise Entschädigung für Eigentumseingriffe nicht zulässig ist, führt insofern – im Kontext der materiellen Enteignung – zu einer sehr groben **«Preisgestaltung»** des Preises für Eingriffe. Der Preis ist 0% bis zu einer bestimmten Intensitätsgrenze und dann 100% des zu enteignenden Wertes. Bei der formellen Enteignung ist er zwar immer 100%, auch für lediglich geringfügige Eingriffe. Hingegen ist oben auf verschiedene in der Rechtsprechung entwickelte Techniken hingewiesen worden (N. 126), die Tragweite der Wertgarantie zu reduzieren. Die Voraussetzung bzw. Rechtsfolge der Enteignung, dass volle Entschädigung zu leisten ist, ist unter dieser Einschränkung zu sehen.[2575] 14 2

1. Zum Begriff der vollen Entschädigung

Volle Entschädigung bedeutet, dass aus der Enteignung **weder ein Vorteil noch ein Nachteil** für die enteignete Person entstehen darf. Sie soll vermögensmässig so gestellt werden, als habe der Eingriff nie stattgefunden.[2576] Die enteignete Person trifft die Pflicht, das Zumutbare zu unternehmen, um den Schaden der Enteignung zu reduzieren.[2577] Ob die ausgerichtete Entschädigung dem vollen Wert des enteigneten Gutes entspricht, prüft das Bundesgericht mit freier Kognition.[2578] Wenn von einem Grundstück oder mehreren wirtschaftlich zusammenhängenden Grundstücken nur ein Teil 14 3

2573 BGE 127 II 184, E. 5b; BGE 117 Ib 243, E. 3b; vgl. auch BGE 143 II 241, E. 5.

2574 SGK-Vallender/Hettich, Art. 26 BV N. 67.

2575 Dieser Umstand relativiert denn auch die Kritik am Erfordernis der vollen Entschädigung, wie sie etwa von Peter Saladin bereits formuliert wurde: «(...) der Grundsatz der vollen Entschädigung ist dogmengeschichtlich in einem Staatsdeneken verwurzelt, welches von der ursprünglichen Absolutheit individueller Freiheit ausging (...).» Saladin, S. 400.

2576 SGK-Vallender/Hettich, Art. 26 BV N. 71.

2577 Kessler Coendet, N. 26.134.

2578 BGer 1C_254/2021 vom 2.3.2023, E. 3.1; BGE 138 II 77, E. 6.2.

enteignet wird, muss auch die **Minderung** des Verkehrswertes des verbleibenden Teils entschädigt werden (für Verfahren nach Bundesrecht: Art. 19 lit. b EntG).[2579] Auch die **Inkonvenienz**, also die aus der Enteignung entstehenden weiteren Umtriebe (Umzugskosten und dgl.), sind Teil der vollen Entschädigung.[2580] Wird ein Unternehmen enteignet, stellt sich auch die Frage der Entschädigung des **entgangenen Gewinnes** und insbesondere die Frage, für wie lange dieser entschädigt werden muss, ehe es möglich ist, eine andere gewinnbringende Tätigkeit auszuüben. Das Bundesgericht beschränkt die Entschädigung des Gewinnes daher in aller Regel auf eine gewisse Dauer, es sei denn, die Aufnahme einer neuen Erwerbstätigkeit ist ausnahmsweise nicht zulässig, oder es ist absehbar, dass künftig nicht mehr derselbe Gewinn erzielt werden kann.[2581]

14 4 In Enteignungsverfahren, die sich auf das EntG stützen, muss der volle Wert entschädigt werden, jedoch auch nicht mehr als der volle Wert. Einen **«Unfreiwilligkeitszuschlag»** sieht das Bundesrecht nicht vor;[2582] ein solcher Zuschlag darf daher in Verfahren, die sich nach Bundesrecht richten, auch nicht ausgerichtet werden. Das hindert die Kantone nicht daran, nach ihrem eigenen Enteignungsrecht unter Umständen einen höheren Betrag als jenen des tatsächlichen Schadens auszurichten.[2583] Solche Zusatzleistungen müssen indessen vor den übrigen Garantien der Verfassung standhalten, insbesondere vor dem Rechtsgleichheitsgebot, mit dem sie in einem Spannungsfeld stehen können.[2584] Das Bundesrecht schliesst es auch nicht aus, dass die Kantone für materielle Eingriffe in das Eigentum, die noch nicht einer Enteignung gleichkommen, eine Entschädigung vorsehen.[2585]

2. Form und Bemessung der Entschädigung

14 5 In aller Regel erfolgt die Leistung der **Entschädigung in Geld**. Lediglich auf Geldleistungen vermittelt Art. 26 Abs. 2 BV einen Anspruch.[2586] Hingegen ist es möglich, dass das Gesetz Realersatz oder Sachleistungen vorsieht (vgl. etwa

2579 BGE 141 I 113, E. 6.1.
2580 BGE 141 I 113, E. 6.4.
2581 SGK-Vallender/Hettich, Art. 26 BV N. 76.
2582 Karlen (2018), S. 385.
2583 BGE 127 I 185 E. 4; SGK-Vallender/Hettich, Art. 26 BV N. 73.
2584 BGE 127 I 185 E. 5; SGK-Vallender/Hettich, Art. 26 BV N. 74.
2585 BSK-Waldmann (2015a), Art. 26 BV N. 104.
2586 CR-Dubey (2021), Art. 26 BV N. 136. Vgl. auch Kessler Coendet, N. 26.126.

Art. 18 EntG). Unter Umständen ist auch eine Ergänzung von Geldleistungen durch Sachleistungen sinnvoll und möglich (etwa im Falle von Schallschutzmassnahmen).[2587] Im Falle formeller Enteignungen hat die Schätzungskommission zu entscheiden, in welcher Form die Entschädigung zu erbringen ist.[2588]

Die **Bemessung der Entschädigung** kann grundsätzlich nach einer objektiven oder nach einer subjektiven Methode vorgenommen werden. Die objektive Methode fragt nach dem Verkehrswert einer Sache, die subjektive Methode nach dem (wirtschaftlichen) Wert, den ein entzogenes Gut für die enteignete Person aufweist (Ertragswert). Zu wählen ist jeweils jene Methode, die für die Betroffenen günstiger ist; eine Vermischung der beiden Methoden ist grundsätzlich unzulässig.[2589] Die subjektive Methode ist vor allem in Fällen angezeigt, in denen der Wert der Weiternutzung eines Gutes für die enteignete Person (objektiv betrachtet) höher ist als die Geldsumme, die sich durch Veräusserung des Grundstücks erzielen liesse, oder anders gesagt, wenn der Ertrag der Weiternutzung grösser ist, als was durch eine Veräusserung auf dem Markt erzielt werden könnte. Das ist etwa der Fall bei der Aufhebung von nicht verlegbaren Unternehmen.[2590] Der Begriff des «subjektiven Schadens» wird von Teilen der Lehre als missverständlich kritisiert,[2591] denn der Begriff könnte so verstanden werden, als umfasse er auch das Affektationsinteresse der Betroffenen oder blosse Erwartungen oder Hoffnungen.[2592] Das ist aber gerade nicht der Fall. Die subjektive Methode fragt (ebenso wie die objektive Methode) lediglich nach dem pekuniären Wert einer Sache, auch wenn dieser anders, nämlich nach dem Wert der Weiternutzung statt nach dem Wert der Veräusserung, ermittelt wird. 14 6

Zur **Schätzung des Wertes** der enteigneten Sache bestehen verschiedene Methoden.[2593] In der Anwendung dieser Methoden und in ihrer Kombination verfügt die enteignende Behörde über eine grosse Flexibilität.[2594] Die Kombination unterschiedlicher Methoden dient dazu, die jeweiligen 14 7

2587 SGK-Vallender/Hettich, Art. 26 BV N. 71; OFK-Biaggini, Art. 26 BV N. 36.
2588 Kessler Coendet, N. 26.122.
2589 SGK-Vallender/Hettich, Art. 26 BV N. 72.
2590 Kessler Coendet, N. 26.141.
2591 OFK-Biaggini, Art. 26 BV N. 38.
2592 BSK-Waldmann (2015a), Art. 26 BC N. 101.
2593 Vgl. eingehend zu den einzelnen Schätzungsmethoden Kessler Coendet, N. 26.157 ff.
2594 CR-Dubey, Art. 26 BV N. 138.

Schätzergebnisse zu plausibilisieren.[2595] Vorrangstellung geniesst dabei die **Vergleichsmethode**, bei der der Wert einer Liegenschaft anhand von Marktpreisen vergleichbarer Objekte ermittelt wird. Die Vergleichsmethode dient zur Ermittlung des Verkehrswertes, der bei der Entschädigung nach objektiver Methode zu entrichten ist.[2596] Der Verkehrswert ist der hypothetische Erlös, der beim Verkauf im freien Handel für das enteignete Gut hätte erzielt werden können.[2597] Andere Methoden können sich in besonderen Situationen aufdrängen, insbesondere wenn die Möglichkeit fehlt, vergleichbare Preise zu ermitteln. So eignet sich die **Ertragswertmethode** in erster Linie für Liegenschaften, die zur Erzielung eines Ertrags gehalten werden, die **Realwertmethode** in erster Linie für selber genutztes Wohneigentum.[2598] Die **Lageklassenmethode** «beruht auf der durch systematische Auswertung zahlreicher Schätzungen gewonnenen Erkenntnis, dass der Wert des Landes sowohl zum Gesamtwert einer Liegenschaft als auch zum Jahresmietertrag in einer ganz bestimmten Relation stehe, die für alle Grundstücke in der gleichen Lage dieselbe sei».[2599] Sie geht aus von «der Überlegung, dass der Grund und Boden *als Ganzes* letztlich nur so viel Wert aufweise, wie er an wirtschaftlicher Nutzung zulasse».[2600] Stärker als bei anderen Methoden mahnt das Bundesgericht bei der Lageklassemethode zur Vorsicht, weil die ihr zugrunde liegenden Rentabilitätsüberlegungen zum Teil überholt sind und schon geringe Differenzen in den Ausgangsparametern zu stark gestreuten Resultaten führen.[2601] Besonders bei komplexeren Werken, die eine grosse Zahl von Personen betreffen, sich ganz unterschiedlich auswirken und nebst Minderwert auch Mehrwert generieren, kann der Wert des enteigneten Gutes durch eine spezifisch für dieses Problem entwickelte **statistisch-empirische Methode** ermittelt werden.[2602] So hat das Bundesgericht beispielsweise komplexe, auf grossen Datenmengen beruhende Modelle zur Berechnung des Minderwertes durch Fluglärm, die für das Umfeld des Flughafen Zürichs entwickelt worden sind, als Bewertungsmethode geschützt.[2603]

2595 Kessler Coendet, N. 26.159.
2596 OFK-Biaggini, Art, 26 BV N. 37.
2597 Kessler Coendet, N. 26.137.
2598 Kessler Coendet, N. 25.164 f.
2599 BGE 131 II 458, E. 5.1.
2600 BGE 131 II 458, E. 5.2, Hervorhebung im Original.
2601 BGE 131 II 458, E. 5.1.
2602 CR-Dubey, Art. 26 BV N. 138.

Auch wenn diese Methoden nicht *telles quelles* auf den Kontext der **materiellen Enteignung** übertragen werden können, so werden sie auch bei dieser sinngemäss zur Anwendung gebracht.[2604] 148

Betreffend den **Zeitpunkt der Bemessung**[2605] ist zu unterscheiden zwischen formeller und materieller Enteignung. Im ersten Fall ist die Entschädigung ein konstitutives Element der Enteignung, im zweiten Fall ist sie deren Folge (siehe vorne, N. 83). Insofern geht die Rechtsprechung für die formelle Enteignung davon aus, dem Anspruch auf volle Entschädigung sei lediglich dann Rechnung getragen, wenn der Stichtag für die Bewertung nahe am Zeitpunkt des tatsächlichen Entzuges des Rechts liege.[2606] Bei der materiellen Enteignung ist grundsätzlich der Zeitpunkt massgeblich, an dem die eigentumsbeschränkende Massnahme in Kraft tritt. Auch bei der materiellen Enteignung können sich allerdings intertemporale Fragen stellen, insbesondere bei lange sich hinziehenden Verfahren, in deren Verlauf der Wert etwa von Land sich stark verändern kann.[2607] 149

V. AUSBLICK

Eigentum ist «das Gerüst, das die Gesellschaft errichtet, um die Konflikte um jene Dinge, die wir alle haben wollen, zu strukturieren».[2608] So gesehen hat Eigentum keine zwingende Nähe zu physischen Sachen, sondern betrifft alle ökonomisch wertvollen und knappen Güter, auch die immateriellen und diejenigen, die von der öffentlichen Hand zur Verfügung gestellt werden. Konflikte über diese Güter verändern sich, wenn sich die Knappheitsverhältnisse verändern. Will die Eigentumsgarantie ihre Funktion behalten und für die Zukunft neue Gestaltungskraft schöpfen, so muss sie eine Schutzfunktion für neue, immer wichtiger werdende Güter entwickeln, auch wenn diese kaum noch analog zum Sacheigentum behandelt werden können. Auch muss sie eine **Antwort** geben können auf **neu auftretende Knappheitskonflikte**. 150

Die Praxis zur Eigentumsgarantie hat sich insgesamt als enorm flexibel erwiesen, wenn es darum ging, die mit dem Eigentum verbundenen 151

2603 Instruktiv etwa BGE 142 II 136, E. 4; BGE 138 II 77, insbes. E. 12; BGE 134 II 49, E. 17 ff.
2604 OFK-Biaggini, Art. 26 BV N. 39.
2605 Vgl. zu dieser Frage eingehend Kessler Coendet, N. 16.127 ff.
2606 SGK-Vallender/Hettich, Art. 26 BV N. 77.

Handlungsmöglichkeiten zugunsten von öffentlichen Interessen einzuschränken, insbesondere bei Verteilungskonflikten über Umweltressourcen. An dieser Front scheint die Eigentumsgarantie also an sich gerüstet für **bevorstehende Verteilungskonflikte**, allen voran jenen in Zusammenhang mit dem Schutz des Klimas.[2609] Als viel weniger flexibel hat sich die Eigentumsgarantie in der Gegenrichtung erwiesen, nämlich dort, wo es nicht darum geht, neu entstandene öffentliche Bedürfnisse, sondern neu entstandene private Schutzbedürfnisse zu berücksichtigen, insbesondere funktionale Äquivalente zum Sach- und besonders zum Grundeigentum zu schützen. Das betrifft in erster Linie Teilhaberechte an öffentlichen Institutionen, die oft eine Voraussetzung für materielle Autonomie und Sicherheit sind, und die etwa durch das Migrationsrecht oder das Sozialversicherungsrecht zugeteilt und entzogen werden. Es ist an dieser Front, an der Innovation und neuer Gestaltungsmut notwendig scheinen, wenn die Eigentumsgarantie ihre autonomie- und sicherheitsvermittelnde Funktion unter veränderten technologischen und ökonomischen Rahmenbedingungen erhalten soll. Ein zentrales Element dieses Fortschrittes bestünde in einer skeptischen Neubeurteilung der scharfen Trennung von formellen und materiellen Eingriffen in das Eigentum. Diese Trennung, die der Gedankenwelt des Sachenrechts entstammt, verliert in einer Situation, in der Sachen relativ zu anderen Gütern eine immer kleinere Rolle spielen, zunehmend an praktischer Plausibilität.

Zum Autor

Dr. iur. Stefan Schlegel ist seit 2024 Direktor der Schweizerischen Menschenrechtsinstitution (SMRI) mit Sitz in Fribourg. Zuvor war er Ambizione-Fellow des SNF an der Universität Bern, wo er an einer Habilitation zum sachlichen Schutzbereich der Eigentumsgarantie arbeitet. Er ist Mitherausgeber des Onlinekommentars zur Bundesverfassung und Mitglied des Vorstandes des Trägervereins des Onlinekommentars.

2607 SGK-Vallender/Hettich, Art. 26 BV N. 77, m.H.
2608 Heller/Salzman, S. 241. Meine Übersetzung.
2609 Vgl. hierzu nunmehr BGE 149 I 291.

WEITERE EMPFOHLENE LEKTÜRE

Biaggini Giovanni, OFK-Handkommentar zur Bundesverfassung, 2. Aufl., Zürich 2017, Art. 26 BV.

Dagan Hanoch, A Liberal Theory of Property, Cambridge 2021.

Davies
Margaret, Property – Meanings, histories, theories, London et.al. 2007.

Dubey Jacques, Kommentierung zu Art. 26 BV in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Commentaire Romand de la Constitution fédérale, Basel 2021.

Dubey Jacques, Droits fondamentaux, Volume II, Basel 2018, § 27.

Fisch Jürg, Eigentumsgarantie und die Nichtersatzfähigkeit reiner Vermögensschäden, St.Gallen 2020.

Grey Thomas C., The Disintegration of Property, Nomos 22 (1980), S. 69-85.

Heller Michael/Salzman James, Mine!, London 2021.

Johnson Denise R., Reflections on the Bundle of Rights, Vermont Law Review 32 (2007), S. 247-272.

Kempny Simon, Artikel 14 GG [Eigentum, Erbrecht, Enteignung] in: Frauke Brosius-Gersdorf, Dreier-Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl., 2023

Mahlmann Matthias, Autonomie, Gleichheit und Eigentum, ZSR 140 (2021), S. 377-402

Müller Georg, Privateigentum heute – Vom Sinn des Eigentums und seiner verfassungsrechtlichen Gewährleistung, in: ZSR 100 (1981), S. 4-116.

Pistor Katharina, The code of capital: How the law creates wealth and inequality, Princeton et.al. 2020.

Reich Charles, The New Property, The Yale Law Journal 73 (1964), S. 733-787.

Riva Enrico, Wohlerworbene Rechte – Eigentum – Vertrauen, Bern 2007.

Riva Enrico, Hauptfragen der materiellen Enteignung, Bern 1990.

Saladin Peter, Grundrechte im Wandel, Bern 1970, S. 109-210 und 391-411.

Stepanians Markus, Die Angelsächsische Diskussion: Eigentum zwischen «Ding» und «Bündel», in: Eckl Andreas/Ludwig Bernd (Hrsg.), Was ist Eigentum? München 2005.

Tschannen Pierre/Müller Markus/Kern Markus, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Bern 2022, §§ 63-65.

Vallender Klaus/Hettich Peter, Art. 26 BV in: Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./ Schweizer Rainer J., St. Galler Kommentar zur Bundesverfassung, 4. Aufl., Zürich 2023.

Waldmann Bernhard, Art. 26 BV in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/ Epiney Astrid, Basler Kommentar zur Bundesverfassung, Basel 2015.

Waldron Jeremy, What Is Private Property?, Oxford Journal of Legal Studies 5 (1985), S. 313-349.

LITERATURVERZEICHNIS

Abegg Andreas/Seferovic Goran, Die Ablösung ehehafter Wasserrechte - Zur Umsetzung des Bundesgerichtsentscheids 145 II 140 (Hammer), Umweltrecht in der Praxis 2020, S. 813–848.

Arendt Hannah, On revolution, London 1963.

Arendt Hannah, Vita activa oder Vom tätigen Leben, 19. Aufl., München et.al. 2019 [1958].

Auer Andreas/Malinverni Giorgio/Hottelier Michel, Droit constitutionnel suisse, 3. Aufl., Bern 2013.

Biaggini Giovanni, BV Kommentar: Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017.

Binswanger Hans Christoph, Eigentum und Eigentumspolitik: Ein Beitrag zur Totalrevision der Schweizerischen Bundesverfassung, Zürich 1978.

Calabresi Guido/Melamed Douglas A., Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral, Harvard Law Review 1972, S. 1089–1128.

Caridnaux Blaise, Art. 108 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar zur Bundesverfassung, Basel 2015.

Coase Ronald H., The Problem of Social Cost, The Journal of Law and Economics 1960, S. 1–44.

Dagan Hanoch, A liberal theory of property, Cambridge Mass. et.al. 2021.

Donahue Charles Jr., The Future of the Concept of Property Predicted, Nomos 1980, S. 28–68.

Dubey Jacques, Espace, temps, propriété: Définition et restriction de la propriété privée du sol à l'heure du développement durable et de l'aménagement du territoire, Genf 2012.

Dubey Jacques, Art. 26 BV, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Commentaire Romand de la Constitution fédérale, Basel 2021.

Dubey Jacques/Besson Samantha, Art. 5 BV., in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Commentaire Romand de la Constitution fédérale, Basel 2021.

Dubler Anne-Marie, Eigentum, Historisches Lexikon der Schweiz, https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/008971/2012-08-20/, besucht am 4.4.2025.

Eckert Martin, Digitale Daten als Wirtschaftsgut: digitale Daten als Sache, SJZ 2016, S. 245–249.

Fisch Jürg, Eigentumsgarantie und Nichtersatzfähigkeit reiner Vermögensschäden: Mittelbare Drittwirkung von Art. 26 Abs. 1 BV innerhalb von Art. 41 Abs. 1 OR, St.Gallen 2020.

Flückiger Alexandre, L'autodétermination en matière de données personnelles : un droit (plus si) fondamental à l'ère digitale ou un nouveau droit de propriété?, AJP/PJA 6 (2013), S. 837-864.

Föhse Martin, Bundesgericht, I. öffentlich-rechtliche Abteilung, 29. März 2019, 1C_631/2017; zur Publikation in der amtlichen Sammlung vorgesehen, ZBl 8 (2019), S. 436–447.

Gächter Thomas/Werder Gregori, Art. 12 BV in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar zur Bundesverfassung, Basel 2015.

Girsberger Daniel/Furrer Andreas/Krummenacher Peter, Wirtschaftsrecht, 4. Aufl., Zürich et.al. 2015.

Häberle Peter, Vielfalt der Property Rights und der verfassungsrechtliche Eigentumsbegriff, Archiv des öffentlichen Rechts (AöR) 1984, S. 36–76.

Häfelin Ulrich/Müller Georg/Uhlmann Felix, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zürich et.al. 2020.

Heller Michael/Salzman James, Mine!, From personal space to big data, how the hidden rules of ownership control our lives, London 2021.

Heri Corina, Kommentierung zu Art. 10 BV 2023, in: Schlegel Stefan/Ammann Odile (Hrsg.), Onlinekommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/bv10, besucht am 4.4.2025.

Huber Eugen, Die Erläuterungen von Eugen Huber, Text des Vorentwurfs von 1900: Zweiter Band Sachenrecht und Text des Vorentwurfes vom 15. November 1900 / Vierter Teil. Das Sachenrecht / Erste Abteilung. Das Eigentum., in: Reber Markus/Hurni Christoph (Hrsg.), Die Erläuterungen von Eugen Huber. Text des Vorentwurfs von 1900, Bern 2007, S. 512–536.

Hürlimann Daniel/Zech Herbert: Rechte an Daten, sui generis 2016, https://doi.org/10.21257/sg.27.

Isensee Josef, Vorwort des Herausgebers, in: Isensee Josef (Hrsg.), Eigentum. Schriften zu Eigentumsgrundrecht und Wirtschaftsverfassung 1970-1996, 2. Aufl., Berlin 1998, S. V–XII.

Kapczynski Amy, The Law of Informational Capitalism, The Yale Law Journal 2020, S. 1460–1515.

Karlen Peter, Schweizerisches Verwaltungsrecht, Genf et.al. 2018.

Karlen Peter, Alle historischen Rechte veralten – Zur Ablösungspflicht unbefristeter Wasserrechte nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, Umweltrecht in der Praxis 2020, S. 799–812.

Kessler Coendet Franz, Formelle Enteignung, in: Biaggini Giovanni/Häner Isabelle/Saxer Urs/Schott Markus (Hrsg.), Fachhandbuch Verwaltungsrecht, Expertenwissen für die Praxis, Zürich 2015, 1065–1114.

Kiener Regina/Kälin Walter/Wyttenbach Judith, Grundrechte, 4. Aufl., Bern 2024.

Koller Thomas, Bemerkungen zur Subjektivierung des Vermögensbegriffes im Privatrecht, recht 1994, S. 25–31.

Llanque Marcus, Eigentum in der kritischen Theorie, in: Eckl Andreas/Ludwig Bernd (Hrsg.), Was ist Eigentum? Philosophische Eigentumstheorien von Platon bis Habermas, München 2005, S. 205–216.

Mahlmann Matthias, Autonomie, Gleichheit und Eigentum: Rechtsphilosophische Probleme des Eigentumsbegriffes, Zeitschrift für Schweizerisches Recht 2021, S. 377–402.

Marantelli Adriano, Berner Gedanken zur konfiskatorischen Besteuerung, in: Kunz Peter V./Weber Jonas/Lienhard Andreas/Fargnoli Iole/Kren Kostkiewicz Jolanta (Hrsg.), Berner Gedanken zum Recht: Festgabe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern für den Schweizerischen Juristentag 2014, Bern 2014, S. 247–288.

Meier-Hayoz Arthur, Berner Kommentar: Sachenrecht: 1. Abteilung: Eigentum, 1. Teilband, Systematischer Teil und Art. 641-654, 4. Aufl., Bern 1966.

Mösching Fabian, Kommentierung zu Art. 75b BV 2023, in: Schlegel Stefan/Ammann Odile (Hrsg.), Onlinekommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/bv75b, besucht am 4.4.2025.

Müller Georg, Privateigentum heute: Vom Sinn des Eigentums und seiner verfassungrechtlichen Gewährleistung, Zeitschrift für Schweizerisches Recht 1981, S. 1–116.

Müller Georg, Der Streit um die Eigentumsordnung des Verfassungsentwurfes 1977: Bemerkungen aus staatsrechtlicher Sicht, in: Holzhey Helmut/Kohler Georg (Hrsg.), Eigentum und seine Gründe: Ein philosophischer Beitrag aus Anlaß der schweizerischen Verfassungsdiskussion = La propriété et ses fondements, Bern et.al. 1983, S. 249–266.

Müller Georg, Rechtsstellung von Anstössern an öffentlichen Strassen, recht 1996, S. 218–224.

Müller Jörg Paul/Schefer Markus, Grundrechte in der Schweiz: Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4. Aufl., Bern 2008.

Osterloh-Konrad Christine, Eigentum in der digitalen Gesellschaft: eine rechtsphilosophische Perspektive, Hofmann Franz/Raue Benjamin (Hrsg.), Eigentum in der digitalen Gesellschaft, Tübingen 2023, S. 9–17.

Pistor Katharina, The code of capital: How the law creates wealth and inequality, Princeton et.al. 2020.

Reich Charles A., The New Property, The Yale Law Journal 1964, S. 733–787.

Riva Enrico, Hauptfragen der materiellen Enteignung: Eine Untersuchung zum Tatbestand des entschädigungspflichtigen Eigentumseingriffs im schweizerischen Recht, Bern 1990.

Riva Enrico, Wohlerworbene Rechte – Eigentum – Vertrauen: Dogmatische Grundlagen und Anwendung auf die Restwassersanierungen nach Art. 80 des eidgenössischen Gewässerschutzgesetzes, Bern 2007.

Riva Enrico/Müller-Tschumi Thomas, § 48 Eigentumsgarantie, in: Thürer Daniel/Aubert Jean-François/Müller Jörg Paul (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, S. 765–777.

Sägesser Thomas, Die ehehaften privaten Wassernutzungsrechte an öffentlichen Gewässern, Jusletter 2021.

Saladin Peter, Grundrechte im Wandel: Die Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts zu den Grundrechten in einer sich ändernden Umwelt, Bern 1970.

Schefer Markus, Die Kerngehalte von Grundrechten: Geltung, Dogmatik, inhaltliche Ausgestaltung, Bern 2001.

Schmid Alain/Schmidt Johanna Kirsten/Zech Herbert: Rechte an Daten – zum Stand der Diskussion, sic! 2018, S. 627–639.

Schmid Dominik, Rechtliche Grundlagen der Vermögensverwaltung: Eine Untersuchung zur Bedeutung der Begriffe «Verwaltung» und «Vermögen» im schweizerischen Privatrecht, Bern 2013.

Schreiber Markus, Das Ende der ehehaften Wasserrechte?, AJP/PJA 1 (2020), S. 95–103.

Shklar Judith, The Liberalism of Fear, in: Rosenblum Nancy L. (Hrsg.), Liberalism and the Moral Life, Cambridge, Mass. 1989, S. 21–38.

Stepanians Markus, Die angelsächsische Diskussion: Eigentum zwischen «Ding» und «Bündel», in: Eckl Andreas/Ludwig Bernd (Hrsg.): Was ist Eigentum?: Philosophische Eigentumstheorien von Platon bis Habermas, München 2005.

Strub Dominik, Wohlerworbene Rechte: Insbesondere im Bereich des Elektrizitätsrechts, Freiburg 2001.

Sutter Kaspar/Müller Markus, Historische Rechtspositionen – Fortwirkung oder Untergang?, ZBl 2013, S. 471–490.

Thouvenin Florent, Wem gehören meine Daten? Zu Sinn und Nutzen einer Erweiterung des Eigentumsbegriffs, SJZ 2017, S. 21–32.

Thurnherr Daniela, Bundesgericht, I. öffentlich-rechtliche Abteilung, 7. September 2021, 1C_453/2019 und 1C_271/2021 (Urteilsbesprechung), ZBl 2 (2023), S. 89–102.

Tschannen Pierre/Müller Markus/Kern Markus, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Bern 2022.

Uhlmann Felix, § 37 – Eigentumsgarantie, in: Biaggini Giovanni/Gächter Thomas/Kiener Regina (Hrsg.), Staatsrecht, 3. Aufl., Zürich 2021, S. 528–533.

Vallender Klaus/Hettich Peter, Art. 26 BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur Bundesverfassung, 4. Aufl., Zürich 2023.

Veit Marc D., Die Ordnungsfunktion der Eigentumsgarantie: Eine ökonomische Analyse der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, Bern 1999.

Voigtländer Michael/Bierdel Fabian, Zur Rationalität einer neuen Eigenheimförderung: Gutachten für den ZIA Deutschland, 2017, https://www.iwkoeln.de/studien/michael-voigtlaender-zur-rationalitaet-einer-neuen-eigenheimfoerderung.html, besucht am 4.4.2025.

Waldmann Bernhard, Art. 26 BV in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar zur Bundesverfassung, Basel 2015 (zitiert: 2015a).

Waldmann Bernhard, Materielle Enteignung, in: Biaggini Giovanni/Häner Isabelle/Saxer Urs/Schott Markus (Hrsg.), Fachhandbuch Verwaltungsrecht, Expertenwissen für die Praxis, Zürich 2015, S. 1115–1164 (zitiert: 2015b).

Zimmermann Konrad, Die Besitzstandsgarantie im öffentlichen Recht, Zürich 2023.

MATERIALIENVERZEICHNIS

Amtliches Bulletin des Ständerates 1998, Sonderdruck zur Reform der Bundesverfassung, online abrufbar unter https://www.parlament.ch/de/%C3%BCber-das-parlament/wie-funktioniert-das-parlament/parlamentsrecht/bundesverfassung/bundesverfassung-reform-zusammenfassung, besucht am 5.4.2025.

Amtliches Bulletin des Nationalrates 1998, Sonderdruck zur Reform der Bundesverfassung, online abrufbar unter https://www.parlament.ch/de/%C3%BCber-das-parlament/wie-funktioniert-das-parlament/parlamentsrecht/bundesverfassung/bundesverfassung-reform-zusammenfassung, besucht am 5.4.2025.

Botschaft zum Bundesgesetz über die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz vom 15.9.2017, BBl 2017 6941 ff. online abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2017/2057/de, besucht am 5.4.2025.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 29a BV

Eine Kommentierung von Matthias Kradolfer

ZITIERVORSCHLAG

Matthias Kradolfer, Commentary of art. 29a FC, in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (eds.), Online Commentary of the Swiss Federal Constitution

Kurzzitat: OK-Kradolfer, Art. 29a BV N. XXX.

Art. 29a Rechtsweggarantie

Jede Person hat bei Rechtsstreitigkeiten Anspruch auf Beurteilung durch eine richterliche Behörde. Bund und Kantone können durch Gesetz die richterliche Beurteilung in Ausnahmefällen ausschliessen.

GLIEDERUNG

I. Eigenschaften der Rechtsweggarantie 557
II. Kontexte von Art. 29a BV 559
A. Historische Hintergründe 559
B. Internationale Rechtsweg-, Rechtsmittel- und Rechtsschutzgarantien 565
C. Grundverständnisse des wirksamen judikativen Rechtsschutzes 566
D. Rechtsweggarantie und Rechtsstaat 568
III. Anwendungsbereich der Rechtsweggarantie 570
A. Persönlicher Anwendungsbereich: «Jede Person» 570
B. Sachlicher Anwendungsbereich: «Rechtsstreitigkeit» 571
1. Begriffselemente 571
a. Verfassungsautonome Begriffsbildung 571
b. Begriffselement (1): Rechtsposition 573
c. Begriffselement (2): Individuelle Streitigkeit 575
d. Begriffselement (3): Schützenswert 578
2. Realakte 580
3. Verwaltungsinterne Anordnungen 582
IV. Teilgehalte der Rechtsweggarantie 584
A. Organisatorischer Teilgehalt: Rechtsschutz durch ein Gericht 584
B. Prozeduraler Teilgehalt: Zugang zu einem Gericht 586
C. Finaler Teilgehalt: Wirksamer Rechtsschutz 589
V. Ausnahmen, Einschränkungen und Verzicht 592
A. Akte der Bundesversammlung und des Bundesrates 593
B. Gesetzliche Ausnahmen (Art. 29a Satz 2 BV) 595
C. Einschränkungen 597
D. Verzicht 600
Empfohlene weiterführende Lektüre 601
Literaturverzeichnis 601
Materialienverzeichnis 611

I. EIGENSCHAFTEN DER RECHTSWEGGARANTIE

Die Rechtsweggarantie öffnet in ihrem Anwendungsbereich den Zugang zur Justiz und beinhaltet das verfassungsmässige Recht, die mit einer «Rechtsstreitigkeit» verbundenen Sachverhalts- und Rechtsfragen einem Gericht mit voller Überprüfungsbefugnis zu unterbreiten.[2610] Damit gewährleistet Art. 29a BV in doppelter Hinsicht **qualifizierten Rechtsschutz**. Zum einen muss ein unabhängiges Gericht die Angelegenheit prüfen. Zum anderen soll die judikative Kontrolle alle relevanten Gesichtspunkte einer «Rechtsstreitigkeit» umfassen. Die Rechtsweggarantie lässt jedoch ebenso offen, was eine «Rechtsstreitigkeit» ausmacht (vgl. N. 15 ff.), wie sie zur konkreten Ausgestaltung des gerichtlichen Rechtsschutzes schweigt (vgl. N. 32 ff.). Es ist Aufgabe der Rechtsetzung (vgl. N. 2), aber auch der Rechtsprechung und der Wissenschaft, diese offenen Aspekte der Rechtsweggarantie zu klären. Die vorliegende Kommentierung versucht, Elemente zur Bewältigung dieser Aufgabe aus vier Kontexten von Art. 29a BV zu gewinnen (historischer Kontext [vgl. N. 5 ff.], menschenrechtlicher Kontext [vgl. N. 9 f.], rechtsvergleichender Kontext [vgl. N. 11 f.], verfassungstheoretischer Kontext [vgl. N. 13]). 1

Systematisch zählt die Rechtsweggarantie zu den Verfahrensgrundrechten.[2611] Sie unterscheidet sich aber von anderen prozeduralen Garantien dadurch, dass sie nicht Rechte im Verfahren, sondern das Recht auf ein (gerichtliches) Verfahren verbürgt.[2612] Seine konkrete Gestalt gewinnt dieses Recht auf Gesetzes- und Verordnungsstufe, also durch Bestimmungen über die Gerichtsorganisation, den Verfahrensablauf und die Rechtsmittelvoraussetzungen. Die Rechtsweggarantie ist in diesem Sinn ausgestaltungsbedürftig und bleibt auf die Rechtsetzung angewiesen, um im Rechtsalltag wirksam zu werden.[2613] Zwar geniessen der Gesetz- und 2

2610 BGE 148 I 104 E. 4.1; Bachmann, S. 230; Biaggini, Art. 29a BV N. 2 und 7 f.; Dubey, N. 4143; CR-Grodecki, Art. 29a BV N. 1; SGK-Kley, Art. 29a BV N. 4 f.; Kälin, Rechtsweggarantie, S. 53; Kiener/Kälin/Wyttenbach, § 42 N. 4; Rhinow, S. 195; Rhinow/Schefer/Uebersax, N. 2836; BSK-Waldmann, Art. 29a BV N. 13.

2611 Art. 29, 30 und 31 BV.

2612 CR-Grodecki, Art. 29a BV N. 1; Thurnherr, Verfahrensgrundrechte, N. 2; Uhlmann, Verfahrensgrundrechte, N. 1.

2613 Kölz/Häner/Bertschi, N. 98 f.; Müller/Schefer, S. 911; Rhinow/Koller/Kiss/Thurnherr/Brühl-Moser, N. 416 f.; so schon Botschaft neue Bundesverfassung, S. 523.

Verordnungsgeber einen erheblichen Spielraum in der Ausgestaltung des Rechtsschutzsystems (vgl. N. 32 ff.). Art. 29a BV spannt dafür allerdings einen verbindlichen verfassungsrechtlichen Rahmen auf: **Der gerichtliche Rechtsschutz muss wirksam sein**. Jede Konkretisierung der Rechtsweggarantie durch Gesetz oder Verordnung muss sich daran messen lassen, ob und inwiefern sie zum wirksamen gerichtlichen Rechtsschutz beiträgt.[2614]

3 Als ausgestaltungsbedürftiges Verfahrensgrundrecht weist die Rechtsweggarantie **zwei Dimensionen** auf. Sie räumt einerseits den grundrechtsberechtigten Personen einen justiziablen Anspruch auf qualifizierten und wirksamen Rechtsschutz ein (vgl. N. 1 f.). Andererseits verpflichtet sie in einer objektivrechtlichen Dimension sämtliche Staatsorgane, auf einen für alle Personen zugänglichen, effizienten und effektiven Rechtsschutz hinzuwirken. Sie ist in dieser objektiven Dimension eine Direktive für die Rechtsetzung und leitet die zukünftige Ausgestaltung des Rechtsschutzsystems an (vgl. N. 11 f.). Weiter bildet sie einen Orientierungspunkt für die rechtsanwendenden Behörden, wenn es um die Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe und die Konkretisierung von Generalklauseln geht. Zu denken ist an den vorsorglichen Rechtsschutz, der so zu handhaben ist, dass Art. 29a BV nicht unterlaufen wird (vgl. N. 43), oder den Grundsatz von Treu und Glauben im Prozessrecht.[2615]

4 Nach der Konzeption der Justizreform (vgl. N. 6) setzen die Vorinstanzen des Bundesgerichts die Rechtsweggarantie um. Art. 29a BV bettet sich daher in ein komplexes Geflecht von bundesrechtlichen Vorgaben für den Rechtsschutz

2614 Vgl. Kiss, S. 293; SGK-Kley, Art. 29a BV N. 7; Koller, Rechtsweggarantie, S. 308; Müller, Rechtsweggarantie, S. 169; Rhinow/Koller/Kiss/Thurnherr/Brühl-Moser, N. 433; Schindler, Verwaltungsermessen, N. 408; Biaggini/Uhlmann, N. 20. Vgl. zu Art. 19 Abs. 4 des deutschen Grundgesetzes (GG): BVferGE 107, 395 (408): «Es ist Aufgabe des Gesetzgebers, das Rechtsschutzsystem näher auszuformen und insbesondere die prozessualen Voraussetzungen für Rechtsmittel und Rechtsbehelfe festzulegen. Die Verfahrensordnung ist so auszugestalten, dass effektiver Rechtsschutz für den einzelnen Rechtsuchenden besteht, aber auch Rechtssicherheit hergestellt wird». Das Erfordernis eines wirksamen Rechtsschutzes ist überdies in der Europäischen Menschenrechtskonvention angelegt. Diese beruht auf der Idee eines mehrstufigen Grundrechtsschutzes und verlangt von den Signatarstaaten einen wirksamen innerstaatlichen Rechtsschutz. Erst nach Erschöpfung des innerstaatlichen Rechtsschutzes kann Beschwerde an den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte erhoben werden, EGMR *Sejdovic v. Italy*, 56581/00, 1.3.2006, § 46; EGMR *Apostol v. Georgia*, 40765/02, 28.11.2006, § 35.

durch kantonale Gerichte und erstinstanzliche Bundesgerichte ein. Diese Vorgaben sind für die rechtsanwendenden Behörden «massgebend» im Sinn von Art. 190 BV.[2616] Die Rechtsweggarantie kann in dem Umfang, wie sie bundesrechtlich ausgestaltet wird, keine unmittelbaren Rechtswirkungen entfalten, weil die rechtsanwendenden Behörden nach Art. 190 BV an die Konkretisierungen durch den Bundesgesetzgeber gebunden sind. Daher bezeichnet sie die Lehre als **«hinkendes Grundrecht»**.[2617] Wo sich die nationale Rechtsweggarantie mit Art. 6 Ziff. 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK[2618]) überschneidet, ist indessen der Vorrang der EMRK vor Bundesrecht zu beachten. Eine Verletzung von Art. 6 Ziff. 1 EMRK kann hier trotz Art. 190 BV durch die Justiz festgestellt und behoben werden.[2619]

II. KONTEXTE VON ART. 29A BV

A. Historische Hintergründe

Ein mit Art. 29a BV vergleichbares Grundrecht enthielt weder die erste Bundesverfassung aus dem Jahr 1848 noch jene aus dem Jahr 1874. Art. 113 Abs. 1 Ziff. 3 BV 1874 gewährleistete zwar den Zugang zum Bundesgericht bei Verfassungsverletzungen.[2620] Dadurch war der gerichtliche Rechtsschutz aber nicht allgemein, sondern nur bei bestimmten Rechtsstreitigkeiten sichergestellt. Die Ratifikation der EMRK durch die Schweiz 1974[2621] 5

2615 Tritt eine Behörde auf ein Rechtsmittel nicht ein mit der Begründung, dieses sei rechtsmissbräuchlich erhoben worden, kollidieren der Grundsatz von Treu und Glauben (in Form des Rechtsmissbrauchsverbots) und die Rechtsweggarantie. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts kann sich eine Behörde deshalb nur in offensichtlichen (Ausnahme-)Fällen auf das Rechtsmissbrauchsargument stützen, um auf ein Rechtsmittel nicht einzutreten (BGer 2C_599/2020 vom 24.11.2020 E. 3.4).

2616 BGE 137 I 128 E. 4.3.2; BGer 5A_502/2018 vom 19.12.2018 E. 3.2.1; 2C_127/2018 vom 30.4.2019 E. 3.3.1; Biaggini, Art. 29a BV N. 10; Griffel, Rechtsweggarantie, S. 276; Uhlmann, Principle, S. 312.

2617 Beusch, S. 739; Dubey, N. 4125; Griffel, Rechtsweggarantie, S. 271; SGK-Kley, Art. 29a BV N. 43 f.; BSK-Waldmann, Art. 29a BV N. 7; vgl. auch CR-Grodecki, Art. 29a BV N. 39.

2618 SR 0.101.

2619 BGE 125 II 417 E. 4c (sog. «PKK-Praxis»); bestätigt z.B. mit BGE 136 III 168 E. 3.3.2; BGE 139 I 16 E. 5.1; BGE 142 II 35 E. 3.2.

2620 Botschaft neue Bundesverfassung, S. 503; Kälin, Staatsrechtliche Beschwerde, S. 5; Kley, S. 89 f.; Koller, Rechtsweggarantie, S. 311.

2621 AS 1974 2151.

veränderte diese Ausgangslage grundlegend. Die durch den angloamerikanischen Gedanken des «due process» beeinflusste Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) leitete aus Art. 6 Ziff. 1 EMRK zahlreiche Verfahrensgarantien ab, darunter das Recht auf gerichtlichen Rechtsschutz bei strafrechtlichen Anklagen und Streitigkeiten über zivilrechtliche Ansprüche.[2622] Den Begriff des zivilrechtlichen Anspruchs («civil right») fasst der EGMR autonom und weit. Zahlreiche öffentlich-rechtliche Angelegenheiten fallen darunter, beispielsweise Enteignungssachen und sozialversicherungsrechtliche Streitigkeiten.[2623] Dieser breite Anwendungsbereich von Art. 6 Ziff. 1 EMRK schuf die Grundlage für ein eigentliches «**prozedurales Konventionsverwaltungsrecht**»[2624]. Für die Schweizer Rechtsordnung war das eine Herausforderung. Längst nicht alle Rechtsstreitigkeiten, die nach internationalem Recht durch ein Gericht beurteilt werden mussten, konnten nach nationalem Recht einem Gericht unterbreitet werden (vgl. N. 7).[2625] Um solche Widersprüche zum übergeordneten Recht auszuräumen, schlug der Bundesrat in den 1990er-Jahren die Einführung einer allgemeinen Rechtsweggarantie vor.[2626] Als Vorbilder dienten ihm Art. 6 Ziff. 1 EMRK und die Rechtsweggarantie des deutschen Grundgesetzes (Art. 19 Abs. 4 GG).[2627]

2622 EGMR *Golder v. United Kingdom*, 4451/70, 21.2.1975, § 30 ff.

2623 Ausführlich Herzog, Verwaltungsrechtspflege, S. 10 f. und S. 119 ff.; EMRK-Komm.-Miehsler, Art. 6 EMRK N. 56 ff.; Grabenwarter/Pabel, N. 7 ff. zu § 24; aus der älteren Rechtsprechung: EGMR *Ringeisen v. Austria*, 2614/65, 16.7.1971, § 94; EGMR *König c. Allemagne*, 6232/73, 28.6.1978, § 87 ff.; EGMR *Benthem c. Pays-Bas*, 8848/80, 23.10.1985, § 34 ff.; EGMR *Sporrong and Lönnroth v. Sweden*, 7152/75, 23.9.1982, § 79 ff.

2624 Eberhard Schmidt-Assmann, Deutsches und europäisches Verwaltungsrecht, DVBL 1993, S. 924–936, S. 927.

2625 Haefliger/Schürmann, S. 260 f.; Uhlmann, Principle, S. 304. Die Schweiz hatte bei der Ratifikation der EMRK einen Vorbehalt zu Art. 6 Ziff. 1 EMRK angebracht, welchen der EGMR mit dem Urteil *Belilos* für ungültig erklärte (EGMR *Belilos c. Suisse*, 10328/83, 29.4.1988, § 50 ff.); zu den Auswirkungen dieses Urteils Griffel, Rechtsschutz, N. 17.

2626 Botschaft neue Bundesverfassung, S. 502 ff. und 523 ff. sowie Art. 25a VE 96 Reformbereich Justiz. Dieser Vorschlag hatte mehrere Vorläufer: Der von der Expertenkommission Furgler ausgearbeitete Verfassungsentwurf aus dem Jahr 1977 (VE 1977) sah erstmals eine Rechtsweggarantie auf Verfassungsstufe vor (Art. 20 Abs. 1 VE 1977). Unter dem Titel «Rechtsschutz im Allgemeinen» übernahm eine Modellstudie des Eidgenössischen Justizdepartements (EJPD) vom 30.10.1985 die Formulierung des Entwurfs 1977 (Bericht Totalrevision Bundesverfassung, S. 195). Der bundesrätliche Vorentwurf aus dem Jahr 1995 knüpfte an dieses Vorbild an (vgl. Art. 167 VE 1995; Erläuterungen Verfassungsentwurf [1995], S. 295 f.). Zur Entstehungsgeschichte näher A. Flückiger, S. 31 ff.; Kiss, S. 288 f.; Weber, S. 177 f.

Der bundesrätliche Vorschlag war Teil der **Justizreform**, die ihrerseits in das Vorhaben einer Totalrevision der Bundesverfassung eingebettet war.[2628] Die Justizreform verfolgte vor allem zwei Ziele: die Verbesserung des Rechtsschutzes und die Entlastung des Bundesgerichts.[2629] Diese an sich gegenläufigen Prioritäten sollten durch den Ausbau der gerichtlichen Vorinstanzen des Bundesgerichts – namentlich durch die Errichtung eines neuen Bundesstraf- und Bundesverwaltungsgerichts – erreicht werden.[2630] Die entsprechenden organisatorischen Grundlagen waren Gegenstand der Totalrevision der Bundesrechtspflege.[2631] Die Verflechtungen zwischen der Justizreform und der Totalrevision der Bundesrechtspflege führten in Bezug auf die Rechtsweggarantie zu einem bemerkenswerten Schwebezustand. Die Stimmbürgerinnen und Stimmbürger wie auch die Stände nahmen die Justizreform (und mit ihr die Rechtsweggarantie) zwar in der Volksabstimmung vom 12. März 2000 deutlich an.[2632] Bis zum Abschluss der Totalrevision der Bundesrechtspflege blieb ihre Wirksamkeit aber aufgeschoben. Art. 29a BV trat erst am 1. Januar 2007 zusammen mit dem Bundesgerichtsgesetz (BGG[2633]) und dem Bundesgesetz über das Bundesverwaltungsgericht (VGG[2634]) in Kraft.[2635] Über diesen Zeitpunkt hinaus relativierte zusätzlich eine Übergangsbestimmung des BGG die Rechtsweggarantie.[2636] Erst nach einer zweijährigen Karenzfrist (Art. 130 Abs. 3 BGG), welche den Kantonen

6

2627 Botschaft neue Bundesverfassung, S. 503 und S. 524.

2628 Die Justizreform bildete die sog. «Vorlage C», die zusammen mit dem Projekt der Nachführung der Bundesverfassung («Vorlage A») und der Reform der Volksrechte («Vorlage B») die Totalrevision prägten; dazu Botschaft neue Bundesverfassung, S. 33 ff.; Expertenkommission für die Totalrevision der Bundesrechtspflege, S. 20 f.

2629 Botschaft neue Bundesverfassung, S. 494; dazu Kälin, Rechtsweggarantie, S. 52; Koller, Bundesrechtspflege, S. 59 ff.; Rhinow, S. 192 f.

2630 Kiss, S. 289 f.; vgl. Botschaft neue Bundesverfassung, S. 496 f.

2631 1993 beauftragte das Eidgenössische Justizdepartement (EJPD) eine Expertenkommission zur Vorbereitung einer umfassenden Reform der Bundesrechtspflege, die im Juni 1997 ihren Schlussbericht vorlegte (Expertenkommission für die Totalrevision der Bundesrechtspflege, S. 8 f.). Zum Verhältnis der Justizreform zur Totalrevision der Bundesrechtspflege: Expertenkommission für die Totalrevision der Bundesrechtspflege, S. 20 («Verhältnis der Ergänzung»); Botschaft Totalrevision der Bundesrechtspflege, S. 4220 f.

2632 BBl 2000 2990 f.

2633 SR 173.110.

2634 SR 173.32.

2635 AS 2006 1059; AS 2006 1069.

2636 Vgl. beispielsweise die BGer-Urteile 2C_64/2007 vom 29.3.2007 E. 3.1; 2D_138/2007 vom 21.2.2008 E. 2.1; 1C_365/2008 vom 8.10.2008 E. 2.

die Zeit für die Anpassung ihrer Gerichtsorganisation verschaffen sollte, wurde Art. 29a BV zu einem justiziablen Verfahrensgrundrecht.[2637] Im Rückblick erweist sich die Charakterisierung der Rechtsweggarantie als **«Grundrecht auf Raten»**[2638] demnach als überaus treffend.

7 Im Zivil- und Strafrecht war der gerichtliche Rechtsschutz bereits vor Inkrafttreten der Rechtsweggarantie weitgehend sichergestellt.[2639] **Die gewichtigsten Auswirkungen zeitigte Art. 29a BV im öffentlichen Recht**. Die Umsetzung der Rechtsweggarantie schloss einen Entwicklungsprozess ab, der den Wechsel vom Modell einer primär verwaltungsintern ausgeübten Rechtspflege zum Modell der Verwaltungsgerichtsbarkeit mit sich brachte.[2640] Grob lassen sich drei Etappen in dieser Entwicklung erkennen:

- Zu Beginn des 20. Jahrhunderts war die verwaltungsinterne Rechtspflege die «dominierende Form»[2641] des Rechtsschutzes in öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten. Auf kantonaler Ebene führte der Rechtsweg in der Regel, allenfalls über ein verwaltungsinternes Beschwerde- oder Rekursverfahren, an den Regierungsrat (Exekutive).[2642] Auf Bundesebene bestand seit Erlass des Verwaltungs- und Disziplinarrechtspflegegesetzes (VDG, in Kraft getreten am 1. März 1929) ein auf wenige Materien verengter Zugang zum Bundesgericht.[2643] In vielen Angelegenheiten des

2637 Kölz/Häner/Bertschi, N. 180; Rhinow/Koller/Kiss/Thurnherr/Brühl-Moser, N. 453; BSK-Waldmann, Art. 29a BV N. 2; kritisch Gächter, S. 32 f.

2638 Gächter, S. 31.

2639 Tophinke, S. 89.

2640 Zur entwicklungsgeschichtlichen Einordnung der Rechtsweggarantie auch Griffel, Rechtsschutz, N. 16 ff.; Thurnherr, Verfahrensgrundrechte, N. 12 f.; Marti, S. 524; Moor/Poltier, S. 637 f.

2641 Imboden, S. 32a (bezogen auf die Deutschschweiz; für die französischsprachige Schweiz Zwahlen, S. 110a ff.)

2642 Vgl. Leonhard Jenny, Die Verwaltungsrechtspflege in der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Glarus 1910, S. 28 ff.

2643 Schindler, Verwaltungsermessen, N. 163; vgl. dazu die Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Beschlussentwurf betreffend Aufzählung von Kompetenzen des Verwaltungsgerichts vom 27.3.1925, BBl 1925 II 301–340.

öffentlichen Bundesrechts blieb der Bundesrat die letzte Rechtsmittelinstanz.[2644]

- Ein Teil der deutschsprachigen Verwaltungsrechtslehre stand diesem Rechtszustand kritisch gegenüber. Fritz Fleiner (1867–1937) urteilte mit deutlichen Worten: «Der Bürger, der sich über Missgriff und Willkür der Verwaltungsbehörden (...) beklagen will, findet zur Stunde nur einen sehr unvollkommenen Rechtsschutz»[2645]. Das von Fleiner artikulierte Unbehagen gegenüber einer verwaltungsinternen Rechtspflege steht in der Tradition einer bereits im 19. Jahrhundert polemisch geführten Auseinandersetzung über die «richtige» Kontrolle der Verwaltungstätigkeit.[2646] Während die verwaltungsinterne Rechtspflege im Verdacht stand, nicht unabhängig zu sein,[2647] galt die Verwaltungsgerichtsbarkeit als «Krönung des Rechtsstaats»[2648] oder als «Schlussstein» in dessen «Gewölbe»[2649]. Nach dem Zweiten Weltkrieg versachlichte sich diese Diskussion allmählich und in der Lehre wuchs das Bewusstsein für die rechtsstaatliche Bedeutung der verwaltungsinternen Rechtspflege.[2650] Auf dem Schweizerischen Juristentag 1947 wiesen Max Imboden (1915–1969) und Henri Zwahlen (1911–1974) insbesondere auf den Zusammenhang

---

2644 Vgl. Wilhelm Birchmeier, Handbuch des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege, Zürich 1950, S. 416 f. und S. 479 ff.

2645 Fritz Fleiner, Eidgenössische Verwaltungsgerichtsbarkeit, NZZ vom 26.5.1921, Nr. 764 (nicht paginiert).

2646 Zu diesen historischen Diskussionen näher Thomas Würtenberger, Kontrolle von Verwaltungshandeln ab 1806: Justizstaat versus Administrativjustiz, in: Karl-Peter Sommermann/Bert Schaffarzik (Hrsg.), Handbuch der Geschichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland und Europa, Heidelberg 2019, S. 31–50, S. 38–42; Regina Ogorek, Richterkönig oder Subsumtionsautomat? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert, in: Regina Ogorek, Aufklärung über Justiz, Zweiter Halbband, Frankfurt am Main 2008, S. 280–337; für die Schweiz Matthias Kradolfer, Justitias «Emancipation» – Zur Unabhängigkeit der Justiz in der schweizerischen Eidgenossenschaft 1798–1848, Zürich et al. 2011, S. 237–241 sowie S. 264–270.

2647 Vgl. Paul Speiser, Die Verwaltungsrechtspflege in den Kantonen, ZSR 8 (1889) II, S. 539–561, S. 545.

2648 Fleiner, S. 40; ähnlich Giacometti, S. 489 (die Verwaltungsgerichtsbarkeit als die «rechtsstaatlich vollendetest[e] Organisationsform» des Rechtsschutzes).

2649 Richard Thoma, Über die Grundrechte im Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, in: Hermann Wandersleb/Erich Traumann (Hrsg.), Recht, Staat, Wirtschaft, Dritter Band, Düsseldorf 1951, S. 9–19, S. 9.

2650 Schindler, Verwaltungsgerichtsbarkeit, N. 15.

zwischen dem demokratischen Staatsaufbau der Schweiz und dem Modell der verwaltungsinternen Rechtspflege hin.[2651]

- Zunächst in den Kantonen,[2652] dann ab den 1960er Jahren auch auf Bundesebene[2653] setzte sich der Rechtsschutz durch Gerichte in Verwaltungsstreitigkeiten allmählich durch. Die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte beruhte entweder auf einer Generalklausel mit Ausnahmekatalog oder einer enumerativen Aufzählung der anfechtbaren Streitsachen.[2654] Wo der breite Anwendungsbereich der Garantien der EMRK (vgl. N. 5) diese Zuständigkeiten überlagerte, wurden Rechtsschutzlücken im Schweizer Recht sicht- und spürbar. Erst die Umsetzung von Art. 29a BV (vgl. N. 6) entschärfte diese Rechtsschutzprobleme durch eine praktisch flächendeckende gerichtliche Kontrolle.

8 Dass sich mit der Rechtsweggarantie die gerichtliche Kontrolle der Verwaltungstätigkeit weitgehend durchsetzte, kann dazu verleiten, **Rechtsschutz mit gerichtlichem Rechtsschutz gleichzusetzen**.[2655] Gerade im Verwaltungsrecht stösst die praktische Umsetzung des gerichtlichen Rechtsschutzes aber an Grenzen. In sehr technischen Belangen verfügen die Vorinstanzen der Verwaltungsgerichte über einen Wissensvorsprung, der eine volle Rechtskontrolle erschwert (vgl. N 41 f.). Die Tradition der verwaltungsinternen Rechtspflege in der Schweiz verdeutlicht, dass umfassend verstandener Rechtsschutz bereits auf den einem Gerichtsverfahren vorgelagerten Stufen anzusetzen hat.[2656] Das Verwaltungsverfahren, ein allfälliges verwaltungsinternes Rechtsmittelverfahren und die anschliessende Rechtskontrolle durch die Justiz sollten je als ein Element eines ganzheitlich verstandenen

2651 Imboden, S. 33a f.; Zwahlen, S. 134a.

2652 Vgl. Herzog, Auswirkungen, S. 56; Schindler, Verwaltungsgerichtsbarkeit, N. 15 f.

2653 Auf Bundesebene löste die «Mirage-Affäre» (1964) unter anderem zwei Gesetzgebungsprojekte aus, welche das öffentliche Verfahrensrecht deutlich umgestalteten: Die Kodifikation des Verwaltungsverfahrens und die Einführung einer beschränkten Generalklausel zugunsten des Bundesgerichts, vgl. dazu Botschaft VwVG, S. 1359 ff.; Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über den Ausbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit im Bunde vom 24.9.1965, BBl 1965 II 1265–1347, S. 1300 ff.

2654 Gygi, S. 103 ff.; Marti, S. 516 f.; Herzog, Verwaltungsrechtspflege, S. 380 ff.; Kley, S. 7 ff., je m.w.H.

2655 Davor warnt mit Recht Schmidt-Assmann, S. 213.

Rechtsschutzsystems betrachtet werden.[2657] Dementsprechend ist die Wirksamkeit der von Art. 29a BV geforderten judikativen Kontrolle mit Blick auf den gesamten Instanzenzug und nicht isoliert für das gerichtliche Verfahren zu beurteilen (vgl. N. 41 f.).

B. Internationale Rechtsweg-, Rechtsmittel- und Rechtsschutzgarantien

Wirksamer Rechtsschutz ist ein Grundanliegen des internationalen Menschenrechtsschutzes.[2658] Mehrere von der Schweiz ratifizierte **völkerrechtliche Vertragswerke** verankern denn auch in der einen oder anderen Form einen entsprechenden Anspruch. Mit Art. 29a BV vergleichbare Rechtsweggarantien finden sich in Art. 14 Abs. 1 UNO-Pakt II[2659] und Art. 6 Ziff. 1 EMRK.[2660] Weiter gehen die Rechtsmittelgarantien von Art. 5 Ziff. 4 EMRK und Art. 9 Ziff. 4 UNO-Pakt II, die einer festgenommenen Person das Recht gewährleisten, die Festnahme innert kurzer Frist durch ein Gericht überprüfen zu lassen.[2661] Ausserhalb des sachlichen Anwendungsbereichs dieser völkerrechtlichen Rechtsweg- und Rechtsmittelgarantien bleibt die allgemeine Rechtsschutzgarantie von Art. 13 EMRK zu beachten. Diese verpflichtet die Konventionsstaaten dazu, eine Beschwerdemöglichkeit gegen Eingriffe in Konventionsrechte vorzusehen. Es genügt, wenn eine Verwaltungsbehörde diesen Rechtsschutz sicherstellt.[2662] 9

Wenn sich der sachliche Anwendungsbereich einer dieser internationalen Garantien mit jenem von Art. 29a BV deckt, sind beide Verfahrensgrundrechte 10

2656 Vgl. BGE 130 I 388 E. 4: «Das Bundesgericht hat vielmehr festgehalten, dass nach schweizerischer Auffassung und Tradition zum Rechtsschutz sowohl der verwaltungsinterne wie auch der gerichtliche Rechtsschutz gehörten und dass beide zusammen betrachtet werden müssten; der Begriff des Rechtsschutzes stelle kein Synonym für Gerichtsschutz dar».

2657 Schindler, Verwaltungsermessen, N. 411 f.; Dike-Komm.-Schindler, Einleitung N. 23; vgl. auch Müller, Rechtsweggarantie, S. 178; Uhlmann, Kontrolle, S. 488 f.

2658 Art. 8 der Allgemeinen Menschenrechtserklärung (A/RES/217): «Toute personne a droit à un recours effectif devant les juridictions nationales compétentes contre les actes violant les droits fondamentaux qui lui sont reconnus par la constitution ou par la loi».

2659 SR 0.103.2

2660 Hangartner, S. 132 f.; Müller/Schefer, S. 908; Rhinow/Koller/Kiss/Thurnherr/Brühl-Moser, N. 410.

2661 Müller/Schefer, S. 910; Rhinow/Koller/Kiss/Thurnherr/Brühl-Moser, N. 411.

2662 BGE 147 I 280 E. 7; BGE 138 I 6 E. 6; BGE 131 I 455 E. 1.2.5; Boillat/O'Flaherty, S. 21 f.

anwendbar und der Rechtsschutz muss den Anforderungen des nationalen wie des internationalen Rechts entsprechen. Die praktisch bedeutsamsten Überschneidungen bestehen mit Art. 6 Ziff. 1 EMRK (vgl. zum Rangverhältnis bereits N. 4). Eine strafrechtliche Anklage oder eine zivilrechtliche Streitigkeit im Sinn von Art. 6 Ziff. 1 EMRK dürfte in der Regel auch eine «Rechtsstreitigkeit» nach Art. 29a BV begründen (vgl. N. 18 ff.). Der Konnex der beiden Rechtsweggarantien lässt sich entstehungsgeschichtlich erklären: Die Rechtsprechung des EGMR zu Art. 6 Ziff. 1 EMRK war zum einen ein wesentlicher Innovationsfaktor für das Schweizer Verfahrensrecht, zum anderen ist die nationale Rechtsweggarantie Art. 6 Ziff. 1 EMRK nachgebildet (vgl. N. 5). Dieser entstehungsgeschichtliche Zusammenhang legt eine **harmonisierende Auslegung von Art. 29a BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK** nahe. Wo die nationale Rechtsweggarantie eine Auslegungsfrage aufwirft, sollte die Rechtsprechung des EGMR zu Art. 6 Ziff. 1 EMRK konsultiert werden.[2663]

C. Grundverständnisse des wirksamen judikativen Rechtsschutzes

11 Die Ausgestaltung des gerichtlichen Rechtsschutzes bewegt sich zwischen verschiedenen Zielgrössen. Auf eine Kurzformel gebracht soll die Justiz schnell, mit wenig Aufwand und fair eine individuelle Rechtsposition schützen sowie das objektive Recht verwirklichen. Kaum ein Gericht kann allen diesen Anforderungen in jedem Fall gerecht werden, zumal zwischen ihnen Konflikte bestehen. Ein schnelles Verfahren birgt beispielsweise das Risiko von Fehlurteilen, und ein aus Sicht der Parteien faires Ergebnis ist nicht zwingend objektiv richtig. Solche Zielkonflikte verdeutlichen, dass die Einrichtung eines Rechtsschutzsystems als «Optimierungs- und Verteilungsproblem»[2664] zu verstehen ist. In rechtsvergleichender Perspektive sind dabei zwei typische Grundausrichtungen erkennbar: Der Rechtsschutz kann schwerpunktmässig auf den Schutz individueller Rechtspositionen oder auf die Durchsetzung des objektiven Rechts angelegt sein. So beruht das deutsche Recht auf einer

2663 Ähnlich Dubey, N. 4121; Griffel, Rechtsschutz, N. 21; Ders., Rechtsweggarantie, S. 276 f.; Kayser, Zugang, N. 41; Kiener/Rütsche/Kuhn, N. 199; Keller, N. 4 und 10; BSK-Waldmann, Art. 29a BV N. 7; Ders., Justizreform, S. 749; Thurnherr, Verfahrensgrundrechte, N. 10 f.

2664 Christoph Rohner, Probleme des Rechtsschutzes, ZBl 1991, S. 477–494, S. 480; für das Verwaltungsverfahrensrecht Dike-Komm.-Schindler, Einleitung N. 28; vgl. auch BVerfGE 116, 135 (154).

Grundentscheidung zugunsten des Individualrechtsschutzes. Nach Art. 19 Abs. 4 GG steht der Gerichtsweg offen gegen die Verletzung subjektiver Rechte. Das französische Recht hingegen räumt der Verwirklichung des objektiven Rechts einen hohen Stellenwert ein und ermöglicht mit dem «recours pour excès de pouvoir» auch die Anfechtung eines Rechtsaktes wegen Missachtung des Legalitätsprinzips.[2665] Die Schweizer Rechtsordnung lässt keine dezidierte Systementscheidung für oder gegen einen der beiden Grundtypen erkennen. Sie präsentiert sich als **«Mischordnung»**, die subjektivierten und objektivierten Rechtsschutz kombiniert.[2666] Vor diesem Hintergrund erscheint es ergiebiger, nicht nationale Eigenheiten zu vergleichen, sondern Vor- bzw. Grundverständnisse des wirksamen Rechtsschutzes. In der internationalen Diskussion sind zwei davon erkennbar, deren Gegenüberstellung eine genauere Vorstellung dessen vermittelt, was wirksamen Rechtsschutz im Schweizer Verfassungsrecht auszeichnet.

Nach dem **kontinentaleuropäischen Grundverständnis** hängt die Wirksamkeit des (gerichtlichen) Rechtsschutzes von einer Reihe organisatorischer Faktoren ab: Welche Behörde gewährt ihn? Wie sind die Klage- und Rechtsmittelvoraussetzungen ausgestaltet? Welche Rügen können vorgebracht werden? Wie intensiv fällt die Kontrolle durch den angerufenen 12

2665 Vgl. für das deutsche Recht Friedrich Schoch, Gerichtliche Verwaltungskontrolle, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Assmann/Andreas Vosskuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band III, 2. Aufl., München 2013, S. 747–1047, N. 4 f.; für das französische Recht Thibaut Berranger et al., Droit public général, 8. Aufl., Paris 2020, N. 1874 f. und N. 1890; in komparatistischer Perspektive Kayser, Zugang, N. 96–99.

2666 Der ausgeprägt föderalistische Staatsaufbau der Schweiz trägt zu dieser Qualifikation bei. So steht den Gemeinden gestützt auf die Gemeindeautonomie ein relativ weitgehendes Beschwerderecht zu (z.B. BGE 141 I 36 E. 5.3 f., vgl. auch die Hinweise in Fussnote 72). Der dezentrale Vollzug von öffentlichem Bundesrecht wird sodann vielfach durch ein Beschwerderecht von Bundesbehörden flankiert (z.B. Art. 48 Abs. 4 der Raumplanungsverordnung [RPV, SR 700.1]; Art. 62 Abs. 1bis des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts [ATSG, SR 830.11] in Verbindung mit einem Ausführungserlass [aus der Praxis z.B. BGE 141 V 191 E. 1]). Schliesslich erfüllte die frühere staatsrechtliche Beschwerde eine ausgesprochen föderalistische Funktion. Über dieses Rechtsmittel konnte das Bundesgericht einen bundesrechtlichen Verfassungsstandard gegenüber den Kantonen durchsetzen. So lässt sich erklären, weshalb beispielsweise die derogatorische Kraft des Bundesrechts ein verfassungsmässiges Individualrecht darstellt; vgl. zur föderalistischen Funktion der staatsrechtlichen Beschwerde Kälin, Staatsrechtliche Beschwerde, S. 7 f.; zur «Subjektivierung» der derogatorischen Kraft des Bundesrechts Giovanni Biaggini, Theorie und Praxis des Verwaltungsrechts im Bundesstaat, Basel et al. 1996, S. 217.

Spruchkörper aus?[2667] Hinzu kommt der Zeitfaktor: Rechtsschutz ist nur dann wirksam, wenn er innert nützlicher Frist erlangt werden kann.[2668] Die Rechtsweggarantie von Art. 29a BV und die dazu ergangene Rechtsprechung beruhen stillschweigend auf diesem vergleichsweisen formalen Verständnis, das sich überdies in der Praxis des EGMR abzeichnet (näher N. 32 ff). Demgegenüber umfasst das **angloamerikanische Grundverständnis** nicht nur «technische» Aspekte des Rechtsschutzes. Dieser soll vielmehr Ergebnisgleichheit gewährleisten. Die Judikative ist aufgefordert, wirtschaftliche Machtgefälle auszugleichen, strukturelle Benachteiligungen vulnerabler Gruppierungen zu verhindern und für soziale Gerechtigkeit zu sorgen.[2669] Für das Schweizer Verfassungsrecht dürfte dieses materielle Problemverständnis insofern zu weit sein, als aus Art. 29a BV kein subjektiver Anspruch auf Ergebnisgleichheit im gerichtlichen Verfahren abgeleitet werden kann.[2670] Die mit dem angloamerikanischen Verständnis verbundenen Problemfacetten sind stattdessen der objektiven Dimension der Rechtsweggarantie (vgl. N. 3) zuzuordnen. Art. 29a BV hält die Rechtsetzung dazu an, auf einen für jede Person einfach zugänglichen, effektiven und effizienten Rechtsschutz hinzuwirken. Materielle Zugangsbarrieren, die sich in Formvorschriften, sprachlichen Verständigungsschwierigkeiten und Informationsdefiziten manifestieren können, sind kurz- und mittelfristig durch geeignete legislative Massnahmen auszuräumen.[2671]

D. Rechtsweggarantie und Rechtsstaat

13 Art. 29a BV markiert einen Kristallisationspunkt des schweizerischen Rechtsstaatsprinzips, denn gerichtlicher Rechtsschutz und Rechtsstaat bedingen sich gegenseitig. Der Zugang zu einem unabhängigen Gericht bildet im Rechtsstaat die Kehrseite des staatlichen Gewalt- und

2667 Kayser, Zugang, N. 64 f.; Rule of Law Checklist der Venedig-Kommission (CDL-AD[2016]007-e), Ziff. 99–103; für die Bundesrechtspflege Biaggini/Uhlmann, N. 21, 30 sowie 47 ff.

2668 Meyer, N. 18; Dike-Komm.-Schindler, Einleitung N. 26.

2669 Rhode, S. 5 ff.; Storskrubb/Ziller, S. 188 ff.; in dieser Tradition steht die Entwicklungsagenda der Vereinten Nationen «Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development» vom 25.9.2015 (A/RES/70/1), N. 35; vgl. auch Stefanovic, N. 15–18.

2670 Kiener, Zugang zur Justiz, S. 20 f., 35 und 42 f.; Kayser, Zugang, N. 3; zu Art. 13 EMRK: EGMR *McFarlane v. Ireland*, 31333/06, 10.9.2010, § 114 («reasonable prospects of success»).

2671 Dubey, N. 4110 ff.; Kiener, Zugang zur Justiz, S. 35; Müller/Schefer, S. 911; BSK-Waldmann, Art. 29a BV N. 4.

Rechtsetzungsmonopols.[2672] Zugänglichkeit, Unabhängigkeit und Wirksamkeit der gerichtlichen Kontrolle sind deshalb wichtige Indikatoren der Rechtsstaatlichkeit.[2673] Dabei steht die Rechtsweggarantie zunächst im Dienst des **Individualrechtsschutzes**. Darüber hinaus erfüllen Gerichte im Schweizer Verfassungsrecht **drei rechtsstaatliche Funktionen**, die über die Klärung bilateraler Rechtsstreitigkeiten hinausreichen (vgl. zum Schweizer «Mischsystem» bereits N. 11). Die Justiz stellt zum Ersten die Verwirklichung des objektiven Rechts sicher. Im Unterschied zur Exekutive und Legislative hat sie ihre Entscheidungen ausschliesslich am geltenden Recht auszurichten und bietet deshalb Gewähr für die neutrale Umsetzung von Verfassungs-, Gesetzes- und Verordnungsrecht.[2674] Zum Zweiten fällt den Gerichten die Aufgabe zu, das geltende Recht fortzubilden und an die Bedürfnisse des Rechtsalltags anzupassen. In der Gerichtspraxis entsteht so ein eigentliches «Rechtsanwendungsrecht», das die Rechtsordnung flexibler macht.[2675] Zum Dritten gewährleistet die Judikative dank ihrer verfassungsrechtlich garantierten Unabhängigkeit «checks and balances» im Verhältnis zu anderen Staatsorganen. Durch ihre Entscheidungen vermag sie im Rahmen des geltenden Rechts rechtsstaatlich problematische Entwicklungen zu korrigieren und dort eine «nachholende Interessenberücksichtigung»[2676] vorzunehmen, wo die Rechtsetzung einen Interessengegensatz nicht oder zu generell austarierte. Diese drei rechtsstaatlichen Funktionen der Justiz sollten für die Auslegung von Art. 29a BV ebenso wegleitend sein wie der Individualrechtsschutz. Die Rechtsweggarantie ist so zu konkretisieren, dass

---

2672 Zur Legitimation des Staats durch Individualrechtsschutz Christoph Möllers, Gewaltengliederung, Legitimation und Dogmatik im nationalen und internationalen Rechtsvergleich, Habil. Heidelberg, Tübingen 2005, S. 45; vgl. auch Kiener, Zugang zur Justiz, S. 19 f.; Boller, S. 340 f.; Müller/Schefer, S. 911. Auch Demokratie und Rechtsschutz stehen in einem Wechselverhältnis; für eine demokratietheoretische Begründung des gerichtlichen Rechtsschutzes Hans Kelsen, Foundations of democracy, in: Hans Kelsen, Verteidigung der Demokratie (herausgegeben von Matthias Jestaedt/Oliver Lepsius), Tübingen 2006, S. 248–385, S. 288 f.

2673 Regina Kiener, «Erst die Gerichte, der Rest folgt nach», ZSR 2022 I, S. 515–533, S. 520; vgl. dazu auch die Rule of Law Checklist der Venedig-Kommission (CDL-AD[2016]007-e), Ziff. 74 ff.

2674 Vgl. Giovanni Biaggini, Rechtsprechung, in: Daniel Thürer/Jean-François Aubert/Jörg Paul Müller, Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich et al. 2001, S. 1153–1165, N. 12 zu § 73.

2675 Vgl. Julia Hänni, Zur Tragweite des Case Law in der schweizerischen Verfassungsrechtsprechung, ZSR 2022 I, S. 51–75, passim.

2676 Pierre Tschannen, Stimmrecht und politische Verständigung. Beiträge zu einem erneuerten Verständnis von direkter Demokratie, Habil. Bern, Basel 1994, N. 784.

die Judikative ihre Funktionen im demokratischen Rechtsstaat auch wahrnehmen kann. Ein Grundrechtsverständnis, das ausschliesslich den Individualrechtsschutz vor Augen hat, wäre demgegenüber zu eng (vgl. N. 14, N. 16, N. 55).

III. ANWENDUNGSBEREICH DER RECHTSWEGGARANTIE

A. Persönlicher Anwendungsbereich: «Jede Person»

14 Natürliche und juristische Personen des Privatrechts können sich ohne weiteres auf Art. 29a BV berufen.[2677] Überdies kommen Träger von staatlichen Aufgaben in den Genuss der Rechtsweggarantie, wenn sie nicht hoheitlich handeln, sich auf dem Boden des Privatrechts bewegen und durch den angefochtenen Akt wie eine Privatperson betroffen sind.[2678] Durch die höchstrichterliche Rechtsprechung nicht geklärt und in der Lehre umstritten ist, ob sich **juristische Personen des öffentlichen Rechts**, **staatliche Behörden und Gemeinden im hoheitlichen Bereich** auf die Rechtsweggarantie berufen können.[2679] Ein Teil der Lehre will den persönlichen Anwendungsbereich auf Privatpersonen beschränken und erachtet Träger von staatlichen Aufgaben im hoheitlichen Bereich, soweit sie nicht selbst wie eine Privatperson betroffen sind, nicht als grundrechtsberechtigt.[2680] Mit Blick auf die rechtsstaatlichen Funktionen der Justiz (vgl. N. 13) erweist sich diese Interpretation als zu restriktiv. Zur Durchsetzung des objektiven Rechts sollten sich auch juristische Personen des öffentlichen Rechts, staatliche Behörden und Gemeinden im Bereich des hoheitlichen Handelns auf Art. 29a BV berufen können.[2681]

2677 BGE 137 II 409 E. 4.2; SGK-Kley, Art. 29a BV N. 14; Tophinke, S. 89.

2678 Vgl. BGE 134 II 45 E. 2.2.1; BGE 133 II 400 E. 2.4.2; Biaggini, Art. 29a BV N. 5; in diesem Sinn auch Dubey, N. 4128; CR-Grodecki, Art. 29a BV N. 17; Uhlmann, Verfahrensgrundrechte, N. 8; BSK-Waldmann, Art. 29a BV N. 9.

2679 Für die Grundrechtsträgerschaft sprechen sich aus: Dubey, N. 4128; CR-Grodecki, Art. 29a BV N. 17; Uhlmann, Verfahrensgrundrechte, N. 8; BSK-Waldmann, Art. 29a BV N. 9. Die Frage wurde offengelassen in BGer 2C_127/2018 vom 30.4.2019 E. 3.3.1; BGer 2C_977/2018 vom 14.1.2019 E. 8.1.

2680 Griffel, Rechtsschutz, N. 6; Kälin, Rechtsweggarantie, S. 53.

B. Sachlicher Anwendungsbereich: «Rechtsstreitigkeit»

1. Begriffselemente

a. Verfassungsautonome Begriffsbildung

Der sachliche Anwendungsbereich der Rechtsweggarantie knüpft an den **Begriff der «Rechtsstreitigkeit»** («cause», «controversie giuridiche») an. Was ist darunter zu verstehen? Ein Votum des ständerätlichen Kommissionsberichterstatters im Parlament und ein Arbeitspapier der Subkommission der Totalrevision der Bundesrechtspflege deuten darauf hin, dass dieser unbestimmte Verfassungsbegriff gestützt auf die Prozessgesetze zu interpretieren ist.[2682] Art. 29a BV würde sich demgemäss auf staatliche Akte beziehen, die nach dem jeweiligen Verfahrensrecht auch anfechtbar sind. Die «Rechtsstreitigkeit» wäre mit anderen Worten in Anlehnung an das Anfechtungsobjekt zu konkretisieren, was ein Teil der Lehre befürwortet.[2683] Die Rechtsprechung des Bundesgerichts und ihr folgend ein anderer Teil der Lehre verstehen den Begriff der «Rechtsstreitigkeit» jedoch verfassungsautonom. Die prozessrechtliche Qualifikation des Anfechtungsobjekts bleibt nach der höchstrichterlichen Praxis ohne Bedeutung für den sachlichen Anwendungsbereich von Art. 29a BV.[2684] 15

2681 Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Art. 89 Abs. 1 BGG, die über den Grundsatz der Verfahrenseinheit (Art. 111 Abs. 1 BGG) auf das kantonale Verfahren ausstrahlt, gesteht dem Gemeinwesen die Beschwerdelegitimation zu, wenn es qualifiziert in öffentlichen Interessen betroffen ist (BGE 141 II 161 E. 2.1); das ist etwa der Fall, wenn die Zuständigkeit für die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe umstritten ist (BGer 1C_77/2022 vom 18.8.2022 E. 4.3). Dank dieser Rechtsprechung ist das Gemeinwesen in gewissen Streitigkeiten im hoheitlichen Bereich bereits heute befugt, Beschwerde zu führen. Die Ausdehnung des persönlichen Anwendungsbereichs von Art. 29a BV würde also keinen Paradigmenwechsel mit sich bringen.

2682 AB 1998 SR S. 257 (Votum Ständerat Wicki, wonach nicht jedes faktische Handeln der Behörden oder der Verwaltung Gegenstand gerichtlicher Beurteilung bilden könne). Müller, Grenzsituationen, S. 310 Fn. 75, weist ferner auf den Entwurf eines Arbeitspapiers 1 der Subkommission der Totalrevision der Bundesrechtspflege vom 23.9.1994 hin.

2683 Müller, Rechtsweggarantie, S. 173; Ders., Grenzsituationen, S. 310 f.; in diesem Sinn auch die ältere Lehre zu Art. 29a BV: Beusch, S. 735; Kälin, Rechtsweggarantie, S. 56; Kiss, S. 292; Tophinke, S. 92.

2684 Vgl. BGE 144 I 181 E. 5.3.2.1; BGE 144 II 233 E. 4.4; BGE 143 I 336 E. 4.1; BGE 140 II 315 E. 4.4; Bachmann, S. 220; Dubey, N. 4136 ff.; Jordan/Grodecki, S. 435; CR-Grodecki, Art. 29a BV N. 19; BSK-Waldmann, Art. 29a BV N. 11; Kiener/Kälin/Wyttenbach, § 42 N. 5; Müller/Schefer, S. 913; Rhinow/Schefer/Uebersax, N. 2839b.

16 Dieses **verfassungsautonome Verständnis** der «Rechtsstreitigkeit» ist einer am Prozessrecht orientierten Auslegung aus drei Gründen vorzuziehen. Erstens sind Art. 29a BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK entstehungsgeschichtlich miteinander verknüpft. Bei Zweifelsfragen rund um die Rechtsweggarantie empfiehlt es sich deshalb, die Praxis des EGMR zu konsultieren (vgl. N. 10). Dieser legt Art. 6 Ziff. 1 EMRK losgelöst von den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten aus (vgl. N. 5), was dafür spricht, auch Art. 29a BV in diesem Sinn autonom zu begreifen. Zweitens schafft der Zugang zur Justiz im demokratischen Rechtsstaat ein wichtiges Gegengewicht zu anderen Staatsorganen (vgl. N. 13). Ein verfassungsautonomes Verständnis ist vor diesem Hintergrund auch aus gewaltenteiligen Überlegungen zu bevorzugen. Es erlaubt der Judikative, die Reichweite der Rechtsweggarantie zu beeinflussen, ermöglicht ihr damit ein «Gegen-Denken»[2685] im Verhältnis zum Gesetzgeber und trägt im Sinn einer altehrwürdigen staatstheoretischen Weisheit[2686] zur Gewaltenmoderation bei. Ein drittes, grundrechtstheoretisches Argument schliesst daran an. Grundrechte entziehen punktuell besonders wichtige Lebensbereiche dem vorbehaltslosen Zugriff staatlicher Organe. So auch die Rechtsweggarantie, die einen verfassungsrechtlichen Rahmen für den Zugang zur Justiz aufspannt (vgl. N. 2). Diesen Rahmen hat auch die Rechtsetzung zu respektieren. Könnte der Gesetzgeber über die Definition des Anfechtungsobjekts die Reichweite der gerichtlichen Kontrolle abschliessend festlegen, stünde Art. 29a BV letztlich zu seiner Disposition.

17 Ein verfassungsautonomes Verständnis der «Rechtsstreitigkeit» bedeutet weder, dass ein Gericht stets seine Überprüfungsbefugnis voll ausschöpfen muss (vgl. N. 41 f.), noch, dass jeder staatliche Akt der gerichtlichen Kontrolle zugänglich ist. Nur diejenigen Angelegenheiten, die bestimmte Eigenschaften aufweisen, fallen in den sachlichen Anwendungsbereich von Art. 29a BV.[2687] Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts erfasst die Rechtsweggarantie jede Streitigkeit im Zusammenhang mit einer individuellen, schützenswerten Rechtsposition.[2688] **Drei Begriffselemente**, die kumulativ erfüllt sein

2685 Schmidt-Assmann, S. 212.

2686 Charles-Louis de Secondat Baron de La Brède et de Montesquieu, De l'esprit de lois, Édition Nourse, Paris 1772, Livre XI, chapitre IV, S. 190: «Pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir.»

2687 Vgl. BGE 137 I 128 E. 4.2; Botschaft neue Bundesverfassung, S. 523; CR-Grodecki, Art. 29a BV N. 19; Kälin, Rechtsweggarantie, S. 56; Kiss, S. 292 f.; SGK-Kley, Art. 29a BV N. 9.

müssen, prägen also den sachlichen Anwendungsbereich: (1) Die rechtsuchende Person muss sich auf eine ihr zustehende Rechtsposition berufen können (vgl. N. 18 ff.); (2) diese Rechtsposition muss Gegenstand einer individuellen Streitigkeit sein (vgl. N. 21 ff.); (3) die Rechtsposition muss sich als schützenswert erweisen (vgl. N. 25 ff.).[2689]

b. Begriffselement (1): Rechtsposition

Die Rechtsposition, die den sachlichen Anwendungsbereich von Art. 29a BV eröffnet, leitet sich nicht aus der Rechtsweggarantie selbst ab. Im Gegenteil setzt der verfassungsrechtliche Anspruch auf gerichtlichen Rechtsschutz eine vorbestehende Position im geltenden Recht voraus.[2690] Diese kann sich aus der gesamten Rechtsordnung ergeben: aus dem Verfassungs-, Gesetzes- und Verordnungsrecht.[2691] Unerheblich ist auch, welchem Rechtsgebiet (z.B. Strafrecht, Zivilrecht oder öffentliches Recht) sie entspringt.[2692] Bleibt also die Zuordnung der Rechtsposition zu einer Normstufe oder einem Sachgebiet verfassungsrechtlich ohne Bedeutung, so muss sie im Gegenzug eine bestimmte Beschaffenheit aufweisen: Sie muss **hinreichend konkret** sein. Auf Verfassungsstufe verbürgen vor allem[2693] die Grundrechte hinreichend konkrete Rechtspositionen, sei es in Form eines Abwehranspruchs gegenüber staatlichem Handeln,[2694] sei es in der Ausprägung einer staatlichen Gewährleistungs- oder Schutzpflicht.[2695] Auf Gesetzes- und Verordnungsstufe

18

2688 BGE 148 I 104 E. 4.1; BGE 144 I 181 E. 5.3.2.1; BGE 144 II 233 E. 4.4; BGE 143 I 336 E. 4.1; BGE 140 II 315 E. 4.4; BGE 139 II 185 E. 12.4; BGE 136 I 323 E. 4.3.

2689 Die Rechtsprechung zum sachlichen Anwendungsbereich ist noch wenig gefestigt (so auch Wiederkehr/Egli, S. 43). Ähnliche Kriterienkataloge wie hier verwenden Dubey, N. 4130–4142; CR-Grodecki, Art. 29a BV N. 20–31; Müller, Kommentar, S. 446; andere Darstellungsweisen bei BSK-Waldmann, Art. 29a BV N. 10 und 12; SGK-Kley, Art. 29a BV N. 9–13; Wiederkehr, S. 1329–1331.

2690 BGE 144 I 181 E. 5.3.2.2; Dubey, N. 4133; Kölz/Häner/Bertschi, N. 181.

2691 BGE 136 I 323 E. 4.3.

2692 Dubey, N. 4135.

2693 Nach Art. 189 Abs. 1 lit. a BV i.V.m. Art. 116 BGG beurteilt das Bundesgericht auch Streitigkeiten über verfassungsmässige Rechte. Die Kategorie der verfassungsmässigen Rechte ist nicht deckungsgleich mit den Grundrechten, zeichnet sich indessen – wie die Grundrechte – durch eine individualschützende Ausrichtung aus. Dazu gehören z.B. die derogatorische Kraft des Bundesrechts und der Grundsatz der Gewaltenteilung (Biaggini, Art. 189 BV N. 6d; BSK-Seferovic, Art. 189 BV N. 38 und 41; Kälin, Staatsrechtliche Beschwerde, S. 59 f.; BGE 138 I 196 E. 4.1). Verfassungsmässige Rechte begründen ebenfalls Rechtspositionen im sachlichen Anwendungsbereich von Art. 29a BV.

2694 BGE 146 I 145 E. 4.4; BGE 144 II 233 E. 7.3.2 in Verbindung mit E. 8.1.

ist von einer Rechtsposition im sachlichen Anwendungsbereich der Rechtsweggarantie auszugehen, wenn der betroffenen Person ausdrücklich ein Anspruch eingeräumt wird oder wenn sich das anwendbare Regelungskonzept zu einer justiziablen Position verdichtet hat.[2696]

19 Nach der **Rechtsprechung des Bundesgerichts** begründen beispielsweise das Recht auf freie Meinungsäusserung gegenüber der Schweizerischen Radio- und Fernsehgesellschaft (SRG),[2697] die Entsorgungspflicht für Siedlungsabfälle nach Art. 31b Abs. 3 des Umweltschutzgesetzes (USG[2698]),[2699] der Anspruch auf ausreichenden (Sport-)Unterricht,[2700] der vergaberechtliche Grundsatz der Nichtdiskriminierung nach Art. 2 Abs. 7 des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt (BGBM[2701]) und der Grundsatz der Transparenz nach Art. 3a des Stromversorgungsgesetzes (StromVG[2702]) Rechtspositionen im sachlichen Anwendungsbereich von Art. 29a BV.[2703] Keine genügend konkrete Rechtsposition liegt nach der höchstrichterlichen Praxis jedoch vor, wenn Einzelpersonen gegen die Auswirkungen der Klimaerwärmung vorgehen wollen.[2704]

20 Auch **vertragliche Rechtspositionen** im Zivil- und öffentlichen Recht unterstehen Art. 29a BV. Da die theoretische Durchdringung der Vertragsform im öffentlichen Recht weniger weit fortgeschritten ist als im Privatrecht, erweist sich der Rechtsschutz im Umfeld des öffentlich-rechtlichen Vertrags allerdings als problembehaftet.[2705] Unstrittig dürfte sein, dass nach erfolgreichem Vertragsabschluss das Grundrecht von Treu und Glauben (Art. 9

2695 BGE 140 II 315 E. 4.8; vgl. auch BGE 126 II 300 E. 5a.

2696 Kaufmann, S. 232; Wiederkehr, S. 1332 f. Die Schweizer Lehre lehnt es überwiegend ab, nur dort eine Rechtsposition anzuerkennen, wo der Privatperson durch eine Rechtsnorm ausdrücklich ein Anspruch («A ist berechtigt zu …»; «B hat Anspruch auf …») eingeräumt wird; kritisch zu solchen Schutznormtheorien Bachmann, S. 224; Kölz/Häner/Bertschi, N. 181; Kälin, Rechtsweggarantie, S. 56; Thurnherr, Rechtsschutz, N. 42; Waldmann/Bachmann, N. 18.

2697 BGer 2C_1023/2021 vom 29.11.2022 [zur Publikation vorgesehen] E. 3.1 i.V.m. E. 3.3.3 (strittig war in diesem Fall die Löschung eines Online-Kommentars).

2698 SR 814.01.

2699 BGE 143 I 336 E. 4.4.

2700 BGer 2C_272/2012 vom 9.7.2012 E. 4.4.7 in Verbindung mit E. 5.3.

2701 SR 943.02.

2702 SR 734.7.

2703 BGer 2C_335/2019 und 2C_789/2019 vom 17.8.2020 E. 6.2.1 f.

2704 BGE 146 I 145 E. 5.4.

BV) der Privatperson eine Rechtsposition im Anwendungsbereich von Art. 29a BV verschafft.[2706] Scheiterte bereits der Vertragsabschluss, kann die in ihrem Vertrauen enttäuschte Privatpartei zwar im Grundsatz gestützt auf eine vorvertragliche Haftung («culpa in contrahendo») den Gerichtsweg beschreiten.[2707] Dieser Grundsatz erleidet jedoch dort Einbrüche, wo das Gemeinwesen die Vertragsverhandlungen noch nicht auf eine konkrete Privatperson beschränkte oder eine eigentliche «Auswahlfreiheit» geniesst, so im öffentlichen Personalrecht. Die abgewiesene Stellenbewerberin kann ihre Nicht-Berücksichtigung nicht anfechten.[2708] Unklar ist, ob sich auch eine Drittperson im Vorfeld des Vertragsabschlusses gegen eine rechtswidrige Offerte der Verwaltung wehren kann.[2709]

c. Begriffselement (2): Individuelle Streitigkeit

Die so umschriebene Rechtsposition muss Gegenstand einer individuellen Streitigkeit sein. Auszugehen ist von einem **materiellen Streitverständnis**.[2710] Eine Streitigkeit im Sinn von Art. 29a BV ist gegeben, wenn der Umfang oder die Modalitäten einer Rechtsposition umstritten sind. Das 21

2705 Vgl. Alain Griffel, Allgemeines Verwaltungsrecht im Spiegel der Rechtsprechung, 2. Aufl., Zürich et al. 2022, N. 87: «Die heutige Beliebtheit der Vertragsform kontrastiert augenfällig mit der grossen Rechtsunsicherheit, die bei Störungen aller Art zutage tritt. Etwas maliziös lässt sich deshalb sagen: Wer einen verwaltungsrechtlichen Vertrag schliesst, kann nur hoffen, dass alles gut geht.»

2706 Vgl. BGer 2C_717/2015 vom 13.12.2015 E. 6.5.1; Kaufmann, S. 273 f.; ausführlich Esther Zysset, Nachträgliche Einwirkungen auf den verwaltungsrechtlichen Vertrag mit Privaten, Basel 2020, S. 135 ff.

2707 Moor/Poltier, S. 461 f.; Thurnherr, Verfahrensgrundrechte und Verwaltungshandeln, N. 98, 673 und 675.

2708 BGer 8C_596/2017 vom 1.3.2018 E. 8.2 f. Nach Ansicht des Bundesgerichts müsste der Gesetzgeber den Rechtsschutz näher regeln. Anders noch für das Bundespersonalrecht: BVGE 2010/53. Der Bundesgesetzgeber hat der Anfechtbarkeit des ablehnenden Entscheids jedoch mit Art. 34 Abs. 3 des Bundespersonalgesetzes (BPG, SR 172.220.1) einen Riegel geschoben.

2709 Bejahend Thurnherr, Verfahrensgrundrechte und Verwaltungshandeln, N. 675. Nach dieser überzeugenden Lehrmeinung resultiert die Rechtsposition einer Drittperson im sachlichen Anwendungsbereich von Art. 29a BV aus den Verfassungsgarantien eines fairen Verfahrens (Art. 29 Abs. 1 und Abs. 2 BV); vgl. dazu auch BGer 2C_651/2019 vom 21.1.2020 E. 5.3 (Anspruch einer Drittperson auf eine Verfügung über das Bestehen einer Ausschreibungspflicht).

2710 Vgl. zu Art. 6 Ziff. 1 EMRK: EGMR *Cipoletta c. Italie*, 38259/09, 11.1.2018, § 31 f.; EGMR *Lupenik Greek Catholic Parish and others vs. Romania*, 76943/11, 29.11.2016, § 71 f.; Grabenwarter/Pabel, § 24 N. 14; Malinverni/Hottelier/Hertig Randall/Flückiger, N. 1585.

Begriffselement der Streitigkeit klammert insbesondere verwaltungsrechtliche Abklärungs- und Genehmigungsverfahren, die einem individuell-konkreten Rechtsanwendungsakt vorgelagert sind, aus dem Anwendungsbereich von Art. 29a BV aus. So ist die Einleitung des vorläufigen Prüfverfahrens gemäss Art. 32 des Kartellgesetzes (KG[2711]) nicht anfechtbar,[2712] und die Genehmigung eines Teilliquidationsreglements durch die Aufsichtsbehörde einer Vorsorgestiftung berührt die Rechtsstellung der Destinatäre nicht unmittelbar.[2713] In beiden Fällen werden Rechtsanwendungsakte gegenüber Privatpersonen allenfalls zu einem späteren Zeitpunkt und gestützt auf die Abklärungsergebnisse beziehungsweise den Genehmigungsentscheid erfolgen. Analoges gilt für das Rechtsetzungsverfahren. Die virtuelle Betroffenheit durch einen Erlass begründet noch keine (aktuelle) Streitigkeit. Die Rechtsweggarantie verlangt dementsprechend weder vom Bund noch von den Kantonen, eine abstrakte Normenkontrolle vorzusehen.[2714]

22 Der individuelle Charakter der Streitigkeit ergibt sich aus deren **spezifischen Beziehungsnähe** zur Rechtssphäre der betroffenen Person.[2715] Zwar lassen sich individuelle Streitigkeiten typischerweise in vorbestehende Rechtsverhältnisse abbilden.[2716] Der sachliche Anwendungsbereich von Art. 29a BV setzt jedoch nicht zwingend ein im Zeitpunkt der Streitigkeit bereits bestehendes Rechtsverhältnis voraus.[2717] Beispielsweise genügt es, wenn eine Privatperson nur zufällig durch einen Realakt in ihren Rechtspositionen tangiert wird (zu den Realakten vgl. N. 28 f.).

23 Bis jetzt näherte sich die **Verfassungspraxis** dem individuellen Charakter der Rechtsstreitigkeit negativ und in Abgrenzung zur Popularbeschwerde an.[2718]

2711. SR 251.

2712. BGer 2C_934/2020 vom 23.9.2021 E. 5.2. Eine Rechtsstreitigkeit liegt lediglich in Bezug auf die Pauschalgebühr für die Einleitung des Verfahrens vor.

2713. BGE 140 V 22 E. 5.4.1; BGE 139 V 72 E. 3.1.1.

2714. Botschaft neue Bundesverfassung, S. 523; Griffel, Rechtsschutz, N. 20; CR-Grodecki, Art. 29a BV N. 14; BSK-Waldmann, Art. 29a BV N. 16.

2715. Vgl. BGE 144 II 233 E. 7.2; BGE 140 II 315 E. 4.1; keine individuellen Rechtsstreitigkeiten stellen z.B. Kompetenzkonflikte zwischen Bund und Kantonen dar (Rhinow/Koller/Kiss/Thurnherr/Brühl-Moser, N. 427).

2716. BGE 144 II 233 E. 7.1; BGE 143 I 336 E. 4.2; BGE 140 II 315 E. 4.4; Dubey, N. 4131 («une certaine relation juridique»); A. Flückiger, S. 37 («relation de droit administratif»).

2717. Wiederkehr, S. 1332 (allerdings kritisch).

2718. Vgl. BGE 144 II 233 E. 7.3.2 und 8.4; BGE 140 II 315 E. 4.6; Dubey, N. 4131; CR-Grodecki, Art. 29a BV N. 28; Wiederkehr/Egli, S. 44 f.

Als Kriterium dient ihr die Betroffenheit der rechtsuchenden Person. Diese muss zumindest minimal in ihrer Rechtsposition berührt sein.[2719] Ein eigentlicher Eingriff ist nicht erforderlich, um den Anwendungsbereich von Art. 29a BV zu eröffnen.[2720] So konnten die Anwohnerinnen und Anwohner einer Kehrichtsammelstelle gestützt auf die Rechtsweggarantie deren Aufhebung anfechten und gerichtlich überprüfen lassen.[2721] Der gerichtliche Rechtsschutz stand weiter Berufsschülerinnen und -schülern offen, die gegen die Streichung von Sportlektionen vorgingen.[2722] Schliesslich bejahte das Bundesgericht eine genügende Betroffenheit der Römisch-Katholischen Kirche, als sich diese gegen die finanzielle Unterstützung der Organisation «adebar» mit Fr. 15'000.00 durch die Katholische Landeskirche Graubünden wehrte.[2723]

Vor allem **Akte mit generell-abstrakter oder generell-konkreter Regelungsstruktur** bereiten Abgrenzungsprobleme. Je mehr Personen von ihnen betroffen sind, desto schwerer fällt es, von einer individuellen Streitigkeit zu sprechen. Nur wenn die rechtsuchende Person durch den fraglichen Akt stärker in einer Rechtsposition tangiert ist als die Allgemeinheit, kann die Rechtsweggarantie angerufen werden.[2724] Das gilt z.B. für eine staatliche Informationskampagne.[2725] Zahlreiche organisatorische Anordnungen mit offenem Adressatenkreis begründen keine individuelle Streitigkeit, weil sie sich entweder nicht als Streitigkeit einordnen lassen, oder weil sie die Rechtsposition einer Person nicht hinreichend intensiv berühren.[2726] So entsteht keine individuelle Streitigkeit durch die Neuzuteilung einer Hausadresse,[2727] der Änderung der Linienführung eines Postautokurses[2728] 24

2719 Vgl. BGE 146 I 145 E. 4.4; BGE 144 II 233 E. 7.3.2 («un certain degré de gravité»); BGE 143 I 336 E. 4.3.2 («besondere Nachteile»); CR-Grodecki, Art. 29a BV N. 25; Müller, Kommentar, S. 436 f.; Largey, S. 71 f.

2720 BGE 146 I 145 E. 4.4; BGE 143 I 336 E. 4.2.

2721 BGE 143 I 336; kritisch Müller, Kommentar, S. 448 f.

2722 BGer 2C_272/2012 vom 9.7.2012 E. 4.4.5; vgl. zur Sportförderung auch Marco Zollinger, Art. 68 BV N. 11 f., in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (Hrsg.), Onlinekommentar zur Bundesverfassung – Version 06.12.2022: https://onlinekommentar.ch/de/kommentar/bv68 (besucht am 23.2.2023).

2723 BGE 145 I 121 E. 1.1.2 und 5.

2724 Kaufmann, S. 285, nennt Streitigkeiten im Anwendungsbereich von Art. 29a BV anschaulich «Subjektivrechtsstreitigkeiten».

2725 BGE 144 II 233 E. 8.4.

2726 Waldmann, Anordnungen, S. 507; vgl. auch Biaggini, Art. 29a BV N. 6.

2727 BGer 1C_261/2013 vom 19.12.2013 E. 2.3.2.

und dem Aufstellen von Zugfahrplänen[2729]. Kontrovers diskutiert wird die Schliessung einer Poststelle.[2730]

d. Begriffselement (3): Schützenswert

25 Das letzte Begriffselement der «Rechtsstreitigkeit» («schützenswert») setzt voraus, dass sich der gerichtliche Entscheid **auf die Rechtsposition der betroffenen Person auswirkt**.[2731] Diese muss ein aktuelles und praktisches Interesse am gerichtlichen Rechtsschutz aufweisen.[2732] Lehre und Rechtsprechung orientieren sich dabei am aktuellen und praktischen Rechtsschutzinteresse nach Art. 48 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (VwVG[2733]).[2734] Weil sich der Anwendungsbereich von Art. 29a BV verfassungsautonom definiert, kann jedoch nicht unbesehen auf die Rechtsmittelvoraussetzungen des Verwaltungsbeschwerdeverfahrens zurückgegriffen werden. Das dritte Begriffselement der «Rechtsstreitigkeit» ist vielmehr mit Blick auf Art. 6 Ziff. 1 EMRK auszulegen.[2735]

26 Kaum Probleme bereitet in diesem Zusammenhang das **praktische Interesse**. Dieses ist stets zu bejahen, wenn sich ein gerichtlicher Entscheid rechtlich oder faktisch auf die Rechtsposition der betroffenen Person

---

2728 Vgl. VPB 1980 Nr. 42 E. II.1.

2729 Vgl. VPB 1994 Nr. 79 E. 4.

2730 Die Anwendbarkeit von Art. 29a BV verneinen: Biaggini, Art. 29a BV N. 6; Waldmann Anordnungen, S. 507; Rhinow/Koller/Kiss/Thurnherr/Brühl-Moser, N. 427; a.M. Largey, S. 77. Nach hier vertretener Meinung verschafft der Auftrag zur Grundversorgung (Art. 13 des Postgesetzes [PG], SR 783.0; konkretisiert in Art. 29 ff. der Postverordnung ([VPG], SR 783.01) den Privatpersonen keine hinreichend bestimmte Rechtsposition im Zusammenhang mit der Schliessung einer Poststelle. Zu differenzieren ist bei politischen Gemeinden, die nach Art. 34 VPG einen Anspruch auf Anhörung geniessen. In Bezug auf dieses Anhörungsrecht kann sich eine politische Gemeinde auf die Rechtsweggarantie berufen (zur Grundrechtsträgerschaft vgl. N. 14).

2731 So auch die Rechtsprechung zu Art. 6 Ziff. 1 EMRK: EGMR *Balmer-Schafroth et autres c. Suisse*, 22110/93, 26.8.1997, § 32; EGMR (Grand Chamber) *Micallef v. Malta*, 17056/06, 15.10.2009, § 74.

2732 Vgl. Dubey, N. 4141; Jordan/Grodecki, S. 434; CR-Grodecki, Art. 29a BV N. 29 f.; aus der Rechtsprechung des Bundesgerichts: BGE 146 V 38 E. 4.3.2; BGE 144 II 233 E. 4.4 und 7.2; BGE 140 II 315 E. 4.1; 2C_95/2021 vom 27.8.2021 E. 4.3; ähnlich schon Kiss, S. 292, sowie BGE 120 II 5 E. 2a: «Jeder Anspruch auf staatlichen Rechtsschutz setzt eine Beschwer voraus.»

2733 SR 172.021.

2734 Vgl. BGE 146 V 38 E. 4.3.2; BGE 144 II 233 E. 4.4 und 7.2; BGE 140 II 315 E. 4.1.

2735 Ähnlich Thurnherr, Rechtsschutz, N. 42; BSK-Waldmann, Art. 29a BV N. 12.

auswirkt.[2736] Problematischer ist die Umschreibung des **aktuellen Interesses**. Nach der Rechtsprechung zu Art. 48 Abs. 1 VwVG entfällt die Aktualität des Rechtsschutzinteresses, sobald der Nachteil bei Gutheissung der Beschwerde nicht mehr behoben werden kann.[2737] Ein verfassungs- und konventionsrechtlicher Anspruch auf Rechtsschutz kann aber auch bestehen, wenn der Nachteil irreversibel und nur noch die Rechtswidrigkeit eines staatlichen Verhaltens festzustellen ist.[2738] Namentlich bei Realakten ist die Beeinträchtigung im Zeitpunkt des Rechtsschutzes in der Regel bereits beendet (vgl. N. 28 f.). In solchen Konstellationen besteht nach Art. 29a BV gleichwohl ein Rechtsschutzinteresse, das sich zumindest auf die Feststellung einer Rechtsverletzung richtet.[2739] So sollte eine abgewiesene Stellenbewerberin die Möglichkeit haben, die willkürliche oder rechtsungleiche Berücksichtigung einer anderen Person durch die Anstellungsbehörde gerichtlich feststellen zu lassen, selbst wenn die strittige Stelle inzwischen besetzt wurde.[2740]

Gestützt auf das Erfordernis des aktuellen und praktischen Interesses werden **Zwischenentscheide** aus dem sachlichen Anwendungsbereich von Art. 29a BV ausgeschlossen, wenn sie ohne Nachteil noch mit dem Endentscheid angefochten werden können.[2741] Zumindest vorläufig fehlt in solchen Fällen das aktuelle und praktische Interesse. Dies entspricht im Prinzip der Praxis des EGMR, die vorläufige Anordnungen («interim measures») nicht Art. 6 Ziff. 1 EMRK unterstellt.[2742] Mit dem **Urteil** *Micallef* änderte und erweiterte der Gerichtshof jedoch seine Rechtsprechung.[2743] Sofern eine behördliche Anordnung bereits im Vorfeld eines Entscheids in der Hauptsache ein «civil right» beeinträchtigt, sind die Garantien von Art. 6 Ziff. 1 EMRK zu beachten. 27

2736 BGE 141 I 36 E. 1.2.3; Dike-Komm.-Häner, Art. 48 VwVG N. 19; Moor/Poltier, S. 729 f.; ähnlich die Rechtsprechung zu Art. 6 Ziff. 1 EMRK: EGMR *Balmer-Schafroth et autres c. Suisse*, 22110/93, 26.8.1997, § 32; EGMR (Grand Chamber) *Micallef v. Malta*, 17056/06, 15.10.2009, § 74.

2737 BGE 128 II 34 E. 1b; Dike-Komm.-Häner, Art. 48 VwVG N. 23; Moor/Poltier, S. 748 f.

2738 EGMR *Camenzind c. Suisse*, 13/1996/755/954, 16.12.1997, § 53 ff.; Spori, S. 150 f.

2739 Das Bundesgericht verzichtet in solchen Fällen auf die Aktualität des Rechtsschutzinteresses und lässt die virtuelle Betroffenheit genügen (BGE 146 II 335 E. 1.3; BGer 4A_93/2021 vom 1.10.2021 E. 6.1).

2740 Vgl. BGer 8C_596/2017 vom 1.3.2018 E. 8.2. Das Bundesgericht anerkennt zwar das Rechtsschutzbedürfnis, fordert aber eine gesetzgeberische Lösung.

2741 BGE 146 I 62 E. 5.1; BGE 138 V 271 E. 3.1.

2742 EGMR (Entscheidung) *APIS a.s. v. Slovakia*, 39754/98, 13.1.2000; EGMR (Entscheidung) *Libert c. Belgium*, 44734/98, 8.7.2008.

[2744] In Ausnahmefällen akzeptiert der EGMR, dass nicht alle Teilgehalte von Art. 6 Ziff. 1 EMRK bereits in einem frühen Verfahrensstadium verwirklicht werden können.[2745] Nach der Schweizer Gerichtspraxis fallen namentlich superprovisorische Entscheide im Kindes- und Erwachsenenschutzrecht[2746] sowie Verfügungen über die Wiederherstellung beziehungsweise den Entzug der aufschiebenden Wirkung eines Rechtsmittels unter diese Ausnahme.[2747] Nicht anwendbar ist die *Micallef*-Rechtsprechung sodann auf die provisorische Festsetzung eines Mehrwertsteuerbetrags durch die Eidgenössische Steuerverwaltung; die entsprechende Verfügung kann nicht an eine verwaltungsunabhängige Instanz weitergezogen werden.[2748]

2. Realakte

28 Das öffentliche Verfahrensrecht ist verfügungszentriert: Erst die Verfügung öffnet den Weg zum Rechtsschutz.[2749] Die Rechtsweggarantie durchbricht

---

2743 Zur Einordnung dieses Entscheids: Kaspar Luginbühl, Erweiterte Anwendbarkeit von Art. 6 Abs. 1 EMRK auf Zwischenverfügungen aufgrund des EGMR-Urteils Micallef c. Malta, in: Jusletter 8.3.2010, N. 1 ff.; aus der Rechtsprechung des Bundesgerichts: BGE 144 I 340 E. 3.3.8; BGE 141 I 241 E. 4.2.2; BGE 139 I 189 E. 3.3.

2744 EGMR (Grand Chamber) *Micallef v. Malta*, 17056/06, 15.10.2009, § 84 f.: «Firstly, the right at stake in both the main and the injunction proceedings should be ‹civil› within the autonomous meaning of that notion under Article 6 of the Convention (...) Secondly, the nature of the interim measure, its object and purpose as well as its effects on the right in question should be scrutinised. Whenever an interim measure can be considered effectively to determine the civil right or obligation at stake, notwithstanding the length of time it is in force, Article 6 will be applicable.»

2745 EGMR (Grand Chamber) *Micallef v. Malta*, 17056/06, 15.10.2009, § 86: «However, the Court accepts that in exceptional cases – where, for example, the effectiveness of the measure sought depends upon a rapid decision-making process – it may not be possible immediately to comply with all of the requirements of Article 6. Thus, in such specific cases, while the independence and impartiality of the tribunal or the judge concerned is an indispensable and inalienable safeguard in such proceedings, other procedural safeguards may apply only to the extent compatible with the nature and purpose of the interim proceedings at issue. In any subsequent proceedings before the Court, it will fall to the Government to establish that, in view of the purpose of the proceedings at issue in a given case, one or more specific procedural safeguards could not be applied without unduly prejudicing the attainment of the objectives sought by the interim measure in question.»

2746 BGE 140 III 289 E. 2.

2747 Für das Submissionverfahren: BVGer, Zwischenentscheid vom 10.2.2012, B-6762/2011 E. 3; BGer 2D_31/2016 vom 2.2.2017 E. 2.4; in einem Rechtsmittelverfahren betreffend Kindesschutzmassnahmen: BGer 5A_569/2013 vom 18.11.2013 E. 3.2.

2748 BGE 144 I 340 E. 3.3.8.

diese eiserne Regel. Ob eine schützenswerte Rechtsposition betroffen ist, hängt weder von der Form des in Frage stehenden Aktes noch von der Regelungsabsicht des staatlichen Organs ab. Der sachliche Anwendungsbereich von Art. 29a BV erstreckt sich auf jedes behördliche Handeln oder Unterlassen, das durch die Rechtsordnung definierte Rechtspositionen (vgl. N. 18 ff.) berührt. Deshalb kann auch **tatsächliches Handeln** in Form eines Realakts eine «Rechtsstreitigkeit» begründen.[2750]

29 Auf Bundesebene ist für den **Rechtsschutz gegenüber Realakten** von Art. 25a VwVG auszugehen. Demgemäss kann eine Person eine Verfügung über einen Realakt verlangen, wenn sie durch diesen persönlich betroffen ist und ein schutzwürdiges Interesse nachweist.[2751] Das Bundesrecht gewährleistet damit über den «Umweg» einer Verfügung auf Verlangen den Rechtsschutz bei Realakten. Diese Lösung ist mit Art. 29a BV vereinbar, denn die Rechtsweggarantie fordert nicht die direkte Anfechtbarkeit von Realakten.[2752] Soweit das kantonale Recht keinen vergleichbaren Rechtsschutz vorsieht, sind die Kantone unmittelbar gestützt auf Art. 29a BV verpflichtet, den gerichtlichen Rechtsschutz dort zu gewährleisten, wo Realakte schützenswerte Rechtspositionen berühren.[2753] Wie die Kantone ihren Rechtsschutzauftrag erfüllen, gibt Art. 29a BV nicht vor. Sie können die Lösung von Art. 25a VwVG übernehmen, den Realakt selbst zum

---

2749 Dike-Komm.-Weber-Dürler/Kunz-Notter, Art. 25a VwVG N. 1; Häfelin/Müller/Uhlmann, N. 854; Moor/Poltier, S. 6; Tanquerel, N. 863; VwVG-Praxiskomm.-Uhlmann, Art. 5 VwVG N. 2 f.

2750 Zu den Realakten zählen beispielsweise die staatliche Informationstätigkeit (BGE 144 II 233 E. 4.1; BVGE 2009/1 E. 5.2.3), Medienmitteilungen (BVGer, A-3155/2019 vom 15.10.2019 E. 2) und polizeiliche Vollzugshandlungen (BGE 136 I 87 E. 4 ff.; BGE 130 I 369 E. 6.1 ff.; Mohler, S. 466 f.); ausführlich zum Begriff des Realakts Dike-Komm-Weber-Dürler/Kunz-Notter, Art. 25a VwVG N. 6 ff.; Müller, Verwaltungsrealakte, 315 ff.; Tschannen, S. 387 ff.; Thurnherr, Verfahrensgrundrechte und Verwaltungshandeln, N. 105 ff.

2751 BGE 146 I 145 E. 4.4; BGE 146 V 38 E. 4.3.2; BGE 144 II 233 E. 7.3.1; BGE 140 II 315 E. 4.1 f.; dazu näher Bachmann, S. 100 ff.; Müller, Verwaltungsrealakte, S. 350 ff.; Moor/Poltier, S. 42 ff.; Dike-Komm.-Weber-Dürler/Kunz-Notter, Art. 25a VwVG N. 21 ff.

2752 BGE 143 I 336 E. 4.2; CR-Grodecki, Art. 29a BV N. 27; Schindler, Rechtsschutz, S. 220 f.; Kiss, S. 292; BSK-Waldmann, Art. 29a BV N. 12.

2753 BGE 143 I 336 E. 4.2; Bisaz, S. 17 f.; CR-Grodecki, Art. 29a BV N. 27; SGK-Kley, Art. 29a BV N. 11; Largey, S. 70 ff.; Rhinow/Koller/Kiss/Thurnherr/Brühl-Moser, N. 429; Waldmann, Art. 29a BV N. 12.

Anfechtungsobjekt erheben (so der Kanton Graubünden[2754]) oder eine vorgelagerte Verfügungspflicht vorsehen.[2755]

3. Verwaltungsinterne Anordnungen

30 Verwaltungsinterne Anordnungen («actes internes»)[2756] zählen zu den nicht anfechtbaren Handlungsformen des Allgemeinen Verwaltungsrechts.[2757] Nach traditionellem Verständnis adressieren sie sich ausschliesslich an die Verwaltung, berühren deshalb nicht die Rechtsstellung von Personen ausserhalb der Verwaltung und erschöpfen sich im Innenverhältnis in organisatorischen Anordnungen ohne eigentliche Rechtswirkungen.[2758] Da der Begriff der «Rechtsstreitigkeit» in Art. 29a BV verfassungsautonom zu bestimmen ist (vgl. N. 16), kann auch eine an sich nicht anfechtbare verwaltungsinterne Anordnung eine «Rechtsstreitigkeit» begründen.[2759] Insbesondere **Dienstbefehle in einem öffentlich-rechtlichen Anstellungsverhältnis** sind geeignet, schützenswerte Rechtspositionen zu tangieren. Berührt der Dienstbefehl die Grundrechte des Adressaten, muss dagegen der gerichtliche Rechtsschutz offenstehen.[2760] Die höchstrichterliche Rechtsprechung bejaht die Anwendbarkeit von Art. 29a BV z.B. bei

---

2754 Art. 28 Abs. 4 und Art. 49 Abs. 3 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (VRG) des Kantons Graubünden vom 31.8.2006 (BR 370.100).

2755 Bisaz, S. 17 f.; Mohler, S. 469 f.; Schindler, Rechtsschutz, S. 220 f.; Uhlmann, Principle, S. 307 f.; BSK-Waldmann, Art. 29a BV N. 12; Waldmann/Bachmann, N. 25.

2756 Als verwaltungsinterne Anordnungen gelten beispielsweise die Umbenennung einer Poststelle (BGE 109 Ib 253 E. 1b), die Verlegung einer Hochschulabteilung (BGE 98 Ib 461) und innerdienstliche Anordnungen an das Personal im öffentlich-rechtlichen Anstellungsverhältnis, etwa die Zuordnung eines neuen Funktionsbereichs oder die Versetzung (vgl. dazu Art. 25 Abs. 3bis der Bundespersonalverordnung [BPV, SR 172.220.111.3]).

2757 Häfelin/Müller/Uhlmann, N. 874; Dike-Komm.-Müller, Art. 5 VwVG N. 82 ff.; Moor/Poltier, S. 189 f.; Tanquerel, N. 803; Tschannen/Müller/Kern, N. 1105 f.; Wiederkehr/Richli, N. 2304; Waldmann, Anordnungen, S. 496 ff.

2758 Vgl. BGE 136 I 323 E. 4.4: «La décision comme acte juridique a pour objet de régler la situation d'administrés en tant que sujets de droit et donc, à ce titre, distincts de la personne étatique ou, en d'autres termes, extérieurs à l'administration. On oppose dans ce contexte la décision à l'acte interne ou d'organisation, qui vise des situations à l'intérieur de l'administration; l'acte interne peut avoir des effets juridiques, mais ce n'en est pas l'objet, et c'est pourquoi il n'est en règle générale pas susceptible de recours»; zu Recht kritisch zur Kategorie der verwaltungsinternen Anordnungen Dike-Komm.-Müller, Art. 5 VwVG N. 81.

2759 Bachmann/Waldmann, N. 19; Müller, Rechtsverhältnis, S. 351.

Versetzungsentscheiden mit erheblichen Auswirkungen auf das Privatleben[2761] und Anordnungen über das sichtbare Tragen von religiösen Symbolen.[2762]

Vergleichbare Rechtsschutzprobleme werfen generell-abstrakte Dienstanordnungen (sog. **vollzugslenkende Verwaltungsverordnungen**) auf. Diese fassen eine Verwaltungspraxis zusammen und sollen den einheitlichen wie rechtsgleichen Vollzug des materiellen Rechts sicherstellen.[2763] Sofern die Verwaltungsverordnung eine schützenswerte Rechtsposition einer Person ausserhalb der Verwaltung berührt, muss diese gerichtlich dagegen vorgehen können.[2764] Vielfach ist es im Umfeld von Verwaltungsverordnungen möglich, einen konkreten Rechtsanwendungsakt zu erwirken, der dann seinerseits angefochten werden kann. Die direkte Anfechtbarkeit der Verwaltungsverordnung kommt nur in Frage, wenn die Privatperson von vornherein keine Verfügung erlangen kann.[2765] Mit Art. 29a BV ist diese Einschränkung vereinbar.[2766] Analog zu beurteilen ist der Rechtsschutz von Adressaten der Verwaltungsverordnung innerhalb einer Behörde. Sie müssen sich gegen einen konkreten Dienstbefehl, der eine schützenswerte Rechtsposition tangiert, gerichtlich wehren können. Die Möglichkeit einer abstrakten Anfechtbarkeit der Verwaltungsverordnung lässt sich aus Art. 29a BV hingegen nicht ableiten (zur abstrakten Normenkontrolle vgl. auch N. 21).[2767] 31

2760 Dike-Komm.-Müller, Art. 5 VwVG N. 86; Tschannen/Müller/Kern, N. 1111; Waldmann, Anordnungen, S. 500; beschränken sich die Auswirkungen hingegen auf das Dienstverhältnis, setzt der innerbehördliche Rechtsschutz eine gesetzliche Grundlage voraus (Thurnherr, Rechtsschutz, N. 56; Tschannen/Müller/Kern, N. 1110).

2761 BGE 136 I 323 E. 4.5.

2762 BGer 2C_546/2018 vom 11.3.2019 E. 1.1.3, wobei das Bundesgericht von einer Verfügung ausgeht; weitere Kasuistik bei Dike-Komm.-Müller, Art. 5 VwVG N. 87 f.; Poledna, S. 921 f.

2763 Näher zur vollzugslenkenden Verwaltungsverordnung Giovanni Biaggini, Die vollzugslenkende Verwaltungsverordnung: Rechtsnorm oder Faktum?, ZBl 98 (1997), S. 1–30, S. 4 f.; Felix Uhlmann/Iris Binder, Verwaltungsverordnungen in der Rechtsetzung: Gedanken über Pechmarie, LeGes 2009/2, S. 151–174, S. 152 f.

2764 BGE 128 I 167 E. 4.5 (bezogen auf Art. 6. Ziff. 1 EMRK); Tschannen/Müller/Kern, N. 1124; vgl. zur «Aussenwirkung» von Verwaltungsverordnungen auch BGE 105 Ia 349 E. 2a; BGE 120 Ia 321, E. 3.

2765 BGE 128 I 167 E. 4.3; BGE 120 Ia 321 E. 3d.

2766 Vgl. auch BSK-Waldmann, Art. 29a BV N. 12; Thurnherr, Rechtsschutz, N. 24 f.

2767 Vgl. auch Thurnherr, Rechtsschutz, N. 56; Müller, Rechtsverhältnis, S. 294 f. und S. 354.

IV. TEILGEHALTE DER RECHTSWEGGARANTIE

32 Die aus Art. 29a BV fliessenden Anforderungen an den gerichtlichen Rechtsschutz lassen sich in drei Teilgehalte aufgliedern.[2768] Erstens muss der Spruchkörper – das Gericht im Sinn von Art. 29a BV – Gewähr für wirksamen Rechtsschutz bieten (organisatorischer Teilgehalt, vgl. N. 33 ff.). Zweitens darf die Rechtsetzung den Weg zu diesem Spruchkörper nicht durch rechtstechnische Hürden verstellen (prozeduraler Teilgehalt, vgl. N. 37 ff.). Drittens definiert sich wirksamer Rechtsschutz über eine gewisse Finalität: Das angerufene Gericht muss im Stand sein, die Rechtslage der rechtsuchenden Person tatsächlich zu verbessern (finaler Teilgehalt, vgl. N. 40 ff.).

A. Organisatorischer Teilgehalt: Rechtsschutz durch ein Gericht

33 Innerhalb seines Anwendungsbereichs vermittelt Art. 29a BV den grundrechtsberechtigten Personen einen Anspruch auf einmalige gerichtliche Beurteilung ihrer «Rechtsstreitigkeit».[2769] Die verfassungsrechtlichen Mindestanforderungen an die Gerichtsorganisation ergeben sich in erster Linie aus Art. 29 BV bis 32 BV, Art. 191 BV, Art. 191c BV sowie Art. 6 Ziff. 1 EMRK.[2770] Ein **Gericht im Sinn von Art. 29a BV** muss von anderen Staatsorganen unabhängig sein, unbeeinflusst von den Parteien entscheiden und sein Urteil am Massstab des Rechts ausrichten.[2771] Irrelevant ist die Bezeichnung des Spruchkörpers; auch Spezialjustizbehörden (z.B. kantonale Rekurskommissionen) können Gerichte im Sinn der Bundesverfassung sein.[2772] Das zeitgleich mit der Rechtsweggarantie in Kraft getretene BGG konkretisiert in diesem Zusammenhang Art. 29a BV: Die Kantone sind

2768 Die drei Teilgehalte gewährleisten den Zugang zum Gericht, nicht aber eigentliche Ergebnisgleichheit im Verfahren (vgl. N. 11 f.).

2769 BGE 143 I 336 E. 4.2; Kiener/Rütsche/Kuhn, N. 204; CR-Grodecki, Art. 29a BV N. 8; BSK-Waldmann, Art. 29a BV N. 13.

2770 Müller, Rechtsweggarantie, S. 167; SGK-Kley, Art. 29a BV N. 7; BSK-Waldmann, Art. 29a BV N. 4; Tophinke, S. 89. Die Wirksamkeit des von Art. 29a BV geforderten Rechtsschutzes hängt unter anderem von der Justizorganisation ab (näher N. 35). Die organisatorischen Garantien der Bundesverfassung lassen sich so gesehen kaum von der Rechtsweggarantie trennen. Das im Einzelnen verwobene Verhältnis der Verfahrensgrundrechte zueinander ist noch wenig geklärt, weiterführend Thurnherr, Verfahrensgrundrechte und Verwaltungshandeln, N. 514; Schaub, S. 1128 ff.

2771 Boillat/O'Flaherty, S. 25 f.; Kayser, Zugang, N. 47; Rhinow/Koller/Kiss/Thurnherr/Brühl-Moser, N. 116 und 430.

verpflichtet, Gerichte mit umfassender Kognition als (unmittelbare) Vorinstanzen des Bundesgerichts einzusetzen.[2773]

34 Diese kantonalen Vorinstanzen setzen die Rechtsweggarantie dort um, wo kein erstinstanzliches Bundesgericht (Bundestrafgericht, Bundesverwaltungsgericht, Bundespatentgericht) zuständig ist. Im **interkantonalen Verhältnis** müssen die Kantone durch Konkordat oder Bezeichnung eines kantonalen Gerichts[2774] die Vorgaben der Rechtsweggarantie sicherstellen.[2775] Der **bundesgerichtliche Rechtsschutz** für sich genommen genügt hingegen den Anforderungen von Art. 29a BV nicht, weil das Bundesgericht über keine umfassende Sachverhaltskognition verfügt und die Anwendung kantonalen Rechts nur auf Willkür hin prüft.[2776] Sieht das anwendbare Verfahrensrecht keine gerichtliche Instanz vor, ist der betroffenen Person unmittelbar gestützt auf Art. 29a BV ein verfassungskonformer Rechtsweg zu eröffnen.[2777]

35 Die Wirksamkeit des gerichtlichen Rechtsschutzes hängt in seiner praktischen Umsetzung von den **sachlichen und personellen Ressourcen** ab, welche der Justiz zur Verfügung stehen. Ohne bedarfsgerechte Infrastruktur kann ein Gericht seinen Rechtsschutzauftrag nicht wirksam wahrnehmen. Dementsprechend ist die finanzielle Ausstattung der Judikative auf die verfassungsrechtlichen Vorgaben auszurichten.[2778] Auch in personeller Hinsicht ist sie so zu dotieren, dass eine «Rechtsstreitigkeit» innert angemessener Frist entschieden wird.[2779] Probleme wirft in diesem Zusammenhang das in den Kantonen nach wie vor verbreitete Laienrichterum auf. Auch wenn der Einbezug von Personen ohne juristische Ausbildung mit übergeordnetem Recht vereinbar ist,[2780] lässt sich der wirksame Rechtsschutz

2772 Vgl. BGE 136 II 233 E. 2.1; Rhinow/Koller/Kiss/Thurnherr/Brühl-Moser, N. 431; BSK-Tophinke, Art. 86 BGG N. 14.

2773 Art. 75 Abs. 1, Art. 80 Abs. 1, Art. 86 Abs. 2, Art. 110 und Art. 114 BGG.

2774 BGE 148 I 104 E. 6.1.

2775 Vgl. dazu Benjamin Schindler, Besprechung des Bundesgerichtsurteils 2D_24/2021 vom 5.11.2021 in ZBl 2023, S. 218–221 (betreffend den Rechtsweg gegen eine Verfügung im Studiengang «CAS HES-SO» der Hochschule für Gesundheit Freiburg).

2776 Art. 97 Abs. 1 und 2, 95, 98, 99, 105 und 106 Abs. 2 BGG; BGE 135 I 313 E. 2.1; Kiener/Rütsche/Kuhn, N. 204; Biaggini, Art. 29a BV N. 8; SGK-Kley, Art. 29a BV N. 16.

2777 BGE 148 I 104 E. 6.2.

2778 Daniela Thurnherr, Organisation der Verwaltungsjustiz. Herausforderungen und Perspektiven, ZSR 138 (2019) II, S. 101–199, S. 121.

2779 Vgl. Kiener, Unabhängigkeit, S. 327 f.

doch nicht von den Qualifikationen der rechtsprechenden Personen trennen. Zumindest die einem Gericht vorsitzende Person sollte deshalb über eine juristische Ausbildung und allenfalls weitergehende Qualifikationen verfügen.[2781]

36 Der weite Gestaltungsspielraum der Rechtsetzung (vgl. N. 2) bringt es mit sich, dass sich Art. 29a BV **kaum weitergehende Vorgaben** für die Organisation des Rechtsschutzsystems entlocken lassen. So spielt es für die Wirksamkeit des Rechtsschutzes nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung keine Rolle, ob der Gesetzgeber einen zivil- oder öffentlich-rechtlichen Rechtsweg vorsieht.[2782] Mit der Rechtsweggarantie ist auch vereinbar, wenn der Zugang zum Bundesgericht nicht offensteht,[2783] zumal nach der Grundkonzeption von Art. 29a BV die gerichtlichen Vorinstanzen des Bundesgerichts den Rechtsschutz sicherstellen (vgl. N. 4). Die Rechtsweggarantie verlangt schliesslich keine verwaltungsinterne Anfechtungsmöglichkeit[2784], keinen bestimmten Instanzenzug[2785] und auch keine abstrakte Normenkontrolle (vgl. N. 21).

B. Prozeduraler Teilgehalt: Zugang zu einem Gericht

37 Auch im Anwendungsbereich von Art. 29a BV bleibt der Zugang zur Justiz an **prozessuale Voraussetzungen** geknüpft. Die Rechtsweggarantie verschafft der berechtigten Person keinen prozessualen «Passepartout». Diese muss die üblichen Eintretens- und Prozessvoraussetzungen dartun, allenfalls einen Kostenvorschuss leisten und den Prozess entsprechend dem anwendbaren Verfahrensrecht führen.[2786] In der Lehre ist strittig, ob es sich bei diesen

2780 BGE 134 I 16 E. 4.3; Kiener, Unabhängigkeit, S. 264 f.; EMRK-Komm.-Kühne, Art. 6 EMRK N. 290.

2781 Vgl. Julia Hänni, Unabhängigkeit der Gerichte – worum geht es?, ZSR 141 (2022) I, S. 551–569, S. 562; Marcel Ogg, Richterliche Fachkompetenz und Unabhängigkeit, in: Justice – Justiz – Giustizia 2017/2, N. 23; dazu bereits Eugen Huber, Recht und Rechtsverwirklichung, Basel 1921, S. 358: «Glücklich der Richter, der neben Lebenserfahrung und Fachkenntnissen vor allem diese Fähigkeit zum logischen Schlusse besitzt (...)». Nach der Rechtsprechung genügt es jedoch, wenn eine Person mit juristischer Ausbildung beratend am Urteil mitwirkt (BGE 134 I 16 E. 4.3).

2782 BGer 2C_386/2014 vom 18.1.2016 E. 1.3; BGer 2C_684/2015 vom 24.2.2017 E. 6.5.2.

2783 Botschaft neue Bundesverfassung, S. 503 f.; Kälin, Rechtsweggarantie, S. 54; Tophinke, S. 91.

2784 BGE 142 II 433 E. 3.4.3.

2785 Dubey, N. 4143; Kälin, Rechtsweggarantie, S. 54; SGK-Kley, Art. 29a BV N. 6; Tophinke, S. 91; BSK-Waldmann, Art. 29a BV N. 13.

prozessualen Kautelen um Einschränkungen der Rechtsweggarantie oder um eine zulässige gesetzgeberische Ausgestaltung handelt. Die Diskussion ist weitgehend theoretischer Natur, denn es ist unbestritten, dass zumindest die üblichen Eintretens- und Prozessvoraussetzungen nicht zu einer unverhältnismässigen Einschränkung von Art. 29a BV führen (N. 53). Von einer rechtfertigungsbedürftigen Einschränkung wäre aber auszugehen, wenn die Rechtsetzung neue formelle Voraussetzungen schafft oder bestehende formelle Hürden so kombiniert, dass der Zugang zum Gericht nur noch auf dem Papier besteht (vgl. N. 2). Weniger fassbar als diese prozessualen Rahmenbedingungen des Justizzugangs, aber verfassungsrechtlich ebenso relevant, sind faktische Barrieren auf dem Weg zum Gericht. Zu denken ist an Informationsdefizite der Rechtsuchenden, sprachliche Verständigungsschwierigkeiten und Rechtsverfolgungskosten. Letztere können – in Form von Verfahrenskosten – unmittelbar den Zugang zum Gericht oder – in Form von ausserprozessualen und prozessualen Parteikosten – mittelbar die Durchsetzung eines Anspruchs erschweren. Geradezu prohibitive Rechtsverfolgungskosten verstossen jedenfalls gegen Art. 29a BV.[2787] Jedoch lassen sich die finanziellen Konsequenzen der Rechtsdurchsetzung nur schwach durch verfassungsrechtliche Grundsätze steuern.[2788] Die Rechtsweggarantie verlangt von der Rechtsetzung immerhin eine sorgfältige Bewertung der durch Gerichtskosten tangierten Interessen (vgl. N. 54 f.). Demgegenüber kann eine rechtsuchende Person keinen unbedingten Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege aus Art. 29a BV ableiten.[2789]

Im **Anwendungsbereich der eidgenössischen Straf- und Zivilprozessordnung** können praktisch alle Verfahrenshandlungen von Gesetzes wegen an ein Gericht weitergezogen werden.[2790] Vereinzelte Rechtsschutzlücken sind noch im kantonal geregelten Justizvollzugswesen anzutreffen.[2791] Ausserdem wirft das Strafbefehlsverfahren einige 38

2786 Vgl. BGE 139 II 185 E. 12.4; BGE 136 I 323 E. 4.3; Kiss, S. 291; Botschaft neue Bundesverfassung, S. 503 f.; dazu auch BGE 137 II 409 E. 4.2 (Prozessvoraussetzungen); BGE 132 I 134 E. 2 (Kostenvorschuss); BGer 5A_2/2019 vom 1.7.2019 E. 3.2 (schutzwürdiges Interesse an einer Zivilklage); CR-Grodecki, Art. 29a BV N. 13; Kayser, Zugang, N. 59 ff.; Kiss, S. 292 f.; Müller/Schefer, S. 915; Tophinke, S. 92; BSK-Waldmann, Art. 29a BV N. 28.

2787 Vgl. (zu Gerichtskosten) BGE 145 I 52 E. 5.2.3; BGE 143 I 227 E. 5; BGE 141 I 105 E. 3.3.2.

2788 Näher Stähelin, N. 380 ff.; Jent-Sørensen/Meier, S. 607 f.

2789 BGE 141 I 241 E. 4.

Rechtsschutzprobleme auf, die mit dessen Grundkonzeption zusammenhängen. Das Strafbefehlsverfahren überantwortet der beschuldigten Person sehr weitgehend die Verfahrensverantwortung. Anders als im ordentlichen Strafverfahren stehen der Sachverhalt und die Rechtsanwendung weitgehend zu ihrer Disposition. Die Staatsanwaltschaft verfügt über die Möglichkeit ihr gleichsam einen Urteilsvorschlag zu unterbreiten, den sie akzeptieren oder per Einsprache ablehnen kann.[2792] Wehrt sich die beschuldigte Person nicht innert 10 Tagen gegen den Strafbefehl, erwächst dieser in formelle Rechtskraft. Diese Verfahrensordnung ist zunächst dann rechtsstaatlich problematisch, wenn die Adressatin des Strafbefehls keine Kenntnis des gegen sie ausgefällten Entscheids erlangte oder diesen nicht versteht. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zeigt sich bei der Zustellung eines Strafbefehls zu Recht streng. Die Zustellfiktion ist im Strafbefehlsverfahren grundsätzlich nicht anwendbar.[2793] Andernfalls könnte es zur Kumulation von zwei Fiktionen – der Zustellfiktion und der Fiktion des Einsprache-Verzichts – kommen, was mit der Rechtsweggarantie unvereinbar wäre.[2794] Weiter ist fraglich, ob das Strafbefehlsverfahren der StPO mit der EMRK zu vereinbaren ist, wenn die Staatsanwaltschaft eine Freiheitsstrafe verhängt. Der EGMR hat die Thematik soweit ersichtlich noch nicht entschieden, doch widerspricht die Rechtslage in der Schweiz den Empfehlungen des Europarats.[2795] In der Lehre wird überdies auf die bedenkliche Überwälzung der Verfahrensverantwortung auf die beschuldigte Person hingewiesen, die zu einem Leerlauf der Rechtsweggarantie und der mit ihr verbundenen rechtsstaatlichen Funktionen der Justiz führt.[2796]

39 Im **Bereich des öffentlichen Rechts** sind die Kantone gestützt auf Art. 29a BV verpflichtet, bei «Rechtsstreitigkeiten» im Zusammenhang mit

2790 Vgl. Art. 393 Abs. 1 lit. a–c der Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO, SR 312.0); Art. 301 Abs. 1 und Art. 318 Abs. 1 der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO, SR 272); Rhinow/Koller/Kiss/Thurnherr/Brühl-Moser, N. 432; BGer 6B_736/2019 vom 3.4.2020 E. 1.1.2.

2791 Vgl. BGE 135 I 6.

2792 Ausführlich Marc Thommen, Kurzer Prozess – fairer Prozess? Strafbefehls- und abgekürztes Verfahren zwischen Effizienz und Gerechtigkeit, Bern 2013, S. 98–132, 243 und 277–291.

2793 BGE 142 IV 158 E. 3.4 f.; BGE 140 IV 82 E. 2.6.

2794 BGE 146 IV 30 E. 1.

2795 Council of Europe, Recommendation Nr. R (87) 18 concerning the simplification of criminal justice, Ziff. II.4.

2796 Kiener, Zugang zur Justiz, S. 41.

verfügungsfreiem Verwaltungshandeln eine gerichtliche Kontrolle vorzusehen (vgl. N. 28 f.). Dasselbe gilt für verwaltungsinterne Anordnungen mit Auswirkungen auf eine schützenswerte Rechtsposition (vgl. N. 30 f.). Kennt das anwendbare Verfahrens- und Organisationsrecht keinen den Anforderungen von Art. 29a BV genügenden Zugang zu einem Gericht, ist der berechtigten Person unmittelbar gestützt auf die Rechtsweggarantie eine grundrechtskonforme Anfechtungsmöglichkeit zu eröffnen.[2797] Die grundrechtsberechtigte Person darf nicht auf ein Aufsichtsbeschwerdeverfahren verwiesen werden. Dieses genügt den verfassungsrechtlichen Vorgaben nicht, weil die anzeigende Person keine Parteistellung geniesst und das Verfahren nicht auf Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands zielt.[2798]

C. Finaler Teilgehalt: Wirksamer Rechtsschutz

Art. 29a BV fordert von der Justiz die **umfassende Überprüfung der «Rechtsstreitigkeit» in tatsächlicher und in rechtlicher Hinsicht**.[2799] Beschränkt ein Gericht seine Prüfungsdichte ohne sachliche Begründung auf Willkür, verletzt es die Rechtsweggarantie.[2800] Im Straf- und Zivilrecht, wo das Gericht im Sinn von Art. 29a BV in der Regel als erste Instanz entscheidet, kann dieser Teilgehalt der Rechtsweggarantie vergleichsweise problemlos verwirklicht werden. Anders ist die Ausgangslage im öffentlichen Recht. 40

Im öffentlichen Recht urteilen Gerichte grundsätzlich als zweite oder dritte Instanzen und überprüfen einen vorbestehenden Entscheid. Wo die Vorinstanzen der Verwaltungsgerichte über einen Wissensvorsprung verfügen, stellt sich die Frage, wie weit die judikative Kontrolle reichen soll. Nach der insoweit klaren Rechtsprechung des Bundesgerichts erstreckt sich die von Art. 29a BV geforderte Kontrolle nicht auf die Angemessenheit einer Verwaltungsentscheidung; Ermessensspielräume bleiben also von der gerichtlichen Kontrolle ausgespart.[2801] Diese Praxis hat im Wesentlichen zwei Konsequenzen. Erstens ist es verfassungsrechtlich zulässig, wenn die 41

2797 Vgl. BGE 144 I 181 E. 5.3.3; BGer 1C_471/2012 vom 23.5.2013 E. 4.3; BGer 2C_386/2014 vom 18.1.2016 E. 1.3; BSK-Waldmann, Art. 29a BV N. 15.

2798 Vgl. BGE 140 II 315 E. 3.1; BGer 1C_479/2018 vom 31.1.2019 E. 4.5.

2799 BGE 147 IV 274 E. 1.8.1; BGE 147 I 333 E. 1.6.1; BGE 142 II 49 E. 4.4; BGE 139 I 72 E. 4.5; BGE 134 V 401 E. 5.3; BGE 135 II 369 E. 3.3; Malinverni/Hottelier/Hertig Randall/Flückiger, N. 1579; Müller/Schefer, S. 916 f.

2800 BGE 145 I 52 E. 3.6; vgl. auch BGE 137 I 235 E. 2.5.

Rechtsetzung selbst die gerichtliche Kontrolldichte durch eine Bestimmung herabsetzt.[2802] Zweitens sind die in der Praxis der Verwaltungsgerichte verbreiteten Rückzugsformeln im Zusammenhang mit verschiedenen Ermessentatbeständen[2803] jedenfalls dann mit Art. 29a BV zu vereinbaren, solange sie sachlich begründbar sind und nicht auf eine reine Willkürkontrolle hinauslaufen (vgl. N. 41). Die Justiz hält sich typischerweise zurück, wenn die Vorinstanz über technisches Fachwissen verfügt, das dem Gericht fehlt. Hier geht es um das sog. Sachverständigenermessen der Verwaltung. Dieses zielt darauf ab, spezialisierten Sachverstand bei der Umsetzung des gesetzgeberischen Normprogramms fruchtbar zu machen.[2804] Zudem gewähren die Verwaltungsgerichte den Vorinstanzen einen Ermessensspielraum in der Würdigung ausgeprägt lokaler Verhältnisse. Dieses sog. Anpassungsermessen stellt sicher, dass die (volle) Rechtskontrolle durch ein Organ erfolgt, das eine besondere Nähe zum Regelungsgegenstand aufweist.[2805]

42 Aus dem Blickwinkel des Individualrechtsschutzes bedeuten Ermessensentscheide der Verwaltung einen **Einbruch in das verfassungsrechtlich gebotene gerichtliche Kontrollniveau**.[2806] Die Tradition der verwaltungsinternen Rechtspflege in der Schweiz (vgl. N. 6) verdeutlicht aber, dass Rechtsschutz nicht ausschliesslich als Gerichtsschutz verstanden werden sollte. Die Forderung nach einem «Mehr» an gerichtlicher Kontrolle läuft Gefahr, sachlich begründbare Entscheidungsfreiräume unterer Instanzen zu «judikalisieren»[2807]. Auch der Sachverstand der Verwaltung bliebe weitgehend ungenutzt, wenn ein Gericht sich beim Sachverständigen- und Anpassungsermessen an die Stelle der Vorinstanz setzen würde.[2808] Die

2801 BGE 142 II 49 E. 4.4; BGE 137 I 235 E. 2.5; BGer, Urteil 2C_127/2018 vom 30. April 2019 E. 3.1.1; BGer, Urteil 1C_97/2014 vom 9. Februar 2015 E. 3.3; BGer, Urteil 2C_690/2010 vom 25. Januar 2010 E. 2.2

2802 Vgl. BGE 135 II 384 E. 2.2.2; BGE 127 II 184 E. 5a/aa; BGE 119 Ib 33 E. 3b; BGer 2C_127/2018 vom 30.4.2019 E. 3.1.2.

2803 Vgl. BGE 121 II 147 E. 3a («technisches Ermessen»); BVGE 2007/17 E. 2 f. (Ermessen im Aufsichtsrecht); BVGE 2015/2 E. 4.3 (Ermessen qua Normstruktur); für das Raumplanungs- und Baurecht RPG-Praxiskommentar-Aemisegger/Haag, Art. 13 N. 11; für das Steuerrecht Beusch, S. 741 ff.; für das Sozialversicherungsrecht T. Flückiger, S. 1120 f.; weiterführend Benjamin Schindler, Zur Rollenverteilung zwischen Justiz und Verwaltung, ZBl 114 (2013), S. 359–373, passim.

2804 Schindler, Verwaltungsermessen, N. 451.

2805 Schindler, Verwaltungsermessen, N. 438.

2806 In diesem Sinn kritisch: Binder, S. 128.

Wirksamkeit der Rechtsweggarantie sollte stattdessen mit Blick auf das gesamte Verfahren beurteilt werden (vgl. N. 8). Eine sachlich begründbare Reduktion der Kontrolldichte ist deshalb verfassungsrechtlich zulässig, sofern der Rechtsschutz über den gesamten Instanzenzug noch wirksam ist. In der Praxis finden sich in diesem Zusammenhang Kompensationsmechanismen, die bei den Vorinstanzen der Verwaltungsgerichte ansetzen und die reduzierte Prüfungsdichte ausgleichen. An erster Stelle stehen verwaltungsinterne Beschwerde- und Rekursmöglichkeiten. Beide erlauben eine fachkundige, von der verfügenden Behörde distanzierte Kontrolle.[2809] Wo eine solche verwaltungsinterne Überprüfung nicht offen steht, verlangt das Bundesgericht in bestimmten Streitigkeiten ein besonders sorgfältig durchgeführtes Verwaltungsverfahren.[2810] Ein dritter Weg führt über das Organisationsrecht. Der wirksame Rechtsschutz kann durch eine Spezialisierung sichergestellt werden. Dank dieser kann ein Gericht den Vorinstanzen fachlich auf Augenhöhe begegnen und eine intensivere Kontrolle vornehmen als nichtspezialisierte Gerichte.[2811]

Wirksamer Rechtsschutz hat dort anzusetzen, wo eine Rechtsposition verletzt wurde. Aus Sicht der Betroffenen geht es um die **Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands**. Dieser Teilgehalt der Rechtsweggarantie kann zunächst durch den Zeitfaktor beeinträchtigt werden. So bergen kurze Verjährungsfristen die Gefahr, dass ein Anspruch wegen Zeitablaufs nicht mehr durchsetzbar ist, bevor die Betroffenen von ihm Kenntnis erlangen. Dies verletzt die Rechtsweggarantie.[2812] Im Vorfeld eines gerichtlichen Entscheids 43

2807 Begriff bei Malinverni/Hottelier/Hertig Randall/Flückiger, N. 1620, bezogen auf die Rechtsprechung des EGMR (« ‹juridictionalisation› de nombreux de secteurs de la vie administrative»).

2808 Vor einer zu weitgehenden gerichtlichen Kontrolle warnen Bachmann, S. 227 ff.; Müller, Rechtsweggarantie, S. 177 ff.; differenzierend zur Verteilung von Kontrollbefugnissen: Schindler, Verwaltungsermessen, N. 410 f.; Uhlmann, Kontrolle, S. 486 f.

2809 Schindler, Verwaltungsermessen, N. 468.

2810 BGE 132 II 257 E. 3.3.5 (besonders hohe Anforderungen an das Verfahren bei Interkonnektionsstreitigkeiten); BGE 137 V 210 E. 2.1.2.4 (Vorwirkungen von Art. 6 Ziff. 1 EMRK auf das Verwaltungsverfahren).

2811 Schindler, Verwaltungsermessen, N. 469 f.; Anna Rüfeli, Spezialisierung an Gerichten, in: Justice – Justiz – Giustizia 2/2013, N. 19 f.; zu den Vor- und Nachteilen der Spezialisierung im Hinblick auf den Rechtsschutz näher Consultative Council of European Judges (CCJE), Opinion (2012) No. 15 (on the specialisation of judges) vom 5./6.11.2012, N. 11–13 und N. 15–20.

2812 EGMR *Howald Moor et autres c. Suisse*, 52067/10 und 41072/11, 11.6.2014, § 74 ff.

müssen die Parteien zudem die Möglichkeit haben, durch behördliche Intervention eine Situation herbeizuführen, die einer wirksamen gerichtliche Kontrolle zu einem späteren Zeitpunkt überhaupt noch zugänglich ist. Unter Umständen fordert die Rechtsweggarantie den Suspensiveffekt eines Rechtsmittels oder den Erlass vorsorglicher Massnahmen.[2813] Neben dem Zeitfaktor spielt für die Wirksamkeit des Rechtsschutzes eine Rolle, welche Befugnisse dem angerufenen Gericht zukommen. Nur ein Gericht, das einen angefochtenen Entscheid auf- und einen rechtswidrigen Zustand beheben kann, genügt den verfassungsrechtlichen Anforderungen.[2814] Welche Kompetenzen einem Gericht zustehen, bestimmen vorab das anwendbare Verfahrens- und Sachgesetz (z.B. Feststellung einer Rechtsverletzung, Entschädigungszahlung, Wiederherstellung des vormaligen Rechtszustands).[2815] Werden der Justiz nicht oder zu wenig wirksame Instrumente in die Hand gegeben, kann sich ein Gericht unmittelbar auf Art. 29a BV stützen, um den rechtmässigen Zustand wirksam wiederherzustellen.[2816] Zu beachten ist allerdings die «Massgeblichkeit» von Bundesrecht. Die Justiz kann einen Vorentscheid des Bundesgesetzgebers nicht gestützt auf Art. 29a BV korrigieren (vgl. N. 4).

V. AUSNAHMEN, EINSCHRÄNKUNGEN UND VERZICHT

44 Die Rechtsweggarantie gilt nicht absolut. Zunächst sind Akte der Bundesversammlung und des Bundesrates im Prinzip nicht anfechtbar (vgl. N. 45 ff.). Art. 29a Satz 2 BV erlaubt dem Gesetzgeber überdies, von der Rechtsweggarantie abzuweichen. Solche bereichsspezifischen Ausnahmen bedürfen besonderer Rechtfertigung (vgl. N. 48 ff.). Davon zu unterscheiden sind Einschränkungen von Art. 29a BV. Während bereichsspezifische Ausnahmen den organisatorischen Teilgehalt von Art. 29a BV betreffen,

2813 Märkli, N. 163 f.; vgl. die Konstellationen in EGMR *Roth c. Suisse*, 69444/17, 8.2.2022, § 65 f.; EGMR *Plazzi c. Suisse*, 44101/18, 8.2.2022, § 56 f.

2814 BGE 144 I 181 E. 5.3.3; Griffel, Rechtsschutz, N. 21; Ders., Rechtsweggarantie, S. 276; Koller, Rechtsweggarantie, S. 307; Müller/Schefer, S. 917; vgl. für Art. 6 Ziff. 1 EMRK: EGMR *Kingsley vs. United Kingdom*, 35605/97, 7.11.2000, § 58; bestätigt durch die Grosse Kammer mit Urteil vom 28.5.2002.

2815 Vgl. BGE 144 I 181 E. 5.3.2.2. In diesem Fall ergab sich die Rechtsfolge aus dem kommunalen Recht.

2816 Vgl. Griffel, Rechtsweggarantie, S. 274 f. und S. 276. Zur Begründung von Rechtsfolgen von Grundrechtsverletzungen weiterführend Bernhard Rütsche, Rechtsfolgen von Grundrechtsverletzungen, Basel/Genf/München 2002, S. 331 ff.

beziehen sich Einschränkungen auf dessen prozedurale und finale Teilgehalte (vgl. N. 52 ff.).

A. Akte der Bundesversammlung und des Bundesrates

Nach Art. 189 Abs. 4 Satz 1 BV können Akte der Bundesversammlung und des Bundesrates nicht beim Bundesgericht angefochten werden. Diese Bestimmung knüpft den Ausschluss der Anfechtbarkeit an das entscheidende Organ. Hinter ihr steht die französische **Theorie der «actes de gouvernement»**, die postuliert, dass sämtliche Akte der Regierung und des Parlaments politisch und damit nicht justiziabel seien.[2817] Vor diesem Hintergrund schliesst Art. 189 Abs. 4 Satz 1 BV nicht nur – wie es der Wortlaut nahelegen würde – die Anfechtbarkeit beim Bundesgericht aus, sondern schlechthin bei allen Gerichten.[2818] 45

Die Theorie der «actes de gouvernement» ist in der Allgemeinheit, wie sie in Art. 189 Abs. 4 Satz 1 BV verwirklicht wird, kaum haltbar.[2819] Entscheide des Bundesrats und der Bundesversammlung mit Auswirkungen auf individuelle Rechtspositionen können durchaus gerichtlich geprüft werden, und sei es auch nur in Bezug auf ihr verfahrensrechtliches Zustandekommen.[2820] Ausserdem ist die Schweiz verpflichtet, den gerichtlichen Rechtsschutz gegen diejenigen Entscheide des Bundesrates und der Bundesversammlung sicherzustellen, die in den Anwendungsbereich der internationalen Rechtsweggarantien (Art. 6 Ziff. 1 EMRK; Art. 14 Ziff. 1 UNO-Pakt II) fallen.[2821] Diesem Umstand wie auch dem Gehalt von Art. 29a BV ist bei der Ausgestaltung von **Gegenausnahmen zu Art. 189 Abs. 4 Satz 1 BV** gestützt auf Satz 2 dieser Bestimmung Rechnung zu tragen. Die Überprüfung von 46

2817 BGE 134 V 443 E. 3.1: «L'idée est que les décisions du Conseil fédéral et de l'Assemblée fédérale sont des décisions essentiellement politiques, qui ne doivent pas pouvoir être portées devant le juge»; BGE 129 II 193 E. 4.2.2.

2818 Müller/Schefer, S. 921; SGK-Kley, Art. 29a BV N. 26.

2819 Vgl. auch die ausführliche Kritik bei Kayser, Abschied, S. 447 ff.

2820 BSK-Waldmann, Art. 29a BV N. 18. So weist Art. 33 lit. a VGG im Sinn einer Gegenausnahme nach Art. 189 Abs. 4 Satz 2 BV dem Bundesverwaltungsgericht die Zuständigkeit für Beschwerden gegen Verfügungen des Bundesrates auf dem Gebiet des Arbeitsverhältnisses des Bundespersonals zu; Art. 33 lit. b VGG enumeriert eine Reihe weiterer anfechtbarer Akte des Bundesrates, z.B. die Amtsenthebung eines Mitglieds des Bankrats (Art. 33 lit. b Ziff. 1 VGG) oder das Verbot von Organisationen nach dem Nachrichtendienstgesetz (Art. 33 lit. b Ziff. 4bis VGG).

2821 BGE 125 II 417 E. 4c.

Akten des Parlaments und der Regierung mit Auswirkungen auf individuelle schützenswerte Rechtspositionen (vgl. N. 18 ff.) sollte der Justiz überantwortet werden.[2822]

47 Die **Anwendungsbeispiele** von Art. 189 Abs. 4 Satz 1 BV ergeben ein buntes Bild: Nicht anfechtbar sind die Abstimmungserläuterungen des Bundesrats,[2823] der bundesrätliche Genehmigungsentscheid einer Tarifstruktur für Leistungserbringer der obligatorischen Krankenversicherung,[2824] bundesrätliche Entscheide auf dem Gebiet der inneren und äusseren Sicherheit des Landes,[2825] Grossverwaltungsakte[2826] und die Gewährleistung einer Kantonsverfassung durch die Bundesversammlung[2827]. Im Bereich der politischen Rechte schliesst Art. 189 Abs. 4 Satz 1 BV zwar die direkte Anfechtung von Akten des Bundesrates aus; das Bundesgericht gewährt aber ausnahmsweise unmittelbar gestützt auf Art. 29a BV gerichtlichen Rechtsschutz, wenn bei eidgenössischen Abstimmungen oder Wahlen nachträglich Unregelmässigkeiten entdeckt werden, welche geeignet waren, die Willensbildung zu verfälschen.[2828] Die bundesgerichtliche Kontrolle richtet sich auf die «Informationslage im Vorfeld einer Volksabstimmung»[2829]. Weil in dieser spezifischen Konstellation die Rechtsfrage im Vordergrund steht, ob die Wahl- und Abstimmungsfreiheit verletzt wurde, scheint es zumindest im Ergebnis vertretbar, wenn das Bundesgericht als einzige gerichtliche Instanz den Rechtsschutz sicherstellt, auch wenn die bundesgerichtliche Kognition den Anforderungen von Art. 29a BV an sich nicht genügt.[2830] Gemessen an verfassungsrechtlichen Kriterien bleibt dieser Rechtszustand indessen unbefriedigend und sollte an die Vorgaben der Rechtsweggarantie angepasst werden. Eine mögliche Lösung besteht darin,

2822 Kälin, Rechtsweggarantie, S. 58; Krause, N. 88; Müller/Schefer, S. 921 Fn. 99; BSK-Waldmann, Art. 29a BV N. 24; ähnlich Biaggini, Art. 29a BV N. 11.

2823 BGE 145 I 1 E. 5.1.1; BGE 138 I 61 E. 7.2.

2824 BGE 134 V 443 E. 3.2.

2825 Art. 32 Abs. 1 lit. a VGG i.V.m. Art. 72 lit. a VwVG; z.B. politische Ausweisungsentscheide (BGE 129 II 193 E. 2).

2826 Bachmann, S. 241; SGK-Kley, Art. 29a BV N. 27; BSK-Waldmann, Art. 29a BV N. 23; beispielsweise die Rahmenbewilligung für eine Kernanlage (Art. 32 Abs. 1 lit. e Ziff. 1 VGG).

2827 BGE 138 I 378 E. 5.2.

2828 BGE 147 I 194 E. 4.1.4; BGE 145 I 207 E. 1.4; BGE 138 I 61 E. 6.1.

2829 BGE 147 I 194 E. 4.1.4; BGE 138 I 61 E. 7.4.

2830 Tophinke, S. 106 f.; kritisch Biaggini, Art. 29a BV N. 8a; Krause, N. 353 f.

die Überprüfungsbefugnisse des Bundesgerichts punktuell, in Stimmrechtssachen des Bundes, zu öffnen.[2831]

B. Gesetzliche Ausnahmen (Art. 29a Satz 2 BV)

Nach Art. 29a Satz 2 BV können Bund und Kantone die richterliche Beurteilung in Ausnahmefällen durch Gesetz ausschliessen. Diese Ausnahmeklausel kommt nur innerhalb des sachlichen Anwendungsbereichs von Art. 29a BV zur Anwendung. Eine Auseinandersetzung, welche die Begriffselemente der «Rechtsstreitigkeit» nicht erfüllt, fällt von vornherein nicht unter die Rechtsweggarantie. Die Lehre spricht hier von unechten Ausnahmen von Art. 29a BV.[2832] Eine **echte Ausnahme** im Sinn von Art. 29a Satz 2 BV schliesst die gerichtliche Beurteilung aus, obschon diese grundsätzlich geboten wäre.[2833] Um zulässig zu sein, muss eine echte Ausnahme auf einer klaren gesetzlichen Grundlage beruhen. Der Ausschluss hat in der Form eines Gesetzes im formellen Sinn (Aspekt der Normstufe) und hinreichend deutlich (Aspekt der Normbestimmtheit) zu erfolgen.[2834] Als materielle Voraussetzung wird ein qualifiziertes öffentliches Interesse vorausgesetzt, das den Ausschluss der gerichtlichen Kontrolle rechtfertigt.[2835] 48

Die Ausnahmeklausel in Art. 29a Satz 2 BV ist restriktiv zu handhaben.[2836] Echte Ausnahmen fallen vorwiegend in **stark politisch geprägten Materien** in Betracht.[2837] Der politische Charakter einer Streitsache muss eindeutig im Vordergrund stehen und allenfalls tangierte private Interessen deutlich überlagern.[2838] Ein der entscheidenden Behörde eingeräumter Ermessensspielraum begründet noch nicht eine politische Streitigkeit. Zumindest die Grenzen der Ermessensbetätigung (Missbrauch, 49

2831 Bereits das geltende Recht kennt solche Öffnungen, so z.B. im Bereich der Militär- und Unfallversicherung (Art. 97 Abs. 2 BGG).

2832 Biaggini, Art. 29a BV N. 8; Dubey, N. 4164 f.; Müller/Schefer, S. 921 f.; Krause, N. 41 ff.; Rhinow/Koller/Kiss/Thurnherr/Brühl-Moser, N. 441; Tophinke, S. 98 f.

2833 Dubey, N. 4165; Tophinke, S. 96.

2834 BGE 147 I 206 E. 2.3; CR-Grodecki, Art. 29a BV N. 36; BSK-Waldmann, Art. 29a BV N. 22.

2835 Dubey, N. 4170; Kälin, Rechtsweggarantie, S. 58 («besondere Begründung»); Kiss, S. 291 («besonders begründet»); Koller, Rechtsweggarantie, S. 314 («spezifische Gründe»); Müller/Schefer, S. 923 f.; BSK-Waldmann, Art. 29a BV N. 23; Tophinke, S. 97 («spezifische Gründe»); Uhlmann, Rechtsschutz, N. 9 («qualifizierte Begründung»); aus der Rechtsprechung: BGE 147 I 333 E. 1.6.1 ff. (der Ausschluss des gerichtlichen Rechtsschutzes in der COVID-Verordnung Kultur hielt vor der Bundesverfassung nicht stand).

2836 BGE 147 I 1 E. 3.3.2; BGE 136 I 42 E. 1.5.4; BGE 136 II 436 E. 1.2.

Überschreitung oder Unterschreitung des Ermessens) sind justiziabel.[2839] Ob die politische Färbung einer Materie letztlich den Ausschluss der Gerichtskontrolle zu rechtfertigen vermag, ist in einer Gesamtwürdigung der berührten Verfassungsinteressen zu entscheiden.[2840] Die Rechtsetzung hat sich dabei spezifisch mit einzelnen «Rechtsstreitigkeiten» auseinanderzusetzen. Ein genereller Ausschluss bestimmter Fallkategorien anhand abstrakter Kriterien – z.B. des entscheidenden Organs[2841] – wäre mit Art. 29a BV nicht zu vereinbaren.[2842]

50 Auf **Bundesebene** kommt Art. 29a Satz 2 BV aus zwei Gründen eingeschränkte eigenständige Bedeutung zu.[2843] Zum einen entzieht Art. 189 Abs. 4 Satz 1 BV Akte des Bundesrates und der Bundesversammlung der gerichtlichen Kontrolle (vgl. N. 45). Zum anderen sind bundesrechtliche Bestimmungen für die Gerichte nach Art. 190 BV «massgebend». So schliesst Art. 32 VGG den gerichtlichen Rechtsschutz in einzelnen Sachfragen aus. Obschon die Bestimmung nach einem Teil der Lehre zu restriktiv ausfällt,[2844] bleibt sie aufgrund von Art. 190 BV verbindlich, es sei denn, eine Streitigkeit falle auch unter Art. 6 Ziff. 1 EMRK (vgl. N. 4).

51 Im **Zuständigkeitsbereich der Kantone** wird die Ausnahmeklausel von Art. 29a Satz 2 BV durch Art. 86 Abs. 3 BGG konkretisiert.[2845] Die Kantone dürfen

---

2837 Bachmann, S. 240 f.; Krause, N. 118 f.; BSK-Waldmann, Art. 29a BV N. 23. Die Materialien zur neuen Bundesverfassung und zur Totalrevision der Bundesrechtspflege erwähnen als Begründung für Ausnahmen nach Art. 29a Satz 2 BV den politischen Charakter einer Streitsache, die mangelnde Justiziabilität und die Ausgestaltung der demokratischen Mitwirkungsrechte in den Kantonen (Botschaft neue Bundesverfassung, S. 524; Botschaft Totalrevision der Bundesrechtspflege, S. 4388). Eigenständige Bedeutung hat bei näherem Hinsehen nur der politische Charakter einer «Rechtsstreitigkeit»; ähnlich wie hier Biaggini/Uhlmann, N. 39 f.; Kayser, Abschied, S. 457 f.; Müller, Rechtsweggarantie, S. 170; BSK-Waldmann, Art. 29a BV N. 23. So auch Bachmann, S. 240 f.; Krause, N. 118 f.

2838 BGE 147 I 1 E. 3.3.2; BGE 141 I 172 E. 4.4.1; BGE 136 I 42 E. 1.5.4.

2839 BGer, Urteil 2D_53/2020 vom 31. März 2023 E. 3.4.1.

2840 BGE 147 I 1 E. 3.3.2; BGE 141 I 172 E. 4.4.1; BGE 136 I 42 E. 1.5.4.

2841 Insofern steht die Regelung von Art. 189 Abs. 4 Satz 1 BV, die ausschliesslich auf das entscheidende Organ abstellt und den gerichtlichen Rechtsschutz gänzlich ausschliesst (vgl. N. 45), in einem Spannungsverhältnis zur Rechtsweggarantie.

2842 Boller, S. 364; Krause, N. 95.

2843 Ähnlich zur Bedeutung von Art. 29a Satz 2 BV auf Bundesebene: CR-Grodecki, Art. 29a BV N. 38 f.; SGK-Kley, Art. 29a BV N. 26; BSK-Waldmann, Art. 29a BV N. 24.

2844 Kayser, Abschied, S. 454 ff.; Tophinke, S. 100; SGK-Kley, Art. 29a BV N. 27.

2845 BGE 147 I 1 E. 3.3.1; BGE 141 I 172 E. 4.4.1.

für «Entscheide mit vorwiegend politischem Charakter» nicht-richterliche Behörden als unmittelbare Vorinstanzen des Bundesgerichts vorsehen. Der vorwiegend politische Charakter kann sich aus dem Inhalt des Entscheids oder aus dessen politischem Umfeld ergeben; in jedem Fall muss er offensichtlich sein und die privaten Interessen in den Hintergrund treten lassen.[2846] Zu den Entscheiden mit vorwiegend politischem Charakter gehören beispielsweise die Wahl eines kantonalen Verwaltungsrichters,[2847] die Ausübung der parlamentarischen Oberaufsicht,[2848] die Begnadigung,[2849] die Ablehnung der Ermächtigung zur Strafverfolgung einer Magistratsperson,[2850] der Entscheid über die Zusammenlegung von Gemeinden[2851] und Schulkreisen;[2852] hingegen nicht der Entscheid des Regierungsrates des Kantons Genf, eine Stiftung von der sog. Einregistrierungs- und Erbschaftssteuer zu befreien[2853], sowie die Vergabe einer Wasserrechtskonzession, wenn die Rechte und Pflichten der Konzessionärin detailliert geregelt sind.[2854]

C. Einschränkungen

Verfahrensgrundrechte statuieren prozedurale «Mindestgarantien»[2855], die weder eingeschränkt noch unterschritten werden dürfen. Das gilt aber nicht für alle ihre Teilgehalte.[2856] Auch die Rechtsweggarantie ist bei näherem Hinsehen zumindest partiell einschränkbar.[2857] Solche **Einschränkungen** sind von echten Ausnahmen nach Art. 29a Satz 2 BV zu unterscheiden. Sind die Voraussetzungen für eine echte Ausnahme (vgl. N. 48) erfüllt, kann die Rechtsetzung eine «Rechtsstreitigkeit» der gerichtlichen Kontrolle gänzlich

52

2846 BGE 147 I 1 E. 3.3.2; BGE 141 I 172 E. 4.4.1; BGE 136 I 42 E. 1.5.4.
2847 BGE 147 I 1 E. 3.3.4; BGE 141 I 173 E. 4.4.2.
2848 BGE 141 I 172 E. 4.4 f.
2849 BSK-Tophinke, Art. 68 BGG N. 22; vgl. BGE 106 Ia 131 E. 1a.
2850 BGE 135 I 113 E. 2.2; vgl. auch BGE 137 IV 269 E. 2.4.
2851 BGer 1C_459/2011 vom 4.9.2013 E. 4.
2852 BGer 2C_885/2011 vom 16.7.2020 E. 2.2.3.3.
2853 BGE 136 I 42 E. 1.6.
2854 BGE 136 II 436 E. 1.3.
2855 BGE 144 I 253 E. 3.8; BGE 134 I 159 E. 2.1.1; BGE 132 I 42 E. 3.3.1; BGE 121 I 225 E. 2.
2856 SGK-Steinmann, Art. 29 BV N. 8; Kiener/Kälin/Wyttenbach, § 41 N. 51; Biaggini, Art. 29a BV N. 18; Keller, N. 53; Thurnherr, Verfahrensgrundrechte und Verwaltungshandeln, N. 303 f.
2857 BGE 143 I 227 E. 5.1; BGE 130 I 312 E. 4.2; Biaggini, Art. 29a BV N. 9 f.; Dubey, N. 4185 ff.; BSK-Waldmann, Art. 29a BV N. 28 f.; Rhinow/Schefer/Uebersax, N. 2843; Schindler, Rechtsschutz, S. 217; a.M. CR-Grodecki, Art. 29a BV N. 6.

entziehen. Betroffen ist der organisatorische Gehalt von Art. 29a BV. Einschränkungen tangieren demgegenüber den prozeduralen und finalen Gehalt von Art. 29a BV. Der Zugang zum Gericht wird erschwert, aber nicht ausgeschlossen.

53 Einschränkungen von Art. 29a BV unterliegen weniger strengen Anforderungen als echte Ausnahmen nach Art. 29a Satz 2 BV. Sie müssen zwar auch auf einer **rechtlichen Grundlage** beruhen, doch sind bei der Normstufe und -bestimmtheit den Flexibilisierungsbedürfnissen der Rechtsetzung Rechnung zu tragen. Weiter müssen Einschränkungen der Rechtsweggarantie einem **öffentlichen Interesse** dienen und **verhältnismässig** sein.[2858] Legitime öffentliche Interessen bestehen namentlich an einem effizienten Verfahrensablauf und der Verhinderung unnötiger Gerichtsprozesse. Beide sind so gewichtig, dass sie eine Einschränkung des prozeduralen und finalen Gehalts von Art. 29a BV zu rechtfertigen vermögen. Eine Reihe prozessualer Institute, die der Verfahrensstraffung dienen, gelten denn auch als verfassungsrechtlich unbedenklich (so die «üblichen» Eintretens- und Prozessvoraussetzungen,[2859] Form- und Fristbestimmungen[2860] sowie die Kostenvorschusspflicht[2861]). Mittel- und langfristig wird die Digitalisierung der Justiz die Frage aufwerfen, inwieweit eine ausschliesslich computerbasierte Kommunikation mit und durch Gerichte den Zugang zur Justiz einschränkt. Für Personen ohne entsprechende technische und sprachliche Fähigkeiten kann die Umstellung auf eine digitale Kommunikation die Rechtsweggarantie faktisch aushebeln.[2862] Dabei unterliegt der digitalisierte Gerichtszugang den gleichen verfassungsrechtlichen Kriterien wie der analoge. Neben dem Gebot der Allgemeinzugänglichkeit ist das Verbot des überspitzten Formalismus zu beachten.[2863]

2858 Vgl. BGE 143 I 227 E. 5.1; BGE 130 I 312 E. 4.2 (beide Entscheide allerdings mit dem missverständlichen Hinweis auf Art. 36 BV; dazu Schindler, Rechtsschutz, S. 217).

2859 BGE 137 II 409 E. 4.2; Bachmann, S. 242; Rhinow/Koller/Kiss/Thurnherr/Brühl-Moser, N. 433; Spori, S. 151. Unpräzis ist es, wenn das Erfordernis eines schutzwürdigen Interesses als Einschränkung von Art. 29a BV qualifiziert wird (z.B. BGer 5A_2/2019 vom 1.7.2019 E. 3.2), denn der sachliche Anwendungsbereich der Rechtsweggarantie erstreckt sich nur auf «Rechtsstreitigkeiten», an denen ein schutzwürdiges Interesse besteht (vgl. N. 25 f.).

2860 Kayser, Zugang, N. 121 f.

2861 BGE 143 I 227 E. 5.1; BGE 132 I 134 E. 2.

2862 Vgl. Kiener, Zugang zur Justiz, S. 75; Kayser, Zugang, N. 125.

Eine praktisch sehr bedeutsame Einschränkung von Art. 29a BV stellen Gerichtskosten dar. Gemäss einer im Jahr 2021 publizierten Studie beträgt die **Gerichtsgebühr zur Durchsetzung einer zivilrechtlichen Forderung** von Fr. 100'000.00 im schweizweiten Durchschnitt Fr. 8'189.00. Hinzu kommen weitere Rechtsverfolgungskosten (eigene Anwaltskosten, Kosten eines Beweisverfahrens, allenfalls gegnerische Anwaltskosten). Das Kostenrisiko dürfte bei rund Fr. 34'330.00 liegen.[2864] Diese Rechtsverfolgungskosten sind erheblich, erschweren die Forderungsdurchsetzung und sind im Licht von Art. 29a BV problematisch.[2865] Dabei sind die Gerichtskosten derjenige Kostenfaktor, den der Staat direkt beeinflussen kann. Ihre Erhebung liegt im Wesentlichen aus zwei Gründen im öffentlichen Interesse. Gerichtskosten stellen erstens das Entgelt für die Tätigkeit der Justiz dar und haben insoweit eine fiskalpolitische Bedeutung. Zweitens können Gerichtskosten präventiv unnötige Gerichtsverfahren verhindern, weil eine Partei nicht leichtfertig ein kostspieliges Verfahren riskiert.[2866] Als verfassungsrechtliche Kriterien für die Höhe der Gerichtskosten sind der Aspekt des wirksamen Individualrechtsschutzes und die rechtsstaatlichen Funktionen der Justiz (vgl. N. 13) heranzuziehen. Zusätzlich sind das Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzip zu bedenken. Während das Kostendeckungsprinzip bei Gerichtsgebühren kaum von Bedeutung ist, weil die Justiz ihre Kosten erfahrungsgemäss nicht durch eigene Einnahmen decken kann,[2867] verlangt das Äquivalenzprinzip ein vernünftiges Verhältnis zwischen dem Wert der erbrachten staatlichen Leistung und dem dafür verlangten Entgelt.[2868] 54

Stärker als im Zivil- spielen im **öffentlichen Verfahrensrecht** die rechtsstaatlichen Funktionen der Justiz (N. 13) eine Rolle. In einem solchen Verfahren kann es beispielsweise um den Schutz zukünftiger Generationen gehen.[2869] Das öffentliche Interesse am Ausgang eines Verfahrens spricht für 55

2863 Vgl. EGMR *Xavier Lucas c. France*, 15567/20, 9.6.2022, § 42 ff. (überspitzt formalistische Handhabung des elektronischen Gerichtszugangs); EGMR *Stiching Langdoed Steenbergen and others v. Netherlands*, 19732/17, 16.2.2021, § 51 f. (zulässige online-Publikation einer Allgemeinverfügung).

2864 Sørensen/Meier, S. 507.

2865 Sørensen/Meier, S. 607 f.

2866 Kiener, Zugang zur Justiz, S. 55; in diesem Sinn auch BGE 143 I 227 E. 5.1; BGE 141 I 105 E. 3.3.2; BGE 120 Ia 171 E. 2a.

2867 BGE 139 III 334 E. 3.2.3.

2868 BGE 139 III 334 E. 3.2.4; BGE 120 Ia 171 E. 2a.

2869 Z.B. BGE 146 I 145 («KlimaSeniorinnen»).

einen niederschwelligen – und das heisst auch: kostengünstigen – Rechtsschutz.[2870] Die Rechtsetzung sollte vor diesem Hintergrund stärker als bisher zwischen verschiedenen Verfahrenstypen unterscheiden und die Gerichtskosten daran ausrichten, inwiefern ein Verfahren auch der Verwirklichung öffentlicher Interessen dient.[2871]

D. Verzicht

56 Auf den gerichtlichen Rechtsschutz kann die grundrechtsberechtigte Person verzichten und sich einem privaten Schiedsgericht unterwerfen.[2872] Dass im Schiedsverfahren kein Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege besteht, ist nach der höchstrichterlichen Praxis mit Art. 29a BV vereinbar.[2873] Die Rechtsprechung des EGMR differenziert weiter danach, ob sich die betroffene Person freiwillig dem **Schiedsverfahren** unterzog oder dazu gezwungen («forcé[e]») wurde. Von einer erzwungenen Schiedsklausel im Sinn der Rechtsprechung ist z.B. bei nicht verhandelbaren Schiedsbestimmungen in den Statuten eines Sportverbands auszugehen. Die freiwillig akzeptierte Schiedsklausel ist im Licht von Art. 6 Ziff. 1 EMRK im Prinzip unproblematisch.[2874] Ein «erzwungenes» Schiedsverfahren muss den verfahrensrechtlichen Standard von Art. 6 Ziff. 1 EMRK einhalten.[2875]

Stand der Kommentierung: Juli 2023.

Zum Autor

PD Dr. iur. Matthias Kradolfer, Rechtsanwalt, ist Oberrichter, nebenamtlicher Bundesrichter und Privatdozent für öffentliches Recht an der Universität Zürich.

2870 Brunner, S. 279 f.

2871 Näher Brunner, S. 280 f.

2872 EGMR *Suda c. République Tchèque*, 1643/06, 28.10.2010, § 48; Kayser, Zugang, N. 77; BSK-Waldmann, Art. 29a BV N. 30; allgemein zum Grundrechtsverzicht: BGE 138 I 331 E. 6.1.

2873 BGE 147 III 586 E. 4.4.1.

2874 EGMR *Suda c. République Tchèque*, 1643/06, 28.10.2010, § 49; EGMR *Tabbane c. Suisse*, 41069/12, 1.3.2016, § 27.

2875 EGMR *Suda c. République Tchèque*, 1643/06, 28.10.2010, § 49; EGMR *Tabbane c. Suisse*, 41069/12, 1.3.2016, § 26.

EMPFOHLENE WEITERFÜHRENDE LEKTÜRE

Bickel Jürg/Oeschger Magnus/Stöckli Andreas, Die verfahrensfreie Verfügung, ZBl 110 (2009), S. 593–624.

Corboz Bernard, La protection des droits ou la justice en question, ZSR 107 (1988) II, S. 159–213.

Martin Pierre, Probleme des Rechtsschutzes, ZSR 107 (1988) II, S. 9–153.

Müller-Graf Thomas, Entrechtlichung durch Informalisierung?, Basel et al. 2001.

Pfenninger Hanspeter, Rechtliche Aspekte des informellen Verwaltungshandelns: Verwaltungshandeln durch informell-konsensuale Kooperation unter besonderer Berücksichtigung des Umweltschutzrechts, Freiburg 1996.

Plattmann-Steiner Roland, Tatsächliches Verwaltungshandeln, Zürich 1990.

Richli Paul, Rechtsschutz gegen verfügungsfreies Staatshandeln, AJP 1998, S. 1426–1442.

Rhinow René, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Wandel, in: Georg Müller/René A. Rhinow/Gerhard Schmid/Luzius Wildhaber (Hrsg.), Staatsorganisation und Staatsfunktionen im Wandel, Festschrift für Kurt Eichenberger zum 60. Geburtstag, Basel et al. 1982, S. 657–672.

Rohner Christoph, Probleme des Rechtsschutzes, ZSR 107 (1988) II, S. 220–299.

Rütsche Bernhard, Was sind öffentliche Rechte und Pflichten? Überlegungen zum Rechtscharakter der Verfügung, in: Rüssli Markus /HänniJulia /Häggi Furrer Reto (Hrsg.), Staats- und Verwaltungsrecht auf vier Ebenen, Festschrift für Tobias Jaag, Zürich et al. 2012, S. 69–79.

Tschopp-Christen Marianne, Rechtsschutz gegenüber Realakten des Bundes (Art. 25a VwVG), Zürich et al. 2009.

LITERATURVERZEICHNIS

Aemisegger Heinz/Haag Stephan, Kommentierung zu Art. 33 RPG, in: Aemisegger Heinz/Moor Pierre/Ruch Alexander/Tschannen Pierre (Hrsg.),

Praxiskommentar RPG: Baubewilligung, Rechtsschutz und Verfahren, Zürich et al. 2020 (zit. RPG-Praxiskomm.-Aemisegger/Haag).

Albertini Michele, Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates, Bern 2000.

Bachmann Gregor, Anspruch auf Verfahren und Entscheid. Der Zugang zum Verwaltungsverfahren und zur Verwaltungsrechtspflege unter besonderer Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Verfahrensgarantien, Bern 2019.

Beusch Michael, Auswirkungen der Rechtsweggarantie von Art. 29a BV auf den Rechtsschutz im Steuerrecht, ASA 2005, S. 709–754.

Biaggini Giovanni, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2017 (zit. Biaggini).

Biaggini Giovanni/Uhlmann Felix, Rechtsschutzlücken, Evaluation der Wirksamkeit der neuen Bundesrechtspflege: Teilprojekt Rechtsschutzlücken, Zürich 2013, verfügbar unter https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/staat/evaluation/ber-zfr-eval-bundesrechtspflege-d.pdf.

Binder Anja Martina, Expertenwissen und Verfahrensgarantien, Zürich et al. 2016.

Bisaz Corsin, Die direkte Anfechtbarkeit von Realakten im Verfahrensrecht des Kantons Graubünden, ZBl 121 (2020), S. 3–20.

Boillat Philippe/O'Flaherty Michael, Handbook on European law relating to access to justice, Luxemburg 2016.

Boller Marcel, Rechtsstaat und Rechtsweggarantie, Die Rekonstruktion eines materiellen Rechtsstaatsbegriffs und sein Nachweis in der US-amerikanischen Klausel des due process und der Rechtsweggarantie, Zürich et al. 2016.

Brunner Arthur, Gefährden die Verfahrenskosten die Verwirklichung des objektiven Verwaltungsrechts?, BVR 2022, S. 262–283.

Dubey Jacques, Droits fondamentaux. Volume II : Libertés, garanties de l'État de droit, droits sociaux et politiques, Basel 2018.

Fleiner Fritz, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl., Tübingen 1928 (Neudruck Aalen 1963).

Flückiger Alexandre, L'extension du contrôle juridictionnel des activités de l'administration, Bern 1998.

Flückiger Thomas, Welchen Beitrag leisten die Gerichte zur Effektivität des Rechtsschutzes im Sozialversicherungsrecht?, in: Stephan Fuhrer/Ueli Kieser/Stephan Weber (Hrsg.), Mehrspuriger Schadensausgleich – des différentes voies menant à la réparation du dommage, Zürich et al. 2022, S. 1105–1126.

Gächter Thomas, Rechtsweg-Garantie: Ein Grundrecht auf Raten, plaidoyer 2006, S. 31–33.

Giacometti Zaccaria, Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, Zürich 1960.

Grabenwarter Christoph/Pabel Katharina, Europäische Menschenrechtskonvention, 7. Aufl., Basel et al. 2021.

Griffel Alain, Auswirkungen der Rechtsweggarantie auf die Entscheidbefugnis eines Gerichts, in: Peter Breitschmid/Ingrid Jent-Sørensen/Hans Schmid/Miguel Sogo (Hrsg.), Tatsachen – Verfahren – Vollstreckung, Festschrift für Isaak Meier zum 65. Geburtstag, Zürich 2015, S. 263–277 (zit. Griffel, Rechtsweggarantie).

Griffel Alain, Rechtsschutz, in: Oliver Diggelmann/Maya Hertig Randall/Benjamin Schindler (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Band II: Rechtsstaatlichkeit – Grund- und Menschenrechte, Zürich et al. 2020, S. 1073–1093 (zit. Griffel, Rechtsschutz).

Grodecki Stéphane, Kommentierung zu Art. 29a BV, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Commentaire Romand, Constitution fédérale, Basel 2021 (zit. CR-Grodecki).

Gygi Fritz, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., Bern 1983.

Haefliger Arthur/Schürmann Frank, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz, 2. Aufl., Bern 1999.

Häfelin Ulrich/Müller Georg/Uhlmann Felix, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zürich et al. 2020.

Häner Isabelle, Kommentierung zu Art. 48 VwVG, in: Auer Christoph/Müller Markus/Schindler Benjamin (Hrsg.), Dike-Kommentar, Bundesgesetz über das

Verwaltungsverfahren (VwVG), 2. Aufl., Zürich et al. 2019 (zit. Dike-Komm.-Häner).

Hangartner Ivo, Recht auf Rechtsschutz, AJP 2002, S. 131–155.

Herzog Ruth, Art. 6 EMRK und kantonale Verwaltungsrechtspflege, Bern 1995 (zit. Herzog, Verwaltungsrechtspflege).

Herzog Ruth, Auswirkungen auf die Staats- und Verwaltungsrechtspflege in den Kantonen, in: Pierre Tschannen (Hrsg.), Neue Bundesrechtspflege – Auswirkungen der Totalrevision auf den kantonalen und eidgenössischen Rechtsschutz, Berner Tage für die juristische Praxis (BTJP) 2006, Bern 2007, S. 43–111 (zit. Herzog, Auswirkungen).

Imboden Max, Erfahrungen auf dem Gebiet der Verwaltungsrechtsprechung in den Kantonen und im Bund, ZSR 66 (1947) II, S. 1a–93a.

Jordan Romain/Grodecki Stéphane, Le droit à l'accès au juge (Art. 29a Cst.) : Une voie redoutable souvent oubliée, Anwaltsrevue 2018, S. 432–439.

Jent-Sørensen Ingrid/Meier Isaak, Was dürfen Zivilgerichte kosten?, ZZZ 2021, S. 498–519, S. 605–624.

Kälin Walter, Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde, 2. Aufl., Bern 1994 (zit. Kälin, Staatsrechtliche Beschwerde).

Kälin Walter, Die Bedeutung der Rechtsweggarantie für die kantonale Verwaltungsjustiz, ZBl 100 (1999), S. 49–63 (zit. Kälin, Rechtsweggarantie).

Kaufmann Mathias, Der öffentlichrechtliche Anspruch, Zürich et al. 2015.

Kayser Martin, § 146 Der Zugang zur Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Armin von Bogdandy/Peter M. Huber/Lena Marcusson (Hrsg.), Handbuch Ius Publicum Europaeum, Band IX: Verwaltungsgerichtsbarkeit in Europa: Gemeineuropäische Perspektiven und supranationaler Rechtsschutz, Heidelberg 2021, S. 251–337 (zit. Kayser, Zugang).

Kayser Martin, Verwaltungsgerichte und Politik – der lange Abschied von den actes de gouvernement, in: Markus Rüssli/Julia Hänni/Reto Häggi Furrer (Hrsg.), Staats- und Verwaltungsrecht auf vier Ebenen, Festschrift für Tobias Jaag, Zürich et al. 2012, S. 443–458 (zit. Kayser, Abschied).

Keller Helen, § 225 Garantien fairer Verfahren und rechtliches Gehör, in: Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Heidelberg et al. 2007, S. 639–667.

Kiener Regina, Richterliche Unabhängigkeit, Bern 2001 (zit. Kiener, Unabhängigkeit).

Kiener Regina, Zugang zur Justiz, ZSR 138 (2019) II, S. 5–99 (zit. Kiener, Zugang zur Justiz).

Kiener Regina/Kälin Walter/Wyttenbach Judith, Grundrechte, 3. Aufl., Bern 2018.

Kiener Regina/Rütsche Bernhard/Kuhn Mathias, Öffentliches Verfahrensrecht, 3. Aufl., Zürich 2021.

Kiss Christina, Rechtsweggarantie und Totalrevision der Bundesrechtspflege, ZBJV 134 (1998), S. 288–295.

Kley Andreas, Kommentierung zu Art. 29a BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (Hrsg.), St. Galler Kommentar, Die schweizerische Bundesverfassung, 4. Aufl., Zürich et al. 2023 (zit. SGK-Kley).

Kley Andreas, Der richterliche Rechtsschutz gegen die öffentliche Verwaltung, Zürich 1995.

Koller Heinrich, Grundzüge der neuen Bundesrechtspflege und des vereinheitlichten Prozessrechts, ZBl 107 (2006), S. 57–87 (zit. Koller, Bundesrechtspflege).

Koller Heinrich, Rechtsweggarantie als Grundrecht, in: Rapports suisses présentés au XVème Congrès international de droit comparé 34, Zürich 1998, S. 305–336 (zit. Koller, Rechtsweggarantie).

Kölz Alfred/Häner Isabelle/Bertschi Martin, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl., Zürich 2013.

Krause José, Die Rechtsweggarantie (Art. 29a BV) im Bereich der politischen Rechte, Zürich et al. 2017.

Kühne Hans-Heiner, Kommentierung zu Art. 6 EMRK, in: Pabel Katharina/Schmahl Stefanie (Hrsg.), Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention, Hürth 2021 (zit. EMRK-Komm.-Kühne).

Largey Thierry, Le contrôle juridictionnel des actes matériels, AJP 2019, S. 67–77.

Malinverni Giorgio/Hottelier Michel/Hertig Randall Maya/Flückiger Alexandre, Droit constitutionnel suisse, Volume II : Les droits fondamentaux, 4. Aufl., Bern 2021.

Märkli Benjamin, Die aufschiebende Wirkung im öffentlichen Recht des Bundes und der Kantone, Zürich 2022.

Marti Arnold, Die aktuelle Justizreform – Abschluss einer über hundertjährigen Entwicklung hin zur umfassenden Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Schweiz, in: Roger Zäch/Christine Breining-Kaufmann/Peter Breitschmid/Wolfgang Ernst/Paul Oberhammer/Wolfgang Portmann/Andreas Thier (Hrsg.), Individuum und Verband, Festgabe zum Schweizerischen Juristentrag 2006, Zürich et al. 2006, S. 505–525.

Meyer Kilian, Perspektiven der Schaffhauser Verwaltungsrechtspflege, in: Kilian Meyer/Oliver Herrmann/Stefan Bilger (Hrsg.), Kommentar zur Schaffhauser Verwaltungsrechtspflege, EIZ Publishing, (ohne Verlagsort) 2021, S. 25–37.

Miehsler Herbert, Kommentierung zu Art. 6 EMRK, in: Pabel Katharina/Schmahl Stefanie (Hrsg.), Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention, Hürth 2021 (zit. EMRK-Komm.-Miehsler).

Mohler Markus, Zur Anfechtbarkeit polizeilicher intervenierender Realakte unter dem Gesichtspunkt der Rechtsweggarantie gemäss Art. 29a BV-Justizreform, AJP 2007, S. 461–472.

Moor Pierre/Flückiger Alexandre/Martenet Vincent, Droit administratif, Volume I : Les fondements, 3. Aufl., Bern 2012.

Moor Pierre/Poltier Etienne, Droit administratif, Volume II : Les actes administratifs et leur contrôle, 3. Aufl., Bern 2011.

Müller Jörg Paul/Schefer Markus, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2008.

Müller Markus, Das besondere Rechtsverhältnis, Ein altes Rechtsinstitut neu gedacht, Bern 2003 (zit. Müller, Rechtsverhältnis).

Müller Markus, Die Rechtsweggarantie – Chancen und Risiken, ZBJV 140 (2004), S. 161–197 (zit. Müller, Rechtsweggarantie).

Müller Markus, Grenzsituationen in der Verwaltungsrechtspflege, ZBl 120 (2019), S. 295–317 (zit. Müller, Grenzsituationen).

Müller Markus, Kommentar zum Urteil 1C_517/2016, ZBl 118 (2017), S. 437–450 (zit. Müller, Kommentar).

Müller Markus, Rechtsschutz gegen Verwaltungsrealakte, in: Pierre Tschannen (Hrsg.), Neue Bundesrechtspflege – Auswirkungen der Totalrevision auf den kantonalen und eidgenössischen Rechtsschutz, Berner Tage für die juristische Praxis (BTJP) 2006, Bern 2007, S. 313–373 (zit. Müller, Verwaltungsrealakte).

Müller Markus, Kommentierung zu Art. 5 VwVG, in: Auer Christoph/Müller Markus/Schindler Benjamin (Hrsg.), Dike-Kommentar, Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), 2. Aufl., Zürich et al. 2019 (zit. Dike-Komm.-Müller).

Poledna Tomas, Verfügung und verfügungsfreies Handeln im öffentlichen Personalrecht – ein Praxisüberblick, AJP 1998, S. 914–925.

Rhinow René, Die Bundesverfassung 2000, Basel 2000.

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

Rhinow René/Schefer Markus/Uebersax Peter, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3. Aufl., Basel 2016.

Rhode Deborah L., Access to Justice, Oxford 2004.

Schaub Lukas, Die gerichtlichen Verfahrensgarantien: verkannter Gehalt der Rechtsweggarantie von Art. 29a BV, AJP 2008, S. 1124–1132.

Schindler Benjamin, § 136 Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Schweiz, in: Armin von Bogdandy/Peter M. Huber/Lena Marcusson (Hrsg.), Handbuch Ius Publicum Europaeum, Band VIII: Verwaltungsgerichtsbarkeit in Europa:

Institutionen und Verfahren, Heidelberg 2019, S. 601–662 (zit. Schindler, Verwaltungsgerichtsbarkeit).

Schindler Benjamin, Rechtsschutz im Polizeirecht: Eine Standortbestimmung, Sicherheit & Recht 2012, S. 215–221 (zit. Schindler, Rechtsschutz).

Schindler Benjamin, Verwaltungsermessen, Gestaltungskompetenzen der öffentlichen Verwaltung in der Schweiz, Zürich et al. 2011 (zit. Schindler, Verwaltungsermessen).

Schindler Benjamin, Kommentierung zur Einleitung VwVG, in: Auer Christoph/Müller Markus/Schindler Benjamin (Hrsg.), Dike-Kommentar, Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), 2. Aufl., Zürich et al. 2019 (zit. Dike-Komm.-Schindler).

Schmidt-Assmann Eberhard, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung, 2. Aufl., Heidelberg 2006.

Seferovic Goran, Kommentierung zu Art. 189 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Basel 2015 (zit. BSK-Seferovic).

Spori Marion, Vereinbarkeit des Erfordernisses des aktuellen schutzwürdigen Interesses mit der Rechtsweggarantie von Art. 29a BV und dem Recht auf eine wirksame Beschwerde nach Art. 13 EMRK, AJP 2008, S. 147–152.

Stähelin Beda, Rechtsverfolgungskosten und unentgeltliche Rechtspflege im Lichte der Rechtsgleichheit, Zürich/Basel/Genf 2017

Stefanović Valentina, Zugang zum Recht: Der fehlende Rechtsschutz in der Schweiz, in: Jusletter 4. Oktober 2021.

Steinmann Gerold, Kommentierung zu Art. 29 BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (Hrsg.), St. Galler Kommentar, Die schweizerische Bundesverfassung, 3. Aufl., Zürich et al. 2014 (zit. SGK-Steinmann).

Storskrubb Eva/Ziller Jacques, Access to Justice in European Comparative Law, in: Francesco Francioni (Hrsg.), Access to Justice as a Human Right, Oxford 2007, S. 177–203.

Szente Zoltán, Conceptualizing the principle of effective legal protection in administrative law, in: Zoltán Szente/Konrad Lachmayer (Hrsg.), The Principle of Effective Legal Protection in Administrative Law, A European Comparison, London et al. 2017, S. 4–28.

Tanquerel Thierry, Manuel de droit administratif, 2. Aufl., Zürich et al. 2018.

Thurnherr Daniela, Rechtsschutz im Kontext von Soft Law – eine Auslegeordnung, LeGes 2018, S. 2–21 (zit. Thurnherr, Rechtsschutz).

Thurnherr Daniela, Verfahrensgrundrechte und Verwaltungshandeln, Zürich et al. 2013 (zit. Thurnherr, Verfahrensgrundrechte und Verwaltungshandeln).

Thurnherr Daniela, Verfahrensgrundrechte, in: Oliver Diggelmann/Maya Hertig Randall/Benjamin Schindler (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Band II: Rechtsstaatlichkeit, Grund- und Menschenrechte, Zürich et al. 2020, S. 1477–1498 (zit. Thurnherr, Verfahrensgrundrechte).

Tophinke Esther, Bedeutung der Rechtsweggarantie für die Anpassung der kantonalen Gesetzgebung, ZBl 107 (2006), S. 88–110.

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

Tschannen Pierre, Amtliche Warnungen und Empfehlungen, ZSR 139 (1999) II, S. 355–455.

Tschannen Pierre/Müller Markus/Kern Markus, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Bern 2022.

Uhlmann Felix, § 40 Verfahrensgrundrechte, in: Giovanni Biaggini/Thomas Gächter/Regina Kiener (Hrsg.), Staatsrecht, 3. Aufl., Zürich et al. 2021, S. 616–631 (zit. Uhlmann, Verfahrensgrundrechte).

Uhlmann Felix, Die Kontrolle des Verwaltungshandelns, ZBl 118 (2017), S. 471–489 (zit. Uhlmann, Kontrolle).

Uhlmann Felix, The principle of effective legal protection in Swiss administrative law, in: Zoltán Szente/Konrad Lachmayer (Hrsg.), The Principle of Effective Legal Protection in Administrative Law, A European Comparison, London et al. 2017, S. 304–314 (zit. Uhlmann, Principle).

Uhlmann Felix, Kommentierung zu Art. 5 VwVG, in: Waldmann Bernhard/Weissenberger Philippe (Hrsg.), Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl., Zürich et al. 2016 (zit. VwVG-Praxiskomm.-Uhlmann).

Waldmann Bernhard, Kommentierung zu Art. 29a BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Basel 2015 (zit. BSK-Waldmann).

Waldmann Bernhard, Justizreform und öffentliche Rechtspflege – quo vadis?, AJP 2003, S. 747–760 (zit. Waldmann, Justizreform).

Waldmann Bernhard, Vom Umgang mit organisatorischen, innerdienstlichen und anderen Anordnungen ohne Verfügungscharakter, ZSR 133 (2014) I, S. 489–515 (zit. Waldmann, Anordnungen).

Waldmann Bernhard/Bachmann Gregor, Zur Anfechtbarkeit verwaltungsorganisatorischer Anordnungen, sui-generis 2017, S. 91–101.

Weber Bernhard, Rechtsweggarantie und Totalrevision in der Bundesrechtspflege: Gedanken und ungeklärte Fragen aus Sicht der kantonalen Verwaltungsgerichtsbarkeit, ZBJV 134 (1998), S. 177–188.

Weber-Dürler Beatrice/Kunz-Notter Pandora, Kommentierung zu Art. 25a VwVG, in: Auer Christoph/Müller Markus/Schindler Benjamin (Hrsg.), Dike-Kommentar, Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), 2. Aufl., Zürich et al. 2019 (zit. Dike-Komm.-Weber-Dürler/Kunz-Notter).

Wiederkehr René, Was sind «schützenswerte Rechtspositionen» nach Art. 29a BV?, AJP 2022, S. 1326–1335.

Wiederkehr René/Egli Philipp, Rechtsweggarantie und Rechtsverhältnislehre: Eine Analyse der neueren Rechtsprechung zu Art. 29a BV, Art. 5, Art. 25 und Art. 25a VwVG, recht 2021, S. 40–54.

Wiederkehr René/Richli Paul, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts, Band I, Bern 2012.

Zwahlen Henri, Le fonctionnement de la justice administrative en droit fédéral et dans les cantons, ZSR 66 (1947) II, S. 96a–170a.

MATERIALIENVERZEICHNIS

Bericht über die Totalrevision der Bundesverfassung (Motionen Obrecht und Dürrenmatt) vom 6.11.1985, BBl 1985 III 1 ff., verfügbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/ 1985/3_1_ _/de (zit. Bericht Totalrevision Bundesverfassung).

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über das Verwaltungsverfahren (Bundesverwaltungsverfahren) vom 24.9.1965, BBl 1965 II 1348 ff. (zit. Botschaft VwVG).

Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20.11.1996, BBl 1997 I 1 ff., verfügbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1997/1_1_1_1/de (zit. Botschaft neue Bundesverfassung).

Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege vom 28.2.2001, BBl 2001 4202 ff., verfügbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2001/731/de (zit. Botschaft Totalrevision der Bundesrechtspflege).

Expertenkommission für die Totalrevision der Bundesrechtspflege, Schlussbericht an das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (Juni 1997), verfügbar unter https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/staat/gesetzgebung/archiv/bundesrechtspflege.html (zit. Expertenkommission für die Totalrevision der Bundesrechtspflege).

Expertenkommission für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung, Bericht, Bern 1977, verfügbar unter https://www.bj.admin.ch/archive (zit. Expertenkommission).

Reform der Bundesverfassung. Erläuterungen zum Verfassungsentwurf, Bern 1995, verfügbar unter https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/staat/gesetzgebung/archiv/bundesverfassung.html (zit. Erläuterungen Verfassungsentwurf [1995]).

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 30 BV

Eine Kommentierung von Reto Walther

ZITIERVORSCHLAG

Reto Walther, Kommentierung zu Art. 30 BV, in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (Hrsg.), Onlinekommentar zur Bundesverfassung

Kurzzitat: OK-Walther, Art. 30 BV N. XXX.

Art. 30 Gerichtliche Verfahren

[1] Jede Person, deren Sache in einem gerichtlichen Verfahren beurteilt werden muss, hat Anspruch auf ein durch Gesetz geschaffenes, zuständiges, unabhängiges und unparteiisches Gericht. Ausnahmegerichte sind untersagt.

[2] Jede Person, gegen die eine Zivilklage erhoben wird, hat Anspruch darauf, dass die Sache vom Gericht des Wohnsitzes beurteilt wird. Das Gesetz kann einen anderen Gerichtsstand vorsehen.

[3] Gerichtsverhandlung und Urteilsverkündung sind öffentlich. Das Gesetz kann Ausnahmen vorsehen.

GLIEDERUNG

I. Entstehungsgeschichte 615
II. Kontext 616
III. Kommentar i.e.S. 619
A. Persönlicher Schutzbereich 619
B. Durch Gesetz geschaffenes, zuständiges, unabhängiges und unparteiisches Gericht (Abs. 1) 620
1. Sachlicher Geltungsbereich 620
2. Gesetzmässigkeit des Gerichts 622
3. Zuständigkeit des Gerichts 626
4. Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Gerichts 628
a. Unabhängigkeit 631
b. Unparteilichkeit 632
c. (Partei)politische Bestellung der Gerichte 638
5. Fehlende Einschränkbarkeit 647
6. Rechtsfolgen 648
C. Anspruch auf den Wohnsitzgerichtsstand der zivilbeklagten Person 649
D. Öffentliche Gerichtsverfahren 650
1. Geltungsbereich und Tragweite 651
2. Einschränkbarkeit 655
E. Öffentliche Urteilsverkündung 656
1. Geltungsbereich und Tragweite 657
2. Einschränkbarkeit 659
Weitere empfohlene Lektüre 660
Literaturverzeichnis 661

I. ENTSTEHUNGSGESCHICHTE

Die Garantien von Art. 30 BV[2876] räumen den am Grundrecht Berechtigten (zum persönlichen Schutzbereich siehe N. 10 ff.) im Rahmen von gerichtlichen Verfahren (zum sachlichen Geltungsbereich siehe N. 13 ff.) unmittelbar einklagbare Ansprüche auf einen fairen, gleichen und gerechten[2877] Prozess ein.[2878] Art. 30 BV geht teils auf die **Bundesverfassungen von 1848 und 1874** (Art. 50 und 53 bzw. Art. 58 und 59), teils auf **völkerrechtliche Vorgaben** (Art. 6 Ziff. 1 EMRK, Art. 14 Ziff. 1 UNO-Pakt II[2879]) und teils auf **kantonales Recht** zurück.[2880] Schon die früheren Bundesverfassungen garantierten das Recht auf ein durch ein Gesetz geschaffenes Gericht («Garantie des verfassungsmässigen Richters»; heute Art. 30 Abs. 1 BV).[2881] Ebenso gewährleisteten sie den Wohnsitzgerichtsstand (heute Art. 30 Abs. 2 BV).[2882] Das Justizöffentlichkeitsprinzip hingegen fehlte in den Bundesverfassungen von 1848 und 1874. Es wurde vor dem Inkrafttreten der Bundesverfassung von 1999 kantonalrechtlich und via die wichtigsten internationalen Menschenrechtsübereinkommen garantiert.[2883] Die Verfassungsrevision von 1999 führte diese Teilgehalte in Art. 30 BV zusammen.[2884] Die Rechtsprechung, die das Bundesgericht zum alten Bundesverfassungsrecht entwickelt hatte, sollte ihre Geltung behalten können.[2885] 1

Nicht in Art. 30 der Bundesverfassung von 1999 übertragen wurde die Abschaffung der *geistlichen Gerichtsbarkeit.* Eine entsprechende Bestimmung 2

2876 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV) vom 18.4.1999, SR 101.

2877 Vgl. Art. 29 Abs. 1 BV; Art. 6 Ziff. 1 Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) von 4.11.1950, in Kraft getreten für die Schweiz am 28.11.1974, SR 0.101.

2878 Malinverni et al., N. 1359; BSK-Reich, Art. 30 BV N. 1.

2879 Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 16.12.1966, in Kraft getreten für die Schweiz am 18.12.1992, SR 0.103.2.

2880 Siehe etwa BGE 128 I 288, E. 2.1; BSK-Reich, Art. 30 BV N. 5; eingehend CR-Bohnet, Art. 30 BV N. 16–24; SGK-Steinmann, Art. 30 BV N. 1–3.

2881 Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20.11.1996, BBl 1997 I 1, S. 183.

2882 Botschaft BV, S. 183.

2883 Botschaft BV, S. 183.

2884 Siehe Botschaft BV, S. 137; für Details SGK-Steinmann, Art. 30 BV N. 1.

2885 SGK-Steinmann, Art. 30 BV N. 1.

gilt als obsolet.[2886] Das *Verbot des Schuldverhafts* gewährleisten heute Art. 7 («Menschenwürde») und Art. 10 Abs. 2 («Persönliche Freiheit») BV.[2887]

II. KONTEXT

3 Art. 30 BV stellt eine zentrale **prozedurale Ausprägung des freiheitlich-demokratischen Rechtsstaats** dar.[2888] Der Gerichtsprozess bzw. seine besondere Funktionsweise soll gewährleisten – und zieht zugleich seine Legitimität daraus –, dass das demokratisch gesetzte Recht gerecht und gleich auf gleichgelagerte Fälle angewandt wird, und zwar in einem Verfahren, das sowohl für die Parteien als auch für die Allgemeinheit nachvollziehbar und akzeptabel ist.[2889] Damit verbunden ist eine Absage an die Kabinettsjustiz, d.h. an die Steuerung gerichtlicher Verfahren aus den politischen Hinterzimmern («cabinets»).[2890]

4 In institutioneller Hinsicht drückt die Bundesverfassung das soeben geschilderte Anliegen in den Art. 143 ff. («Bundesbehörden») und Art. 191c («Richterliche Unabhängigkeit») aus.[2891] Diese Bestimmungen sehen eine machthemmende funktionale Trennung der Bundesbehörden in Legislative, Exekutive und Judikative vor (**Gewaltenteilung**).[2892] Damit gewährleisten sie die Unabhängigkeit der Rechtsprechung (dazu N. 25 ff.) von der Rechtsetzung und der Rechtsanwendung. Die Gerichte sind in ihrer Tätigkeit «nur dem Recht verpflichtet» (Art. 191c BV).[2893]

5 In materieller Hinsicht werden die Bindung allen staatlichen Handelns an das verfassungsmässig, demokratisch gesetzte Recht in Art. 5 Abs. 1 BV[2894] und die

---

2886 Botschaft BV, S. 183.

2887 BGE 130 I 169, E. 2.2; BSK-Reich, Art. 30 BV N. 5; SGK-Steinmann, Art. 30 BV N. 3; siehe auch Botschaft BV, S. 149; SGK-Schweizer, Art. 10 BV N. 1.

2888 Siehe Biaggini, Vorb. zu Art. 188–191c BV N. 1; Kiener/Kälin/Wyttenbach, § 43 N. 3; SGK-Mastronardi/Schindler, Vorb. zu Art. 143–191c BV N. 9, 32.

2889 Siehe BGE 139 I 129, E. 3.3 m.H.a. die weitere Rechtsprechung; eingehend Schefer/Schaub, S. 542–544 und im internationalen Kontext von Bogdandy/Venzke, Kapitel 4; ferner Biaggini, Art. 30 BV N. 16; Kiener/Kälin/Wyttenbach, § 43 N. 3; Mahon, Petit commentaire, Art. 30 BV N. 2; BSK-Reich, Art. 30 BV N. 3; SGK-Steinmann, Art. 30 BV N. 4.

2890 BGE 139 I 129, E. 3.3.

2891 CR-Neuenschwander, Art. 191c BV N. 2; SGK-Steinmann, Art. 30 BV N. 7; vgl. auch BSK-Reich, Art. 30 BV N. 3.

2892 SGK-Mastronardi/Schindler, Vorb. zu Art. 143–191c BV N. 9, 32; eingehend Biaggini, Vorb. zu Art. 143–191c ff. BV.

Gleichheit aller vor dem Gesetz in Art. 8 Abs. 1 BV ausgedrückt.[2895] Grundlegender lassen sich Verfahrensgrundrechte mit einem liberalen Verständnis der **Menschenwürde** (Art. 7 BV) erklären. Der Einzelne soll nie zu einem blossen Objekt degradiert werden, sondern an staatlichen Entscheiden, die seine Person betreffen, angemessen mitwirken dürfen. Indem in einer nachvollziehbar korrekten Weise über individuelle Rechtspositionen entschieden wird, werden die Rechtsfolgen des persönlichen Handelns vorhersehbar und die Möglichkeit der persönlichen Selbstbestimmung geachtet.[2896]

Der freiheitlich-demokratische Rechtsstaat wird neben Art. 30 BV durch **weitere Verfahrensgrundrechte** verwirklicht. Zunächst enthält Art. 29 BV weitere «allgemeine» rechtsstaatliche Garantien. Sie sind nicht auf Gerichtsprozesse beschränkt, sondern auch auf Verwaltungsverfahren anwendbar. Art. 29a BV gewährleistet den Anspruch auf Beurteilung jeder Rechtsstreitigkeit durch wenigstens eine *gerichtliche* Behörde, also in einem Verfahren, das den strengen Anforderungen von Art. 30 BV genügt.[2897] Art. 30 BV räumt selber *keinen* Zugang zu Gerichten ein.[2898] Zusätzlichen verfahrensgrundrechtlichen Schutz geniessen Personen, gegenüber denen der Staat zu seinen schärfsten Mitteln greift: Freiheitsentzug und Strafrecht (Art. 31 und 32 BV). 6

Ferner steht Art. 30 BV im grösseren Zusammenhang des **internationalen Menschenrechtsschutzes** (siehe N. 1). Bedeutsam sind primär die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) und die Rechtsprechungspraxis des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) zur EMRK.[2899] Die schweizerischen Gerichte sind gehalten, dieses sog. Konventionsrecht zu berücksichtigen.[2900] Hinsichtlich des *Anwendungsbereichs* von Art. 30 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK (Recht auf ein faires Verfahren) besteht indes ein Unterschied. Während die landesrechtliche 7

2893 Biaggini, Art. 191c BV N. 2; ferner SGK-Mastronardi/Schindler, Vorb. zu Art. 143–191c BV N. 7, 15.

2895 Vgl. SGK-Schweizer, Vorb. zur Justizverfassung N. 5–10.

2896 Siehe etwa BGE 127 I 6, E. 5.b) m.w.H.; vgl. ferner BGE 135 I 265, E. 4.5; Engi, S. 661, 670; Häfelin et al., N. 335d; Mahlmann, S. 1311; Müller/Schefer, S. 2.

2897 OK-Kradolfer, Art. 29a BV N. 2.

2898 SGK-Steinmann, Art. 30 BV N. 5; siehe auch OK-Kradolfer, Art. 29a BV N. 33.

2899 Siehe etwa Botschaft BV, S. 77, 138–197; Kiener/Kälin/Wyttenbach, § 40 N. 2 f.; Häfelin et al., N. 827–828a.

Bestimmung *alle* gerichtlichen Verfahren umfasst, ist die konventionsrechtliche Norm lediglich auf *zivil- und strafrechtliche* Verfahren anwendbar. Relevant ist das u.a. für die Tragweite von Art. 30 Abs. 3 BV (siehe N. 58, N. 62).[2901]

8 Die Umsetzung der Garantien von Art. 30 BV ist zunächst Sache des Gesetzgebers.[2902] Die aus der Verfassungsbestimmung fliessenden Ansprüche finden ihre konkretisierende Umsetzung vor allem in den verschiedenen **Gerichtsorganisations- und Verfahrensgesetzen** von Bund und Kantonen.[2903] Die Rechtsprechungspraxis zu den grundrechtlichen Garantien wird erst dann richtig bedeutsam, wenn der Gesetzgeber hinter den Mindeststandards von Art. 30 BV zurückbleibt[2904] oder eine Frage im Bereich von Art. 30 BV nicht behandelt.[2905] Auf der Bundesebene kann die Rechtsprechung die Garantien von Art. 30 BV allerdings ohnehin nur in den Schranken von Art. 190 BV durchsetzen. Art. 190 BV erklärt Bundesgesetzesrecht für «massgebend»; d.h., die Gerichte müssen Bundesgesetze unbeachtlich ihrer (mutmasslichen) Verfassungswidrigkeit anwenden.[2906] Eine gewisse Kompensation dieser Lücke im bundesverfassungsrechtlichen

2900 Siehe Art. 27 Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge vom 23.5.1969, in Kraft getreten für die Schweiz am 6.6.1990, SR 0.111; Art. 46 EMRK; Art. 122 BGG; BGE 148 II 169, E. 5.2; 144 I 124, E. 3–4; 137 I 86, E. 3.1; Häfelin et al., N. 235. Die umfassende Berücksichtigung der äusserst umfangreichen Strassburger Rechtsprechung zu Artikel 6 EMRK würde den Rahmen dieser Kommentierung sprengen. Zu keinem anderen in der EMRK verbürgten Grundrecht hat die Strassburger Praxis auch nur annähernd einen so umfangreichen Rechtsprechungskorpus produziert wie zu Artikel 6.

2901 Siehe BGE 128 I 288, E. 2.3.

2902 Vgl. Art. 35 BV.

2903 Bundesrechtlich stehen folgende Erlasse im Vordergrund: Bundesgesetz über das Bundesgericht (BGG) vom 17.6.2005, SR 173.110; Bundesgesetz über das Bundespatentgericht (PatGG) vom 20.3.2009, SR 173.41; Bundesgesetz über die Organisation der Strafbehörden des Bundes (StBOG) vom 19.3.2010, SR 173.71; Bundesgesetz über das Bundesverwaltungsgericht (VGG) vom 17.6.2005, SR 173.32; Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG) vom 20.12.1968, SR 172.021; Schweizerische Strafprozessordnung (StPO) vom 5.10.2007, SR 312.0; Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) vom 19.12.2008, SR 272; Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 18.12.1987, SR 291.

2904 Siehe Müller/Schefer, S. 818 f. m.w.H.; BSK-Reich, Art. 30 BV N. 4.

2905 Vgl. bspw. BGE 139 I 129, E. 3.4 zum Unterschied zwischen der Archivierung von Prozessakten (einfachrechtliches Archivierungsrecht) und der Urteilsöffentlichkeit (verfassungsmässiges Grundrecht nach Art. 30 Abs. 3 BV).

2906 Vgl. zu diesem Problem Müller/Schefer, S. 819.

Grundrechtsschutz ermöglicht der völkerrechtliche Menschenrechtsschutz, insbesondere derjenige der EMRK. Art. 190 BV erklärt das Völkerrecht gleichermassen als «massgebend» wie Bundesgesetze, und nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung geht die EMRK entgegenstehenden Bundesgesetzen vor.[2907]

III. KOMMENTAR I.E.S.

Art. 30 BV ist in **drei Absätze** unterteilt. Abs. 1 garantiert ein verfassungsmässiges Gericht. Abs. 2 gewährleistet das Recht von zivilrechtlich Beklagten, ihre Rechtssache im Wohnsitzkanton beurteilen zu lassen. Abs. 3 beschäftigt sich mit der Öffentlichkeit von Gerichtsverhandlungen und Urteilsverkündungen. Abschnitte B. – E. besprechen diese drei Teilgehalte von Art. 30 BV je einzeln. 9

A. Persönlicher Schutzbereich

Grundsätzlich gemeinsam ist den drei Teilgehalten von Art. 30 BV der *persönliche* **Schutzbereich**. Sie stehen allen natürlichen und juristischen Personen zu, die an einem Gerichtsverfahren als Partei, ähnlich einer Partei oder als andere Verfahrensbeteiligte[2908] teilnehmen. Sie schützen eine Person also unabhängig derer Staatszugehörigkeit, Sitz, Rechtsform und dergleichen.[2909] Schutz erhalten auch Personen, denen die Parteistellung verweigert wurde.[2910] 10

Grundsätzlich kein Grundrechtsträger ist der Staat.[2911] Nur ausnahmsweise können sich auch **beschwerdeberechtigte Behörden**[2912] sowie Gemeinden und andere öffentlich-rechtlich organisierte Rechtssubjekte auf Art. 30 BV berufen. Vorausgesetzt ist, dass sie wie Private von einem hoheitlichen Akt betroffen sind, wie Private zivilrechtlich auftreten, Verletzungen ihrer (Gemeinde)Autonomie oder Bestandesgarantie rügen, ihr Recht auf Behördenbeschwerde[2913] in Anspruch nehmen oder anderweitig (z.B. als 11

2907 Wegweisend BGE 125 II 417, E. 4.d); kürzlich etwa BGE 148 II 169, E. 5.2 m.w.H.
2908 Vgl. etwa die Bestimmungen in Art. 104 ff. StPO; Art. 6 und 48 VwVG; Art. 66 ff. ZPO.
2909 Biaggini, Art. 30 BV N. 2; CR-Bohnet, Art. 30 BV N. 8; SGK-Steinmann, Art. 30 BV N. 6.
2910 BSK-Reich, Art. 30 BV N. 9.
2911 Vgl. Art. 35 Abs. 2 BV.
2912 BGE 134 IV 36, E. 1.4; BSK-Reich, Art. 30 BV N. 10. Zur Beschwerdeberechtigung der Behörden siehe Pflüger.

Staatsanwalt oder -anwältin[2914]) öffentliche Interessen vor Gericht vertreten.[2915]

12 Der persönliche Schutzbereich von Art. 30 BV erfährt hinsichtlich seiner Teilgehalte zwei **Ausdifferenzierungen**. Abs. 2 schützt spezifisch die *beklagte* Partei (siehe N. 51); Abs. 3 kann auch *nicht* unmittelbar an einem Verfahren beteiligte Personen schützen (siehe N. 64).

B. Durch Gesetz geschaffenes, zuständiges, unabhängiges und unparteiisches Gericht (Abs. 1)

1. Sachlicher Geltungsbereich

13 Art. 30 Abs. 1 BV garantiert, dass jede gerichtliche Beurteilung einer Rechtsstreitigkeit vor einem durch ein Gesetz geschaffenes, zuständiges sowie persönlich und institutionell unabhängiges und unparteiisches Gericht erfolgt. Der sachliche Anwendungsbereich von Art. 30 Abs. 1 BV ist in doppelter Hinsicht weit. Erstens ist der **Gerichtsbegriff** dieser Bestimmung ein funktioneller,[2916] zweitens ist er rechtsgebietsübergreifend (siehe N. 15). Ersteres bedeutet, dass die Garantien von Art. 30 Abs. 1 BV in allen Verfahren gelten, in denen eine personell und organisatorisch von den Streitparteien und anderen Behörden unabhängige[2917] und unparteiische Instanz eine Streitigkeit Dritter in einem justizförmigen, fairen Verfahren auf rechtlich-normativer Grundlage unter Angabe von Gründen verbindlich entscheidet.[2918] Zentral für den Gerichtsbegriff sind einerseits seine Kernaufgabe der *Rechtsprechung* und andererseits seine *organisatorisch-institutionelle Unabhängigkeit*.[2919] Eine gerichtliche Behörde muss weder zwingenderweise in die staatliche Gerichtsstruktur eingebunden sein[2920] noch

2913 Siehe etwa Art. 89 Abs. 2 BGG.

2914 Siehe Art. 104 Abs. 1 lit. c StPO.

2915 Beispiele in BGE 129 I 313, E. 4.1; 125 I 173, E. 1.b); 121 I 218, E. 2.a); siehe ferner Biaggini, Art. 30 BV N. 2; BSK-Reich, Art. 30 BV N. 9; SGK-Steinmann, Art. 30 BV N. 6.

2916 BSK-Reich, Art. 30 BV N. 11, spricht von «materiell».

2917 Daher werden verwaltungs*interne* Beschwerdeinstanzen nicht von Art. 30 BV erfasst. Siehe Kiener/Kälin/Wyttenbach, § 43 N. 4.

2918 BGE 139 III 98, E. 4.2; 126 I 228, E. 2.a)bb); SGK-Steinmann, Art. 30 BV N. 8; Malinverni et al., N. 1360–1364; BSK-Reich, Art. 30 BV N. 6.

2919 Häfelin et al., 850a; Kiener/Kälin/Wyttenbach, § 43 N. 7.

2920 BGE 142 III 732, E. 3.3; 139 III 98, E. 4.2; 126 I 228, E. 2.a)bb); Malinverni et al., N. 1361; BSK-Reich, Art. 30 BV N. 11.

notwendigerweise den Begriff «Gericht» in ihrer nominellen Bezeichnung tragen.[2921] Unbeachtlich ist auch der Rechtsgrund eines Justizverfahrens. Der Wortlaut von Art. 30 Abs. 1 BV ist etwas missverständlich («Jede Person, deren Sache in *einem* gerichtlichen Verfahren beurteilt werden *muss*, hat Anspruch...»). Er darf nicht dahingehend verstanden werden, dass Art. 30 Abs. 1 BV nur für das eine von der Rechtsweggarantie (Art. 29a BV) geforderte gerichtliche Verfahren gilt. Gerichtsverfahren vor *sämtlichen (auch nur einfachgesetzlich vorgesehenen) Instanzen* werden gleichermassen von Art. 30 Abs. 1 BV erfasst.[2922] Mit Vorsicht zu lesen ist schliesslich ein weiteres vom Bundesgericht mitunter erwähntes Kriterium, das den funktionellen Gerichtsbegriff an das selbstständige Erheben der Rechtstatsachen knüpft.[2923] Gerade das Bundesgericht, dessen Qualifikation als Gericht ausser Frage steht, erfüllt dieses Kriterium grundsätzlich nicht.[2924] Dieses stark im Kontext des Einzelfalls entwickelte Kriterium[2925] wurde in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung mithin zu allgemein formuliert.

Die **institutionelle Anwendungsbreite** des Gerichtsbegriffs von Art. 30 Abs. 1 BV zeigt sich an der bundesgerichtlichen Kasuistik. Beispielsweise können auch Staatsanwälte und Untersuchungsrichterinnen unter Art. 30 Abs. 1 BV fallen, etwa beim Ausstellen von Strafbefehlen.[2926] Weiter haben Aussöhnungs-[2927] und zivilprozessrechtliche Mediationsverfahren[2928] den Anforderungen von Art. 30 Abs. 1 BV zu genügen; ebenso verschiedene kantonale Einrichtungen wie die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB, TG),[2929] die Steuerrekurskommission (VS),[2930] der Bezirksrat (ZH) in gewissen Belangen[2931] oder die Rekurskommission der Evangelisch-Reformierten Landeskirche (AG).[2932] Als Gerichte i.S.v. Art. 30 Abs. 1 BV 14

2921 BSK-Reich, Art. 30 BV N. 11.

2922 Biaggini, Art. 30 BV N. 4; BSK-Reich, Art. 30 BV N. 7; SGK-Steinmann, Art. 30 BV N. 10. Klarer wäre etwa folgende Formulierung: «Jede Person, deren Sache in gerichtlichen Verfahren beurteilt wird, hat Anspruch...».

2923 BGE 139 III 98, E. 4.2.

2924 Art. 95 ff. BGG; Biaggini, Art. 30 BV N. 3.

2925 Vgl. den Hinweis BGE 141 IV 178, E. 3.2.2, auf die Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht), S. 7074. Kritisch zum Entscheid Kiener, Urteilsbesprechung 5C_2/2012, S. 274–276.

2926 BGE 141 IV 178, E. 3.2.2; 127 I 196, E. 2.b).

2927 Urteil BGer vom 19.11.2006, 1P.667/2006.

2928 BSK-Reich, Art. 30 BV N. 7.

2929 BGE 142 III 732.

2930 BGE 140 I 271.

gelten schliesslich auch *private* Schiedsgerichte, deren Entscheide in ihrer Rechtskraft und Vollstreckbarkeit staatlichen Gerichtsurteilen gleichkommen,[2933] einschliesslich solche des Tribunal Arbitral du Sport (TAS).[2934] Weil Art. 30 Abs. 1 i.V.m. Art. 29a BV aber gerade ein *gesetzlich* geschaffenes Gericht garantiert, darf das Vorliegen einer Schiedsvereinbarung, die den Verzicht auf das gesetzliche Gericht begründet, nicht leichthin angenommen werden.[2935] Die Gerichtsqualität verneint hat das Bundesgericht für Behördenkommissionen (weisungsfreie Verwaltungseinheiten des Bundes), namentlich die Unabhängige Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen (UBI) und die Wettbewerbskommission (WEKO),[2936] sowie für die Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte (ZH).[2937]

15 Der sachliche Anwendungsbereich von Art. 30 Abs. 1 BV muss angesichts der allgemeinen Rechtsweggarantie von Art. 29a BV **alle Rechtsgebiete** umfassen. Art. 30 Abs. 1 BV hat also für gerichtliche Verfahren aller Rechtsgebiete zu gelten, und nicht etwa nur für Zivil- und/oder Strafprozesse.[2938]

2. Gesetzmässigkeit des Gerichts

16 Vorbehaltlich gültiger Schiedsgerichtsvereinbarungen beschäftigt sich Art. 30 Abs. 1 BV mit Verfahren vor Gerichten, die **durch ein** *formelles* **Gesetz errichtet** wurden. Unzulässig ist es, auf dem Verordnungsweg zu regeln, «in welcher Form der Richter angerufen werden kann, welcher Richter in welchem Verfahren in funktionaler und örtlicher Sicht die Prüfung vornimmt ... wie die Kosten zu verlegen sind» und wie der Instanzenzug ausgestaltet ist.[2939] Das Wesentliche der Gerichtsorganisation ist also in einem

2931 BGE 139 III 98; a.A. Müller, S. 71; kritisch Kiener, Urteilsbesprechung 5C_2/2012, S. 276; SGK-Steinmann, Art. 30 BV N. 8.

2932 BGE 129 I 91; 127 I 128.

2933 BGE 136 III 605; 135 I 14; 133 I 89; 129 III 445 u.a.; siehe auch Urteil EGMR vom 2.10.2018, 40575/10, Mutu u. Pechstein g. Schweiz, § 179; ferner Biaggini, Art. 30 BV N. 7.

2934 Urteil EGMR vom 2.10.2018, 40575/10, Mutu u. Pechstein g. Schweiz.

2935 BGE 128 III 50, E. 2.c); 116 Ia 56, E. 3.b); Biaggini, Art. 30 BV N. 5. Siehe ferner Habegger/Landbrecht, S. 128–138.

2936 BGE 139 I 72, E. 4.3; 138 I 154, E. 2.7; siehe ferner BGE 132 II 47, E. 1.2 (Kommunikationskommission [ComCom]); 115 Ib 55, E. 2.a) (damalige Bankenkommission).

2937 BGE 126 I 228, E. 2.c).

2938 BGE 128 I 288, E. 2.2; BSK-Reich, Art. 30 BV N. 7; SGK-Steinmann, Art. 30 BV N. 10.

2939 BGE 134 I 125, E. 3.1.

verfassungskonformen[2940] Gesetz im formellen Sinn zu regeln, so die Zuständigkeit, Kompetenzen und Verfahren eines Gerichts.[2941] Detailfragen darf die Verordnung regeln.[2942]

17 Praktisch bedeutsam ist der Anspruch auf einen nach den gesetzlichen Grundlagen **ordnungsgemäss bestellten und zusammengesetzten Spruchkörper.**[2943] Selbstredend ist er während des gesamten Verfahrens zu wahren.[2944] Der Anspruch auf einen nach generell-abstrakt vorgegeben Kriterien korrekt zusammengesetzten Spruchkörper soll verhindern, dass ein Spruchkörper mit Gerichtsmitgliedern besetzt wird, die einem bestimmten Ergebnis zugeneigt sind:[2945] «Die Rechtsprechung soll ... nicht durch eine gezielte Auswahl der Richterinnen und Richter im Einzelfall beeinflusst werden».[2946] Die Spruchkörperbildung verletzt Art. 30 Abs. 1 BV klarerweise, wenn sie dazu dient, «in manipulativer Weise einen ganz bestimmten Spruchkörper für einen konkreten Fall einzurichten, um damit das gewünschte Ergebnis herbeizuführen» und damit nicht auf sachlichen, die korrekte und speditive Fallbearbeitung anstrebenden Kriterien beruht.[2947]

18 Die **Spruchkörperbildung** muss nicht im formellen Gesetz geregelt werden.[2948] Es genügt, dass sie nach im Voraus festgelegten, transparent gemachten, abstrakten und sachlichen Kriterien erfolgt; nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung[2949] kann das auch eine ständige Praxis gewährleisten.[2950] Denkbar sind etwa die Fallzuteilung nach alphabetischer Reihenfolge oder mittels einer EDV-Applikation,[2951] wie beispielsweise die bundesgerichtliche

---

2940 Verneint in BGE 134 I 184, E. 5.

2941 Kiener, Richterliche Unabhängigkeit, S. 379; Müller/Schefer, S. 933.

2942 Siehe Art. 164 BV; BGE 134 I 125, E. 3.3; 129 V 196, E. 4.1; Biaggini, Art. 30 BV N. 5; Malinverni et al., N. 1399.

2943 Jüngst BGE 144 I 37; 144 I 70; siehe auch Art. 6 Ziff. 1 EMRK; dazu bspw. Urteil EGMR [GK] vom 9.1.2013, 21722/11, Oleksandr Volkov g. Ukraine, § 151.

2944 BSK-Reich, Art. 30 BV N. 15.

2945 Siehe Brunner, S. 313; vgl. die Empirie zu dieser Problematik bei Gertsch, S. 45–47.

2946 BGE 144 I 37, E. 2.1.

2947 BGE 144 I 37, E. 2.1; eingehend Brunner, S. 315–322; siehe auch BSK-Reich, Art. 30 BV N. 16; SGK-Steinmann, Art. 30 BV N. 13 f. m.w.H.

2948 Kritisch Kiener/Kälin/Wyttenbach, § 43 N. 13.

2949 BGE 144 I 70, E. 5.5–5.6 (mit Beispielen aus der Gerichtspraxis); Urteile BGer vom 17.1.2019, 5D_154/2018, E. 3.1, und vom 20.3.2018, 1C_187/2018, E. 6.6; kritisch hingegen Urteil BGer vom 21.6.2018, 6B_63/2018, E. 3.2.1.

2950 Siehe Art. 22 BGG; Art. 24 VGG; Art. 58 StBOG; Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege vom 28.2.2001, BBl 2001 4202, S. 4286; Botschaft BV, S. 183.

«CompCour»[2952] oder der «Bandlimat»[2953] des Bundesverwaltungsgerichts.[2954] Sachzwänge wie Arbeitsbelastung, Sprachkenntnisse, besonders grosse individuelle Expertise in komplexen Angelegenheiten oder umgekehrt besonders unerfahrene Gerichtsmitglieder verlangen allerdings einen gewissen Ermessensspielraum.[2955] Zurecht fordert die Lehre aber, dass für diese Ermessensausausübung Kriterien massgebend sein sollten, die ein öffentlich zugänglicher Erlass (z. B. eine Gerichtsverordnung) generell-abstrakt festlegt.[2956] Unvereinbar mit Art. 30 Abs. 1 BV erscheint die Vorkehrung des Militärstrafprozesses, wonach der Gerichtspräsident ausserordentliche Ersatzrichter «bezeichnet»[2957] – sprich nach seinem Gutdünken auswählt –, wenn das Gericht nicht aus seinen ordentlichen (Ersatz)Mitgliedern gebildet werden kann.[2958] In jedem Fall zu verhindern ist die Einflussnahme nicht gerichtlicher Behörden. Die Spruchkörperbildung muss stets ein Akt der *gerichtlichen Selbstverwaltung* bleiben.[2959]

19 In der bundesgerichtlichen **Kasuistik** zur Spruchkörperbildung lassen sich grob zwei Fallgruppen unterscheiden. Die eine Gruppe umfasst Fälle, in denen der Spruchkörper «falsche» Personen umfasste; d.h. Personen, die nach

2951 Venedig Kommission, Report on the Independence of the Judicial System, Part I: The Independence of Judges vom 16.3.2010, CDL-AD(2010)004, § 80.

2952 Bundesgericht, Geschäftsbericht 2013 vom 12.2.2014, S. 12 (abrufbar unter <www.bger.ch>).

2953 Benannt nach Christoph Bandli, ehem. Präsident des Bundesverwaltungsgerichts.

2954 Vgl. im Kontext von Kritik an der Spruchkörperbildung Bundesverwaltungsgericht, Eingehende Überprüfung der Spruchkörperbildung, 19.3.2022, Medienmitteilung; Entscheid BGer vom 22.5.2018, 12T_3/2018.

2955 Siehe bspw. BGE 144 I 70, E. 6; Urteil EGMR vom 3.5.2011, 30024/02, Sutyagin g. Russland, § 187; so auch Brunner, S. 314; Venedig Kommission, Report, § 80. Vgl. die Regelung in Art. 40 Abs. 2 Reglement für das Bundesgericht (BGerR) vom 20.11.2006, SR 173.110.131.

2956 Brunner, S. 324; Kiener, Richterliche Unabhängigkeit, S. 378–380; BSK-Reich, Art. 30 BV N. 16. Siehe auch Urteile EGMR vom 31.5.2011, 59000/08, Kontalexis g. Griechenland, § 42, und vom 4.3.2003, 63486/00, Posokhov g. Russland, § 39.

2957 Selbstverständlich gibt es auch im Militärstrafprozess weibliche Gerichtsmitglieder und -vorsitzende, doch sorgt Art. 59 BV (vielmehr als die Kraft der Sprache) dafür, dass es sich bei ihnen bis auf Weiteres um Ausnahmen handeln dürfte.

2958 Art. 126 MStP vom 23.3.1979, SR 322.1; siehe auch Biaggini, Art. 30 BV N. 5; vgl. Urteil EGMR vom 25.10.2011, Richert g. Polen, §§ 42 ff. (konventionswidrige Entsendung einer Richterin an ein anderes Gericht). Die Regelung von Art. 126 MStP erfährt allerdings den Schutz von Art. 190 BV, wonach Bundesgesetze anzuwenden sind, unbeachtlich deren (mutmasslicher) Verfassungswidrigkeit.

2959 BGE 144 I 70, E. 5.6; Urteil BGer vom 20.3.2018, 1C_187/2018, E. 7.3 (Delegation der Besetzung der Spruchkörper mit grossem Ermessen an Gerichtskanzlei unzulässig); vgl. die Diskussion von letzterem Entscheid bei Brunner, S. 327 f.

den einschlägigen Bestimmungen nicht zum Entscheiden befugt waren. Die andere Gruppe bilden Fälle, in denen der Spruchkörper fehlerhaft war, obwohl seine Mitglieder grundsätzlich entscheidbefugt gewesen wären.

In der jüngeren bundesgerichtlichen Praxis finden sich etwa folgende Beispiele von Spruchkörpern, die aus einem **in der Person eines Mitglieds liegenden Grund** als verfassungswidrig taxiert wurden: 20

- Mitwirkung eines Richters, der aufgrund fehlender bzw. weggefallener Wählbarkeitsvoraussetzungen (Wohnsitz im Kanton) rechtswidrig gewählt wurde;[2960]
- Mitwirkung eines Richters, der bereits aus dem Amt ausgeschieden war;[2961]
- Übernahme eines Referats einer Gerichtsschreiberin, die zum Urteilszeitpunkt nicht mehr am Gericht tätig gewesen war.[2962]

Hingegen wird Art. 30 Abs. 1 BV nicht verletzt, wenn ein Gerichtsmitglied seine Kenntnisse von den Parteienvorbringen und dem Beweisverfahren «nur» auf dem Weg des Aktenstudiums erlangt hat.[2963] Verfassungsrechtlich zulässig ist auch das Laienrichtertum; aus Art. 30 Abs. 1 BV folgt kein Anspruch auf eine bestimmte fachliche Ausbildung von Gerichtsmitgliedern (siehe auch N. 27).[2964]

In der jüngeren bundesgerichtlichen Praxis finden sich etwa folgende Beispiele zu **fehlerhaften Spruchkörpern**, deren Fehlerhaftigkeit nicht in der Person eines Mitglieds begründet gewesen war: 21

- fehlende gesetzliche Grundlage für Einzelrichterentscheid über die Aufhebung einer stationären therapeutischen Massnahme (falsche Gesetzesauslegung durch die kantonalen Behörden);[2965]
- unbegründeter Richterwechsel vor Erlass eines Urteils, der es verunmöglichte, die Sachlichkeit der Änderung des Spruchkörpers substanziiert zu bestreiten;[2966]

2960 BGE 136 I 207, E. 5.5–5.6 bzw. 140 II 14, E. 1.1–1.2.
2961 Urteil BGer vom 13.5.2009, 1C_235/2008, E. 3.2.1.
2962 Urteil BGer vom 13.1.2015, 5A_523/2014, E. 2.2.
2963 BGE 141 V 495, E. 2.3.
2964 BGE 134 I 16, E. 4; SGK-Steinmann, Art. 30 BV N. 19.
2965 BGE 147 IV 433, E. 2.3.

- systematisches und allgemeines Einsetzen von Gerichtssekretären zur Entlastung von Einzelrichtern und Einzelrichterinnen mit der Folge, dass Ersteren autonome Rechtsprechungsmacht zuerkannt wurde, ohne dass dafür eine rechtsgenügliche Gesetzesgrundlage vorhanden gewesen wäre;[2967]

- gesetzeswidrige Anzahl der Mitglieder eines Spruchkörpers (in diversen Konstellationen): Unter-[2968] oder Überbesetzung,[2969] Missachtung des Erfordernisses der Anwesenheit eines bestimmten Quorums an Gerichtsmitgliedern,[2970] Fehlen einer gesetzlich vorgegebenen anzahlmässigen Normbesetzung des Spruchkörpers,[2971] Missachtung der Zuständigkeit des Gesamtgerichts bei Fehlen anderweitiger Regelung,[2972] Abwesenheit eines Gerichtschreibers mit beratender Stimme.[2973]

3. Zuständigkeit des Gerichts

22 Art. 30 Abs. 1 BV verbrieft den Anspruch darauf, dass eine Rechtsstreitigkeit vom **zuständigen Gericht** entschieden wird; d.h. von dem Gericht, das nach der gesetzlichen Ordnung tatsächlich zuständig ist. In den Worten des Bundesgerichts: «Zur Verhinderung von Missbrauch und Manipulation bzw. zum Ausschluss jeglichen entsprechenden Anscheins oder Verdachts sollen Gerichte und ihre Zuständigkeiten (in persönlicher, zeitlicher, örtlicher und sachlicher Hinsicht) durch generell-abstraktes Verfahrensrecht im Voraus bestimmt sein».[2974]

2966 BGE 142 I 93, E. 8.2; siehe auch Urteil EGMR vom 9.10.2008, 62936/00, Moiseyev g. Russland, §§ 178 ff.; weiter zu nachträglichen Veränderungen des urspünglichen Spruchkörpers Brunner, S. 321 f.

2967 BGE 134 I 184, E. 4–5.

2968 BGE 127 I 128, E. 4.b).

2969 Vgl. Urteil BGer vom 1.9.2003, 2P.26/2003, E. 3.4–3.5 (betr. überbesetzte Prüfungskommission).

2970 BGE 129 V 335, E. 3.2 (i.c. aber Verfassungswidrigkeit aufgrund fehlerhafter Rechtsetzungsdelegation).

2971 Die Vorgabe nur eines Quorums (bzw. einer Mindestbesetzung) ist unzulässig, siehe Urteil BGer vom 17.11.2011, 2C_381/2010, E. 2.3. Anders, aber m.E. aufgrund Manipulationspotenzials nicht überzeugend BGE 129 V 335, E. 3.1. Siehe ferner SGK-Steinmann, Art. 30 BV N. 12 m.w.H.

2972 Urteil BGer vom 17.11.2011, 2C_381/2010, E. 2.

2973 BGE 125 V 499, E. 2–3; so auch Urteil EGMR vom 27.9.1990, 12535/86, Wassink g. die Niederlande, § 27.

Explizit verboten sind **Ausnahmegerichte** (Art. 30 Abs. 2 BV).[2975] Gerichte, die geschaffen werden, um einen bestimmten Fall (ad hoc) oder eine bestimmte Person (ad personam) zu beurteilen, sind in der schweizerischen Praxis jedoch kein Problem.[2976] Einschlägige Bundesgerichtsentscheide fehlen.[2977] Der Ursprung dieser Bestimmung liegt denn auch weit zurück, nämlich in den politischen Unruhen des 19. Jahrhunderts. Zur Gewährleistung transitorischer Gerechtigkeit bedurfte ihre Überwindung besonderer prozeduraler Garantien.[2978] Diese Entstehungsgeschichte bestätigt, dass diese Bestimmung (zumindest ihrem ursprünglichen Sinn und Zweck zufolge) seit Langem obsolet geworden sein dürfte. Trotzdem und entgegen dem bundesrätlichen Verfassungsentwurf hielten die Räte anlässlich der Totalrevision der Bundesverfassung an der Bestimmung fest.[2979] 23

Von Ausnahmegerichten zu unterscheiden sind durch Gesetz geschaffene **fachliche Spezialgerichte** wie Arbeits-, Miet-, Handels-, Jugendstraf- oder Militärgerichte. Soweit sachliche Gründe, wie das Erfordernis bestimmter Spezialkenntnisse oder das Gebot der paritätischen Besetzung eines Gerichts mit Vertreterinnen und Vertretern betroffener Interessengruppen,[2980] ihre Errichtung rechtfertigt, sind sie zulässig.[2981] Als unzulässig taxierte das Bundesgericht die Zuweisung einer Prüfbefugnis bestimmter Massnahmen nach dem Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit[2982] an den Haftrichter (Kanton Zürich)[2983] sowie die Zuweisung 24

2974 BGE 134 I 125, E. 3.3 m.H.a. die frühere Rechtsprechung; siehe auch BSK-Reich, Art. 30 BV N. 14.

2975 Art. 30 Abs. 1 Satz 2 BV.

2976 Einem Ausnahmegericht muss nicht jede gesetzliche Grundlage fehlen. Entscheidend ist seine Schaffung für den Einzelfall. Siehe BSK-Reich, Art. 30 BV N. 17.

2977 Verneint für eine Walliser Rekurskommission im Bereich der Landumlegung und der Grenzregulierung in BGE 117 Ia 378, E. 4.b).

2978 Siehe dazu BSK-Reich, Art. 30 BV N. 18, der auf die Forschung zu politischen Umbrüchen und mit ihnen verbundenen Fragen der prozeduralen Gerechtigkeit («transitional justice», Gerechtigkeit in Phasen des Umbruchs bzw. Übergangs) verweist.

2979 Siehe Botschaft BV, S. 183.

2980 Etwa Arbeitnehmer- und Arbeitgeberorganisationen oder Mieter- und Vermieterorganisationen.

2981 Siehe etwa BGE 140 I 271, E. 8.2; 117 Ia 378, E. 4.b); Kiener/Kälin/Wyttenbach, § 43 N. 15; BSK-Reich, Art. 30 BV N. 19.

2982 BWIS vom 21.3.1997, SR 120.

2983 BGE 134 I 133, E. 3.3.

einer selbstständigen Rechtsprechungskompetenz an Gerichtsschreiber und -schreiberinnen im Zivilrecht (Tessin).[2984]

4. Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Gerichts

25 Alle Mitglieder eines Gerichts müssen unabhängig und unparteiisch sein (Art. 30 Abs. 1 Satz 1 BV). Sind sie es nicht, vermittelt Art. 30 Abs. 1 BV das Recht, den Ausstand des betroffenen Gerichtsmitglieds zu verlangen.[2985] Was Unabhängigkeit und Unparteilichkeit genau bedeuten, wird nach einigen Vorbemerkungen im Einzelnen erläutert. Diese Anforderungen gelten notabene nicht nur für die Richterinnen und Richter, sondern auch für alle anderen **verfahrensbeteiligten Gerichts- und Hilfspersonen** (für Letztere sinngemäss, nach der wohl herrschenden Lehre aber gestützt auf Art. 29 BV[2986]). M.a.W. gelten die Anforderungen der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit für alle an der Urteilsfällung beteiligten Personen, nicht aber für administrativ tätiges Kanzleipersonal. Das Erfordernis der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit erstreckt sich daher neben den Gerichtsmitgliedern, zu denen auch Parteischiedsrichter und -schiedsrichterinnen[2987] zählen, auch auf die Gerichtsschreiber und -schreiberinnen,[2988] Auditoren und Auditorinnen u. Ä., Sachverständige, die für das Gericht Gutachten u. Ä. erstellen,[2989] sowie auf Dolmetscher und Dolmetscherinnen und Übersetzer und Übersetzerinnen.[2990] Angesichts des grossen Einflusses, den diese Personen auf den Ausgang eines Gerichtsverfahrens haben können, erscheint dies unstrittig. Unklar ist m. E. hingegen, weshalb überwiegend die Auffassung vertreten wird, die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit dieser Personen richte sich zwar sinngemäss nach Art. 30 BV, ergebe sich aber formell aus Art. 29 BV.[2991] Da Art. 30 BV von «Gericht» (nicht von Richterinnen und Richtern)

2984 BGE 134 I 191, E. 4–5.

2985 Kiener/Kälin/Wyttenbach, § 43 N. 33.

2986 Biaggini, Art. 30 BV N. 7; CR-Bohnet, Art. 30 BV N. 61; Kiener, Richterliche Unabhängigkeit, S. 81; Kiener/Krüsi, S. 491; BSK-Reich, Art. 30 BV N. 8. So auch Urteil BGer vom 1.6.2011, 1B_188/2011, E. 3.2. Siehe auch die im Ergebnis nuancierte, aber kaum begründete Auffassung von SGK-Steinmann, Art. 30 BV N. 10.

2987 In privaten Schiedsverfahren von einer Partei einseitig ernannte Mitglieder des Schiedsgerichts.

2988 Explizit Art. 34 BGG.

2989 Siehe Art. 58 Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess (BZP) vom 4.12.1947, SR 273 i.V.m. Art. 34 BGG; Art. 183 Abs. 3 StPO; Art. 183 Abs. 2 ZPO; eingehend dazu Kiener/Krüsi.

2990 BSK-Reich, Art. 30 BV N. 8.

2991 Vgl. die Nachweise in Fn. 111.

spricht,[2992] können auch gerichtliche Hilfspersonen bzw. Entscheidgehilfen unter diesen Begriff subsumiert werden.[2993] Soweit ersichtlich fehlt sowohl in der Lehre als auch der Rechtsprechung[2994] eine schlüssige Begründung für erstere Ansicht. Die unmittelbare Anwendung von Art. 30 BV auf alle Gerichtspersonen, einschliesslich gerichtlicher Hilfspersonen und Entscheidgehilfen, dürfte daher nur schon wegen der Einfachheit und der Rechtssystematik[2995] den Vorzug verdienen.[2996]

Das Recht auf unabhängige und unparteiische Gerichtspersonen setzt **Kenntnis dieser Personen** voraus. Daher folgt aus Art. 30 Abs. 1 BV ein Recht darauf, zu wissen oder wenigstens wissen zu können, wer am Entscheid mitwirkt.[2997] Wenn es praxisgemäss heisst, dass diese Information nicht notwendigerweise im Rubrum enthalten sein müsse, sondern es sogar ausreiche, wenn sie aus allgemein zugänglichen Quellen, wie etwa einem Staatskalender, entnommen werden könne,[2998] ist dies gleich mehrfach problematisch. Einerseits verlangt dies insbesondere von der juristischen Laienperson viel. Andererseits ergibt sich aus der Nennung der Mitglieder eines Gerichts regelmässig nicht die Besetzung eines bestimmten Spruchkörpers.[2999] Die Gerichtsbehörden sind gehalten, den Parteien Änderungen am Spruchkörper von sich aus unter Angabe von Gründen mitzuteilen.[3000] Zudem haben Gerichtspersonen ihnen bekannte Ausstandsgründe ohnehin eigenverantwortlich zu beachten.[3001] 26

2992 Insofern ist bspw. Kiener, Richterliche Unabhängigkeit, S. 80, nicht ganz präzis, wenn sie schreibt: «Art. 30 BV garantiert den Anspruch auf unabhängige und unparteiische *Richterinnen und Richter*» (Hervorhebung hinzugefügt).

2993 Die Botschaft BV äussert sich nicht zu dieser Frage.

2994 Die bundesgerichtliche Rechtsprechung dazu ist etwas schwankend und unklar. Siehe in chronologischer Abfolge beispielsweise die Urteile BGer vom 27.4.2018, 8C_896/2017, E. 4.2 (die Frage nach der Rechtsgrundlage offenlassend); 1.6.2011, 1B_188/2011, E. 3.2 (Art. 29 BV anwendend); 6.12.2006, 4P.254/2006, E. 2 (Art. 30 BV anwendend); BGE 132 V 93 (die Frage nach der Rechtsgrundlage offenlassend); 125 II 541, E. 4.a) (Art. 30 BV bzw. Art. 58 aBV nur sinngemäss anwendend).

2995 Beispielsweise machen Art. 183 Abs. 2 ZPO und Art. 183 Abs. 3 StPO keinen Unterschied zwischen Gerichtspersonen bzw. für Strafbehörden tätige Personen und Sachverständigen.

2996 Gl. M. Müller/Schefer, S. 930.

2997 BGE 117 Ia 322, E. 1. c); Biaggini, Art. 30 BV N. 7.

2998 BGE 114 Ia 278, E. 3.c).

2999 Für diese und weitere Kritik siehe Kiener, Richterliche Unabhängigkeit, S. 353 f.

3000 BGE 117 Ia 322, E. 8.2; Biaggini, Art. 30 BV N. 7.

3001 Art. 5 Abs. 3 BV; Art. 35 BGG; Art. 57 StPO; Art. 38 VGG i.V.m. Art. 35 BGG; Art. 48 ZPO. Siehe auch SGK-Steinmann, Art. 30 BV N. 31.

27 Das in der Schweiz (wie auch anderswo[3002]) praktizierte **Laienrichtertum** ist nicht per se ein Problem hinsichtlich der gerichtlichen Unabhängigkeit und Unparteilichkeit (siehe oben N. 20).[3003] Die Praxis, wonach beispielsweise ans Bundesgericht nur juristisch geschulte Personen gewählt werden, deutet indes darauf hin, dass eine juristische Ausbildung von Gerichtsmitgliedern aller Instanzen hinsichtlich des Desiderats einer *professionellen* Justiz (die sich nicht in der gerichtlichen Unabhängigkeit und Unparteilichkeit erschöpft) zumindest wünschenswert wäre.[3004] Bereits aus Gründen der Prozessökonomie gilt es zu verhindern, dass untere Instanzen in einer Art und Weise mangelhaft entscheiden, die bei den Verfahrensbeteiligten zu einem grundrechtlichen Anspruch darauf führt, ihren Fall einer weiteren Instanz vorlegen zu dürfen.[3005] Dem Bundesgericht ist daher aber grundsätzlich zu folgen, wenn es betont, dass Gerichtsmitglieder ohne juristischen Studienabschluss im Wesentlichen «in der Lage sein [müssen], den Fall in seinen Einzelheiten zu erfassen, sich darüber eine Meinung zu bilden und das Recht darauf anzuwenden».[3006] Dass Laienrichterinnen und -richter mutmasslich vermehrt auf die Unterstützung von juristisch ausgebildeten Gerichtspersonen abstellen, stellt kein Problem dar, da auch letztere den Anforderungen der gerichtlichen Unabhängigkeit und Unparteilichkeit genügen müssen (siehe N. 25).[3007] Vielmehr als aus dem *Laien*richtertum per se können sich Probleme daraus ergeben, dass Laiengerichtspersonen neben ihrem Richtermandat möglicherweise noch weitere (allenfalls hauptberufliche) Tätigkeiten ausüben.[3008] Dieses Problem besteht allerdings auch bei juristisch ausgebildeten Gerichtsmitgliedern, die nebenamtlich als Gerichtspersonen tätig sind (siehe N. 34). Ähnliches gilt gemäss Kiener für die Frage, ob Laiengerichtspersonen eher durch öffentlichen Druck beeinflussbar sind als juristisch ausgebildete Richterinnen und Richter. Worauf es primär

3002 Siehe Walther, Courts, N. 14 m.w.H.

3003 BGE 134 I 16, E. 4.2; kritisch Gass, Professionalisierung, S. 1145.

3004 Vgl. Hangartner, S. 369 f.

3005 Zum verfahrensgrundrechtlichen Erfordernis juristischer Präzision siehe Urteil EGMR vom 16.11.2010, 926/05, Taxquet g. Belgien, § 92, und Meyer, Art. 6 EMRK N. 114.

3006 BGE 139 III 98, E. 4.3.2; 134 I 16, E. 4.3.

3007 Wie in BGE 134 I 16, E. 4.3, gefordert, muss entsprechende Hilfe aber tatsächlich verfügbar sein: «Der Anspruch auf einen unabhängigen Richter bzw. auf ein faires Verfahren kann deshalb berührt sein, wenn unerfahrene Laienrichter ohne Möglichkeit der Mithilfe einer unabhängigen Fachperson ihres Amtes walten müssten».

3008 Kiener, Richterliche Unabhängigkeit, S. 264 f. m.H.a. ältere EGMR-Rechtsprechung.

ankomme, seien Erfahrung und Routine, also auf die regelmässige (möglichst hauptberufliche) Tätigkeit als Gerichtsmitglied.[3009] Daran mangelt es vor allem den einzelfallweise bestellten Geschworenengerichten, die es jedoch vom Schweizer Laienrichterum zu unterscheiden gilt.[3010]

a. Unabhängigkeit

Der Anspruch auf ein **unabhängiges Gericht** umfasst das Recht auf ein Gericht, das i.S.v. Art. 191c BV in institutioneller und organisatorischer Hinsicht unabhängig ist (vgl. N. 13).[3011] Nach Art. 191c BV sind die Gerichte «nur dem Recht verpflichtet».[3012] Sie dürfen keine Weisungen oder Befehle von gerichtsfremden Personen und Institutionen annehmen. Dazu zählen insbesondere die anderen Staatsorgane, aber auch die Prozessparteien selber und die intermediären Gewalten wie Parteien, Verbände, Medien etc.,[3013] deren Kampagnen und Berichterstattungen geeignet sein können, Gerichtsverfahren zu beeinträchtigen.[3014] Ebenso muss ein Spruchkörper unabhängig bleiben von anderen Gerichtsbehörden und deren Mitgliedern, einschliesslich solchen desselben Gerichts.[3015] Art. 30 Abs. 1 BV verbürgt einen individuellen Grundrechtsanspruch auf die Achtung der gerichtlichen Unabhängigkeit, wie sie Art. 191c BV in institutioneller Hinsicht vorsieht.[3016] Dieser Anspruch wird selbstverständlich nicht verletzt durch die Änderung oder Aufhebung eines Urteils durch eine Rechtsmittelinstanz.[3017] Ein 28

3009 Kiener, Richterliche Unabhängigkeit, S. 205 f. m.w.H.; a.M. Russo, Désignation, N. 1309; vgl. auch Urteil EGMR vom 28.6.2011, 20197/03, Miminoshvili g. Russland, § 120 («professionalism and experience» relevant).

3010 Kiener, Richterliche Unabhängigkeit, S. 206.

3011 Kiener/Kälin/Wyttenbach, § 43 N. 20; BSK-Reich, Art. 30 BV N. 22.

3012 Dazu BSK-Reich, Art. 191c BV N. 4.

3013 Siehe für diverse Praxisbeispiele Kiener, Richterliche Unabhängigkeit, S. 199–202.

3014 Siehe bspw. BGE 116 Ia 14, E. 7.b) und im gleichen Fall Entscheid EGMR (Kommission) vom 21.10.1993, 17265/90, Baragiola g. Schweiz, S. 120–121; später etwa Urteil EGMR vom 15.9.2020, 21218/12, Čivinskaitė g. Litauen, § 137; siehe auch Kiener, Richterliche Unabhängigkeit, S. 209.

3015 Siehe die Beispiele in N. 33 a.E.; weiter Biaggini, Art. 191c BV N. 3; Huber, N. 1–21; CR-Neuenschwander, Art. 191c BV N. 15–19; Poltier, S. 1018–1036; BSK-Reich, Art. 191c BV N. 8; Reiter/Stadelmann, Referentensystem, S. 1–11; Reiter/Stadelmann, Hierarchien, N. 1–22; SGK-Steinmann, Art. 191c BV N. 4.

3016 Siehe Biaggini, Art. 191c BV N. 1 f.; CR-Neuenschwander, Art. 191c BV N. 2; BSK-Reich, Art. 191c BV N. 7.

3017 Siehe BGE 138 IV 40, E. 2.3.2; SGK-Steinmann, Art. 30 BV N. 8.

Rechtsmittel dient gerade dazu, die unterinstanzliche Entscheidung überprüfen und gegebenenfalls korrigieren zu lassen.

29 Bei privaten Schiedsgerichten kann mitunter ein besonders Problem der Unabhängigkeit auftreten. Wenn ein privates **Schiedsgericht von einem oder mehreren Verbänden** getragen wird, kann dem Schiedsgericht in einem Verfahren die grundrechtlich geforderte Unabhängigkeit gegenüber einer Partei fehlen, wenn letztere nicht Verbandsmitglied ist beziehungsweise nicht auf der Verbandsseite steht (und etwa aufgrund der Marktmacht des Verbands trotzdem einer Schiedsklausel zustimmen musste[3018]).[3019]

b. Unparteilichkeit

30 Die bundesgerichtliche Rechtsprechungspraxis befasst sich schwergewichtig nicht mit der Unabhängigkeit, sondern mit der Unparteilichkeit der Gerichte.[3020] Bei dem Erfordernis der richterlichen Unparteilichkeit handelt es sich zunächst um ein subjektives, den inneren Zustand einer Person betreffendes, Kriterium, das sich nicht objektiv feststellen oder mittels Beweisen erstellen lässt.[3021] In den Worten des Bundesgerichts räumt dieses Erfordernis jeder Person in einem Gerichtsverfahren einen Anspruch darauf ein, dass ihr Verfahren von «**unparteiischen, unvoreingenommenen und unbefangenen**» Gerichtsmitgliedern «ohne Einwirken sachfremder Umstände entschieden wird».[3022] Bis anhin konnte die Lehre keine eindeutigen Abgrenzungen in der bundesgerichtlichen Verwendung dieser drei Adjektive erkennen. Zwar dürfte der Unparteilichkeit die Rolle des (umfassenden) Oberbegriffs zukommen,[3023] doch scheint nichts rechtspraktisch Bedeutsames an diesen verschiedenen Begriffen zu hängen.

31 Weil sich Parteilichkeit nicht (notwendigerweise) in einer objektiv feststellbaren Weise manifestiert, reicht es für eine Verletzung dieses

3018 Vgl. Heermann, S. 21.
3019 BGE 107 Ia 155 (aus dem Kulturbereich); vgl. Urteil EGMR vom 2.10.2018, 40575/10, Mutu u. Pechstein g. Schweiz (aus dem Sportbereich).
3020 So auch die Feststellung von Schabas, S. 294, zur Rechtsprechung des EGMR.
3021 SGK-Steinmann, Art. 30 BV N. 16; vgl. ferner Schabas, S. 296.
3022 BGE 147 I 173, E. 5.1; Luminati/Contarini, S. 217–220; Vatter/Ackermann, S. 529.

Anspruchs aus, dass äussere Umstände vorliegen, die den *Anschein* **fehlender Unparteilichkeit** vermitteln.[3024] In den Worten des EGMR: «dans des cas où il peut être difficile de fournir des preuves permettant de réfuter la présomption d'impartialité subjective du juge, la condition d'impartialité objective fournit une garantie importante de plus».[3025] Entscheidend ist ein objektivierter Massstab, also nicht die subjektive Sichtweise des Betroffenen, sondern die Wirkung der Umstände auf einen durchschnittlichen Dritten; m.a.W. ist nach sachlichen Gründen zu suchen, die die unzureichende Unparteilichkeit einer Gerichtsperson in einer begründeten Weise zweifelhaft erscheinen lassen.[3026]

Grundsätzlich wird die Unparteilichkeit einer Person vermutungsweise angenommen.[3027] Die ausnahmsweise *fehlende* subjektive Unparteilichkeit bzw. ihr objektiver Anschein können sich dann aus **Gründen** ergeben, die in der Person und ihrem Verhalten liegen,[3028] und/oder aus Gründen institutioneller[3029] und funktioneller Art, die in der Gerichtsorganisation[3030] angelegt sind.[3031] 32

3023 So etwa Biaggini, Art. 30 BV N. 7; siehe auch BSK-Reich, Art. 30 BV N. 23; SGK-Steinmann, Art. 30 BV N. 16. Die welschen Kommentierungen konzentrieren sich auf den Begriff der impartialité oder halten sich nicht weiter mit der Fragen nach klaren begrifflichen Abgrenzungen auf. Siehe CR-Bohnet, Art. 30 BV N. 52–55, und Mahon, Petit commentaire, Art. 30 BV N. 8.

3024 BGE 147 I 173, E. 5.1.

3025 Urteile EGMR [GK] vom 15.10.2009, 17056/06, Micallef g. Malta, § 95; Urteil EGMR vom 10.6.1996, 22399/93, Pullar g. Vereinigtes Königreich, § 32.

3026 BGE 148 IV, E. 2.2; 147 III 577, E. 6; 147 III 379, E. 2.3.1 (betreffend Schiedsgerichte) u.v.m.; ferner BSK-Reich, Art. 30 BV N. 24.

3027 BGE 114 Ia 50, E. 3.b) in fine; Urteile BGer vom 4.1.2018, 1B_434/2017, E. 2; 8.3.2005, 1P. 53/2005, E. 4.3.

3028 Dazu zählen Situationen, in denen ein Gerichtsmitglied (scheinbar) ein persönliches Interesse am Ausgang des Verfahrens hat und sei es nur aufgrund eines positiven oder negativen Näheverhältnisses zu einer direkt vom Verfahrensausgang betroffenen Person. Hingegen gereicht die lediglich abstrakte Betroffenheit des Gerichtsmitglieds als eine demselben Recht unterworfene Person vernünftigerweise nicht zu einem Ausstandsgrund, ausser in Situationen wie der des Verwaltungsrichters, der mittels seines Auslegungsentscheids seine eigene aktuell fragliche Steuerlast erheblich hätte beeinflussen können (siehe BGE 136 II 383, E. 4.3–4.4). BSK-Reich, Art. 30 BV N. 28; Spielmann, S. 312.

3029 Dazu zählen hauptsächlich Konstellationen der Mehrfachbefassung, siehe N. 36.

3030 Gerichtsorganisatorische Gründe tragen zum Problem mit den «Richter-Anwälten» bei, nämlich soweit die Organisation eines Gerichts die gleichzeitige Ausübung beider Rollen erlaubt und ermöglicht, siehe N. 34.

3031 BGE 147 I 173, E. 5.1.

33 Das Bundesgericht hat seine **Rechtsprechungspraxis zum Unparteilichkeitserfordernis** nach Art. 30 Abs. 1 BV im kürzlich ergangenen BGE 147 I 173 überblickartig zusammengefasst.[3032] Ein unzulässiger Anschein von Parteilichkeit liegt regelmässig nicht vor, wenn die fragliche Beziehung lediglich eine *beruflicher Kollegialität* ist.[3033] Anders stellt sich die Lage dar, wenn private oder berufliche Nähe- bzw. Abhängigkeitsverhältnisse[3034] vorliegen, die über das sozial Übliche hinausgehen.[3035] Letzteres ist etwa bei der Ersatzrichterin der Fall, die Schadenersatz- und Genugtuungsansprüche gegen die Universität beurteilte, an der sie zeitgleich Titularprofessorin war;[3036] bei der Oberrichterin, deren Mann und Schwager ein Näheverhältnis zu einer Person unterhielten, die mit einer der Verfahrensparteien eng verbunden war;[3037] und bei dem Richter, der Behördenentscheide kontrollierte, die seine Frau in leitender Position veranlasst hatte.[3038]

34 Auch verschiedene Konstellationen mit **als Gerichtsmitglied amtenden Anwältinnen und Anwälten** beurteilte das Bundesgericht als unzulässig.[3039] Diese die richterliche Unparteilichkeit gefährdende Rollenkumulation

---

3032 Siehe auch Kiener/Krüsi, S. 495–505. Das Bundesgericht urteilte in casu, dass es nicht mit Art. 30 Abs. 1 BV vereinbar sei, wenn ein Gerichtsmitglied, das zugleich Gemeinderat ist, an einem Entscheid zum interkommunalen Finanzausgleich mitwirkt, der potenziell auch die Gemeinde betrifft, in deren Gemeinderat der Richter Mitglied ist (E. 5.3.1).

3033 BGE 147 I 173, E. 5.2.1; 141 I 78, E. 3.3; 139 I 121, E. 5.

3034 Seien es positive wie Freundschaften, seien es negative wie Feindschaften. Zu beachten ist, dass es für die Befangenheit eines Gerichtsmitglieds nicht ausreicht, wenn sich allein eine Verfahrenspartei negativ oder feindselig gegenüber der Gerichtsperson verhält. Es muss um das Verhalten und den Eindruck der Gerichtsperson selbst gehen, sonst hätte es eine Partei in der Hand, eine Gerichtsperson in den Ausstand zu drängen, siehe BGE 134 I 2, E. 4.3.2; Urteil BGer vom 19.4.2013, 1B_664/2012, E. 3.3.

3035 BGE 139 I 121, E. 5.1; siehe Art. 34 Abs. 1 BGG; Art. 56 Abs. 1 StPO; Art. 38 VGG i.V.m. Art. 34 Abs. 1 BGG; vergleichsweise lückenhaft erscheint das PatGG; weiter BSK-Reich, Art. 30 BV N. 28, 30; Spielmann, S. 312; zur Frage der Parteilichkeit aufgrund einer Facebook-Freundschaft
siehe BGE 144 I 159, E. 4; vgl. Entscheid EGMR vom 24.09.2024, 55603/18, *Chaves Fernandes Figueiredo g. Schweiz*, §§ 14–16 (die Frage offenlassend).

3036 Urteil BGer vom 27.3.2017, 8C_642/2016, E. 4; anders Urteil BGer vom 24.9.2009, 1C_79/2009, E. 2 (betreffend Richter und Gerichtsschreiber mit Lehrauftrag bzw. Assistenzstelle bei der beschwerdegegnerischen Universität Bern).

3037 BGE 140 III 221, E. 5.2.

3038 BGE 140 I 240, E. 2.

3039 Siehe auch Urteil EGMR vom 21.12.2000, 33958/96, Wettstein g. Schweiz, §§ 41–50.

resultiert aus der hierzulande verbreiteten Praxis nebenamtlicher Gerichtsmitglieder.[3040] Beispielsweise kann eine als Richterin amtende Anwältin, die mit einer Verfahrenspartei ein laufendes oder ein dauerhaftes Mandatsverhältnis unterhält, nicht als unparteiisch gelten.[3041] Für den Anschein der Parteilichkeit reicht es bereits aus, dass das fragliche Mandatsverhältnis nur zu einer mit der Verfahrenspartei eng verbundenen Person besteht.[3042] Kiener/Medici gelangen nach einer diverse Fallkonstellationen berücksichtigenden, überzeugenden Interessenabwägung zur Auffassung, dass eine Trennung zwischen Anwalts- und Richterrolle angezeigt sei.[3043] In dieselbe Richtung geht das Bundesrecht: Den (meisten) Mitgliedern der eidgenössischen Gerichte hat der Bundesgesetzgeber die berufsmässige Vertretung Dritter nunmehr (vor den meisten Gerichten) untersagt.[3044]

Auch **publizistische Arbeiten** in einem weiten Sinn,[3045] die ihrerseits grundrechtlich geschützt sind,[3046] können mit der Tätigkeit als Gerichtsmitglied in einem Spannungsverhältnis stehen.[3047] Dennoch ist es Gerichtsmitgliedern im Allgemeinen erlaubt, sich als Privatperson[3048] zu rechtlichen und gesellschaftspolitischen Fragen öffentlich zu äussern.[3049] 35

3040 Siehe etwa Art. 1 Abs. 4 BGG; Art. 6 VGG; Art. 8 Abs. 2 PatGG; Art. 41 Abs. 2 StBOG.

3041 BGE 138 I 406, E. 5.3; 135 I 14, E. 4.1. Gleiches gilt für einen als Richter amtenden Anwalt, dessen Kanzleikollege ein Mandatsverhältnis zu einer Verfahrenspartei unterhält. Anwaltskanzleien werden hier als Einheit behandelt. Siehe BGE 139 III 433, E. 2.1.5; Fellmann, Art. 12 BGFA N. 88; BSK-Reich, Art. 30 BV N. 30.

3042 BGE 139 III 433, E. 2.3 (i.c. Konzernschwestergesellschaft).

3043 Kiener/Medici, S. 373–385; zustimmend SGK-Steinmann, Art. 30 BV N. 23; explizit für ein Verbot: Sutter, S. 42. Kritisch, aber Zurückhaltung übend ist das BGer, siehe BGE 193 I 121, E. 5.4.

3044 Art. 44 Abs. 4 StBOG; Art. 6 Abs. 2 VGG; vgl. Art. 10 Abs. 4 PatGG (Verbot nur für *hauptamtliche* Richter und Richterinnen); Art. 6 Abs. 2 BGG (nur Verbot der berufsmässigen Vertretung Dritter *vor dem BGer* selbst). Ausserdem soll das System nebenamtlicher Richterinnen und Richter durch die Parlamentarische Verwaltungskontrolle untersucht werden. Siehe Medienmiteilung der GPK-N/S vom 26.1.2023.

3045 Nicht dazu zählen und nach anderen Massstäben zu beurteilen sind Sondervoten (zum Begriff siehe N 221). Siehe Spielmann, S. 317.

3046 Art. 16 (Meinungsfreiheit), 20 (Wissenschaftsfreiheit) BV; eingehend Spielmann; siehe auch Kiener, Richterliche Unabhängigkeit, S. 193; ferner Beschluss BVerfG vom 30.8.1983, 2 BvR 1334/82, NJW 1983, 2691.

3047 Kiener, Richterliche Unabhängigkeit, S. 178.

3048 D.h. nicht in amtlicher Funktion, siehe Spielmann, S. 321.

3049 Schweizerische Vereinigung der Richterinnen und Richter, S. 4.

Beiträge in der (Fach)Presse, Gutachten, Besprechungen von nicht letztinstanzlichen Urteilen (einschliesslich in Hörsälen[3050]) u. Ä. drohen dann die Unvoreingenommenheit der Autorenschaft zu beeinträchtigen, wenn diese sich eingehend und eindeutig zu Fragen äussert, die im Rahmen eines Verfahrens noch offen sind.[3051] Es ist aber durchaus auch möglich, dass allgemeiner gehaltene Publikationen und Vorträge Zweifel daran erwecken, dass sich ein Gerichtsmitglied nicht schon vor Verfahrensende auf ein Urteil festgelegt hat.[3052] Denkbar wäre das beispielsweise, wenn ein Gerichtsmitglied seine dezidierte, offenbar irreversible Meinung über ein (potenzielles) Leiturteil äussert, während rechtlich ähnlich gelagerte Urteile am Gericht hängig sind.[3053] Um die Frage zu beantworten, wann publizistische Tätigkeiten von Gerichtsmitgliedern ihre Unvoreingenommenheit in grundrechtswidriger Weise verletzen, sind zwei Kriterien entscheidend:[3054] *Zeitlich* wird eine Veröffentlichung namentlich dann problematisch, wenn sie Bezüge zu Fällen aufweist, die bereits anhängig sind oder von denen absehbar ist, dass sie anhängig gemacht werden.[3055] Hier ist vorausschauende Zurückhaltung angezeigt, um möglichen Ausstandsgründen vorzubeugen.[3056] Allerdings kann auch ein weiter in der Vergangenheit liegender öffentlicher Positionsbezug die Unparteilichkeit eines Gerichtsmitglieds in Frage stellen, sodass die betreffende Person in den Ausstand treten muss.[3057] *Inhaltlich* ist eine Veröffentlichung durch ein Gerichtsmitglied dann problematisch, wenn sie mindestens dem Anschein nach berechtigte Zweifel daran erwecken kann, dass der Ausgang des fraglichen Verfahrens für das publizierende Gerichtsmitglied noch offen ist.[3058] Diese Grenzen deutlich missachtet hat der Zürcher Bezirksrichter, der den Klimaaktivisten und -aktivistinnen Straffreiheit in Aussicht stellte (siehe N. 47).[3059] Nicht zu vergessen, ist

3050 Siehe Spielmann, S. 324 f.

3051 BGE 133 I 89, E. 3.3–3.5; Kiener, Richterliche Unabhängigkeit, S. 194–196.

3052 Siehe Kiener, Richterliche Unabhängigkeit, S. 193–197, mit berechtigter Kritik an BVerfGE 88, 1. Eingehend auch Nabold, N. 32–38. Letzterer berücksichtig m.E. nicht hinreichend, dass bereits der *Anschein* der Befangenheit ausreicht, um Art. 30 Abs. 1 BV zu verletzen.

3053 Vgl. Kiener, Richterliche Unabhängigkeit, S. 196.

3054 Zum Ganzen und mit rechtsvergleichenden Hinweisen Jahn, S. 277.

3055 Sendler, S. 694; vgl. auch Kiener, Richterliche Unabhängigkeit, S. 181.

3056 Spielmann, S. 324.

3057 Spielmann, S. 324.

3058 Urteil BGer vom 15.3.2012, 6B_582/2011, E. 2.3; Sendler, S. 694.

3059 Zur unzulässigen Nutzung des Richteramts als «Forum für weltanschauliches Engagement» siehe Kiener, Richterliche Unabhängigkeit, S. 186 f.

umgekehrt auch der Wert publizistischer Tätigkeiten von Gerichtsmitgliedern. Einerseits kann die Öffentlichkeit von wertvollen, von Fachwissen und Praxiserfahrung angeleiteten Diskursbeiträgen profitieren.[3060] Andererseits können Verfahrensbeteiligte gewinnbringende Informationen daraus ziehen, beispielsweise über zentrale Rechtsfragen, wichtige Argumentationslinien u. dgl.[3061] Insgesamt sollte daher kein allzu strenger Massstab angelegt werden. Das Bundesgericht geht m.E. zu weit,[3062] wenn es von seinen Mitgliedern (auch nur) *erwartet*, sich «grundsätzlich nicht zu politischen Fragen [zu äussern]» und sich mit «Kritik an anderen Meinungen [zurückzuhalten]».[3063]

Schliesslich gibt es eine umfangreiche Rechtsprechung zu der Problematik 36
der **Vor- und Mehrfachbefassung**, also der Rollenkumulation.[3064] Hier liegt das Problem der (mutmasslichen) Voreingenommenheit darin, dass sich das fragliche Gerichtsmitglied bereits vor dem aktuellen Verfahrensstadium mit der Streitsache befasst hat, allenfalls in einer anderen gerichtlichen Rolle.[3065] «In einem solchen Fall ... stellt sich die *Frage*, ob sich eine Gerichtsperson durch ihre Mitwirkung an früheren Entscheidungen in einzelnen Punkten bereits in einem Mass festgelegt hat, die sie nicht mehr als unvoreingenommen und dementsprechend das Verfahren nicht mehr offen erscheinen lassen.»[3066] Wie die hinzugefügte Hervorhebung in der Umschreibung des Problems durch das Bundesgericht deutlich macht, folgt aus einer Vorbefassung nicht *automatisch* die unzureichende Unparteilichkeit.[3067] Raum für eine richterliche Beurteilung der strittigen Unparteilichkeit besteht nur, soweit kodifizierte Regelungen fehlen.[3068] Wenn ein Gericht die Zulässigkeit einer Vor- oder Mehrfachbefassung beurteilen muss, stehen drei Überlegungen im Vordergrund: erstens, welche Fragen das strittige

3060 Sendler, S. 692–694; Spielmann, S. 324.

3061 Sendler, S. 693 f.

3062 So zu verstehen ist auch Wiprächtiger, N. 9–11.

3063 Siehe die «Gepflogenheiten der Richter und Richterinnen am Bundesgericht» vom 12.11.2018 und 13.6.2019, III.2. und III.3 (explizit «keine rechtliche Verpflichtung» darstellend).

3064 Für eine umfangreiche Darstellung der straf- und zivilprozessrechtlichen Kasuistik siehe BSK-Reich, Art. 30 BV N. 26 f.

3065 Wegweisend war die Rechtsprechung des EGMR, siehe BGE 112 Ia 290 m.w.H.

3066 Siehe Urteil BGer vom 7.11.2019, 6B_770/2019, E. 4; BGE 140 I 326, E. 5.1; u.v.m.; SGK-Steinmann, Art. 30 BV N. 24.

3067 Siehe Urteil BGer vom 7.11.2019, 6B_770/2019, E. 4; BGE 140 I 326, E. 5.1; u.v.m.; ferner Malinverni et al., N. 1382; BSK-Reich, Art. 30 BV N. 25.

3068 Siehe insbesondere Art. 18 Abs. 2 StPO; Art. 47 Abs. 2 ZPO; SGK-Steinmann, Art. 30 BV N. 27 m.w.H.

Gerichtsmitglied in seinen zwei Rollen zu entscheiden hat und wie eng verbunden diese Fragen sind, insbesondere ob sie allenfalls sehr ähnlich oder gar identisch sind;[3069] zweitens, wie gross der Entscheidungsspielraum ist, den das Gerichtsmitglied bei der Beurteilung dieser Fragen hat; drittens, wie dezidiert sich das Gerichtsmitglied bei seiner ersten Befassung bereits zu den erneut zu beantwortenden Fragen geäussert hat.[3070]

c. (Partei)politische Bestellung der Gerichte

37 Die tradierten Wahl- und vor allem *Wieder*wahlverfahren von Gerichtsmitgliedern durch politische Wahlorgane (Parlament, Stimmvolk)[3071] stellen in der Schweiz wohl die grösste *systemische* **Herausforderung der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Gerichte** dar.[3072] Beispielsweise werden die Bundesrichterinnen und Bundesrichter von der Vereinigten Bundesversammlung (National- und Ständerat) für eine Amtsperiode von sechs Jahren[3073] gewählt.[3074] Ihre Wiederwahl ist anschliessend bis zum Pensionsalter[3075] unbeschränkt möglich.[3076] Diese Kombination von einer relativ kurzen Amtsdauer mit der Möglichkeit der politischen Wiederwahl ist in der Schweiz verbreitet.[3077] Ihre Problematik liegt darin, dass sie die Gefahr birgt, Gerichtsmitglieder, die um ihre Wiederwahl bangen, zu «politisch genehmen» Urteilen zu verleiten. Auch das Bundesgericht anerkennt dieses Problem.[3078] Tatsächlich haben vergangene

3069 Vgl. aus der jüngsten Rechtsprechung Urteil EGMR vom 13.6.2023, 22060/20, Sperisen g. Schweiz, §§ 51 ff.; anders Urteil BGer vom 30.1.2018, 1B_512/2017, E. 4.3; siehe auch die Diskussion in Wyss/Schuler.

3070 BGE 140 I 326, E. 5.1; vgl. bspw. BGE 137 I 227, E. 2.6.2 (Unzulässigkeit der Kommunikation der voraussichtlichen Aussichtslosigkeit des Falls durch den Referenten an den Rechtsvertreter); BGE 134 I 238, E. 2.3 (Zulässigkeit des Referentensystems).

3071 Für eine Darstellung der Verfahren siehe Russo, Désignation, N. 101–224; mit Fokus auf den Kanton Zürich Burgener.

3072 Siehe Keller, N. 14; vgl. auch Schindler, S. 2. M.E. ist diesem Thema daher auch im Rahmen einer umfangreichen Kommentierung Rechnung zu tragen. Anders BSK-Reich, Art. 30 BV N. 22–24; sehr kurz SGK-Steinmann, Art. 30 BV N. 15; etwas länger CR-Bohnet, Art. 30 BV N. 46.

3073 Art. 145 BV; Art. 9 Abs. 1 BGG. Im internationalen Vergleich ist das aussergewöhnlich. Einen kurzen internationalen und interkantonalen Vergleich leistete kürzlich Burgener, S. 93–98.

3074 Art. 168 Abs. 1 BV; Art. 5 Abs. 1 BGG.

3075 Art. 9 Abs. 2 BGG (Ende des Jahres, in dem das 68. Altersjahr endet).

3076 Siehe Art. 143 BV und Art. 5 Abs. 2 BGG, wonach die Stimmberechtigung in eidgenössischen Angelegenheiten die einzige Wählbarkeitsvoraussetzung ist.

3077 Siehe Auer, N. 271–284.

Wahlen ans Bundesgericht gezeigt, dass es zumindest zu Versuchen entsprechender politischer Einflussnahme kommen kann.[3079]

Das **Problem abschwächen** könnte eine jüngere Entwicklung in der Rechtsprechung des Bundesgerichts, obwohl sie *nicht direkt* die richterliche Unabhängigkeit betrifft. Das Bundesgericht hat zu erkennen gegeben, dass es bei Nicht-Wiederwahlen von Gerichtsmitgliedern ein Rechtsschutzbedürfnis sieht.[3080] Es macht dieses Rechtsschutzbedürfnis an den Grundrechten des nicht wiedergewählten Gerichtsmitglieds fest,[3081] nicht am Anspruch von Verfahrensparteien auf ein unabhängiges Gericht.[3082] Trotzdem beschränkt das Bundesgericht damit die Freiheit der zuständigen Organe (i.d.R. Parlament oder Volk der Kantone[3083]), Gerichtsmitglieder nicht wiederzuwählen. Umgekehrt stärkt es damit die institutionelle Unabhängigkeit der Gerichte. Denn wenn das Bundesgericht die Möglichkeit der Wahlorgane beschränkt, Gerichtsmitgliedern die Wiederwahl aus politischen Gründen zu verwehren,[3084] beschränkt es selbstredend auch deren Möglichkeit, Druck auf wiederzuwählende Gerichtsmitglieder auszuüben.[3085] 38

Die hiesige Bereitschaft, die Gefahren hinzunehmen, die damit einhergehen, dass sich Gerichtsmitglieder periodischen Wiederwahlen durch politische 39

3078 BGE 143 I 211, E. 3.4.

3079 Siehe Fischbacher, S. 7; Steinmann, Denk-würdige Wiederwahl, S. 1 f.; Walther, Banana Republic.

3080 BGE 147 I 1 (altersbedingte Nicht-Wiederwahl eines Zürcher Verwaltungsrichters rechtmässig); dazu Burgener, S. 121; kritisch Kiener, Urteilsbesprechung 1C_295/2019, S. 172–181. Siehe auch Art. 1 und 15 der Handlungsgrundsätze der Gerichtskommission zum Verfahren der Kommission im Hinblick auf eine Amtsenthebung oder eine Nichtwiederwahl vom 3.3.2011, BBl 2012 1271.

3081 BGE 147 I 1, E. 5 (Diskriminierungsverbot, Art. 8 Abs. 2 BV, Verletzung verneint), E. 6 (Gleichheitsgebot, Art. 8 Abs. 1 BV, Verletzung verneint).

3082 BGE 147 I 1, E. 5.3 a.E.: «Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass [die strittige Wahlpraxis] auch aus Sicht der richterlichen Unabhängigkeit unproblematisch ist».

3083 Auf der Bundesebene greift Art. 189 Abs. 4 BV, den das Bundesgericht als Ausnahme der Rechtsweggarantie (Art. 29a BV) versteht. Siehe BGE 134 V 443, E. 3.2; Russo, Tirés au sort, N. 1231–1233. Kritisch etwa OK-Kradolfer, Art. 29a BV N. 47–49. Diese Rechtsschutzlücke schliessen Art. 6 und 13 EMRK wohl teilweise. Siehe Kiener, Urteilsbesprechung 1C_295/2019, S. 176 f.; SGK-Kley, Art. 29a BV N. 28; Russo, Tirés au sort, N. 1234–1239.

3084 Zu einer ähnlichen Spannungslage siehe BGE 129 I 217 (Urnenabstimmung über Einbürgerungsgesuche).

3085 Insbesondere bedeutet die Grundrechtsbindung der politischen Wahlorgane deren Pflicht, ihre (Wieder)Wahlakte zu begründen. Siehe Burgener, S. 121; vgl. BGE 127 I 217; 127 I 232.

Organe stellen müssen, erklärt sich aus der schweizerischen Verfassungskultur und ihrem Gewaltenteilungsverständnis.[3086] Hierzulande besteht traditionell eine gewisse Skepsis gegenüber «elitären» Gremien,[3087] die nicht oder nur beschränkt der politischen, d.h. der mehrheitsdemokratischen, Kontrolle unterstehen.[3088] Als souverän werden die rechtsetzenden Gewalten (Parlament sowie Volk und Stände) betrachtet,[3089] denen das «letzte Wort» zustehen soll.[3090] Im **internationalen Vergleich** stark gewichtet werden also die *politische «accountability»* (das Potenzial, zur Rechenschaft gezogen zu werden) und die *demokratische Legitimation* der Gerichte, während die Unabhängigkeit der Judikative von der Legislative vergleichsweise wenig gewichtet wird.[3091] Als rechtsstaatliche Gegenspieler zur Mehrheitsdemokratie und ihren politischen Akteuren sind die Schweizer Gerichte daher in einer vergleichsweise schwachen Position.[3092]

40 Die Möglichkeit der politischen Wahlorgane, die Gerichte via ihre Wiederwahlkompetenz zu beeinflussen, setzt Kenntnis über das individuelle Entscheidverhalten der Gerichtsmitglieder voraus. Deshalb entschärft das in der Schweiz vergleichsweise **wenig transparente individuelle Entscheidverhalten** der Richterinnen und Richter das Problem.[3093] Erstens ist das individuelle Abstimmungsverhalten innerhalb eines Spruchkörpers üblicherweise nicht klar ersichtlich.[3094] Zweitens veröffentlichen die allermeisten Schweizer Gerichte[3095] keine sogenannten Sondervoten, in denen die einzelnen Gerichtsmitglieder ihre individuelle Rechtsauffassung begründet darstellen.[3096] Somit dürfte es den politischen Wahlbehörden

3086 Eingehend zum Folgenden Looser, §§ 7–8; siehe auch BSK-Epiney, Art. 190 BV N. 1, 12; SGK-HANGARTNER/LOOSER, Art. 190 BV N. 1; CR-Martenet, Art. 190 BV N. 3, 5; Russo, Désignation, N. 88–100.

3087 Russo, Désignation, N. 97.

3088 Siehe etwa Diggelmann/Pangrazzi, S. 109 f.; vgl. BGE 143 I 211, E. 3.4; Vgl. ferner Borghi, S. 179–181.

3089 Siehe Art. 148 Abs. 1 BV.

3090 Art. 140 Abs. 1 Bst. a, Art. 189 Abs. 4, Art. 190 BV; Botschaft BV, S. 428.

3091 Zu diesem Trilemma, also dem verzwickten Verhältnis dieser drei nur beschränkt miteinander vereinbarer Desiderata siehe Dunoff/Pollack; zum Verhältnis zwischen der Unabhängigkeit und der accountability von Gerichtsmitgliedern, wie sie sich aus deren Ernennung ergeben, siehe Garoupa/Ginsburg.

3092 Siehe Keller, N. 13; vgl. allgemein dazu Müller/Biaggini.

3093 Vgl. Keller/Zimmermann, S. 152–154; Russo, Désignation, N. 1221.

3094 Siehe auch Russo, Désignation, N. 1164.

3095 Siehe die Übersichten bei Baldegger, S. 142–148; Marti, N. 8–19; Russo, Désignation, N. 1213.

regelmässig an den Kenntnissen fehlen, die notwendig wären, um gezielt einzelnen unliebsamen Richterinnen und Richtern die Wiederwahl zu erschweren oder gar zu verweigern.[3097]

Umgekehrt wird angeführt, dass sich das zur Diskussion stehende Problem verschärfe angesichts der faktisch notwendigen **Parteizugehörigkeit**[3098] **von Gerichtsmitgliedern und derer Zahlung eines «Obolus»** (d.h. einer Mandatsabgabe in Lohnprozenten, die zumindest nicht ganz freiwillig an die eigene Partei ausgerichtet wird[3099]).[3100] Weil in der Schweiz insbesondere die Richterstellen an den höchsten Gerichten nach dem parlamentarischen Parteienproporz besetzt werden,[3101] stellt die mit einer Mandatsabgabe verbundene Parteimitgliedschaft de facto eine Wählbarkeitsvoraussetzung dar.[3102] 41

In der beitragspflichtigen Parteizugehörigkeit von Gerichtsmitgliedern liegt hauptsächlich ein Problem des Anscheins **mangelnder Offenheit in der Urteilsfindung** und weniger eines der richterlichen Unabhängigkeit.[3103] Die finanzielle Unterstützung und die Zugehörigkeit zu einer Partei erwecken den Anschein einer gewissen weltanschaulichen, politisch-ideologischen 42

3096 Ein Sondervotum (engl. separate opinion) ist eine dem Urteil angefügte individuelle Erklärung eines Gerichtsmitglieds, in der die Gründe dargelegt werden, weshalb das einzelne Gerichtsmitglied das Urteil der Gerichtsmehrheit (oder zumindest seine Begründung) ablehnt und anders entschieden und/oder argumentiert hätte (engl. dissenting bzw. concurring opinion). Siehe Baldegger, S. 134 f.; Keller/Zimmermann, S. 137 (siehe auch deren w.H. in den Fn. 2 und 59).

3097 Siehe dazu Keller/Walther, S. 266.

3098 Eingehend Marti, Gerichtskommission, §§ 33–40; ferner Gass, Wahl, S. 593.

3099 Für Details zur Praxis siehe Racioppi. In den Kantonen wächst offenbar der Widerstand gegen die Mandatssteuer: Im Kanton Jura verweigern die Gerichtsmitglieder die Bezahlung der Abgabe, im Kanton Neuenburg ruft die Richtervereinigung die Parteien dazu auf, auf die Abgabe zu verzichten, und im Kanton Genf soll die Mandatssteuer verboten werden, wenn es nach dem Mouvement Citoyens Genevois geht. So berichtet es SRF, Felicie Notter, Westschweizer Richter wollen Parteien kein Geld mehr zahlen, 14.5.2022, verfügbar unter <www.srf.ch>.

3100 GRECO, Corruption Prevention in respect of Members of Parliament, Judges and Prosecutors: Evaluation Report, Switzerland, 4th Round, 74th Plen. Mtg., 2 December 2016, GrecoEval4Rep(2016)5, §§ 100 f.; Russo, Désignation, N. 1151–1161; Schmid, S. 555 f.

3101 Fischbacher, S. 7 f. Vereinfacht ausgedrückt heisst das zum Beispiel, dass eine Partei, die an Parlamentswahlen 20 von 100 Sitzen gewinnt, 2 von 10 Richterstellen für eigene Mitglieder beanspruchen kann. Vgl. etwa § 44 Abs. 3 Verfassung des Kantons Luzern vom 17.6.2007, SR 131.213.

3102 Siehe Gass, Wahl, S. 593; Luminati/Contarini, S. 278, 284; Marti, Entstehung, S. 18 f.

Voreingenommenheit.[3104] Das System wird denn auch damit gerechtfertigt, dass es die ausgewogene Vertretung unterschiedlicher Weltanschauungen (den gesellschaftlichen Pluralismus) an den Gerichten sicherstelle.[3105] Freilich verliert diese Rechtfertigung in dem Mass ihre Plausibilität,[3106] wie die gerichtsinternen Abteilungen, aus denen sich die Spruchkörper bilden, parteipolitische Heterogenität vermissen lassen.[3107]

43 Bei der hier zur Debatte stehenden politisch-ideologischen Voreingenommenheit von Gerichtsmitgliedern handelt es sich um eine subjektive, in der Person des Gerichtsmitglieds liegende Erscheinung. Unabhängig vom Wahlsystem und der (fehlenden) Parteizugehörigkeit von Gerichtsmitgliedern haben diese **persönliche Überzeugungen und Weltanschauungen**. Daher ist es m. E. angezeigt, zu versuchen, diese unterschiedlichen Geisteshaltungen (auch) in der Judikative möglichst breit abzubilden. Das geltende System ist kein Garant dafür, dass das gelingt,[3108] doch fehlen der Parteizugehörigkeit offenkundig überlegene Alternativen, um

3103 Es werden nämlich nicht Gerichtsmitglieder oder richterliche Urteilsmehrheiten gekauft, sondern die Gerichtsmitglieder müssen sich gewissermassen ideell und finanziell zu einer parteilichen Weltanschauung bekennen und sich auf diesem Weg in ihr Amt «einkaufen». Vgl. Markus Felber, der das System einst als eines des Ämterkaufs bzw. -leasings bezeichnete (zit. in Wüthrich, N. 40); ähnlich Racioppi, N. 84.

3104 Empirisch liess sich soweit ersichtlich bislang nur im Asylrecht feststellen, dass Gerichtsmitglieder unterschiedlicher Parteizugehörigkeit tatsächlich im Einklang mit ihren parteipolitischen Positionen zu einem unterschiedlichen Entscheidverhalten neigen. Die Studie deutet tatsächlich darauf hin, dass dieser Effekt eher von den mit Parteipositionen korrelierenden persönlichen Überzeugungen der Gerichtsmitglieder als vom Erfordernis ihrer (politischen) Wiederwahl herrührt. Siehe Gertsch, S. 47–49.

3105 Siehe Borghi, S. 181–183; Fischbacher, S. 8.

3106 Ähnlich Huber, N. 13; Russo, Désignation, N. 1165; Walter, N. 17.

3107 Aktuell (Dezember 2023) sind etwa die II. öffentlich-rechtliche und die I. zivilrechtliche Abteilung des Bundesgerichts gemäss ihrer personellen Zusammensetzung politisch links bzw. rechts geneigt: Erstere umfasst 5 Mitglieder, davon 3 Mitglieder links der Mitte (GPS und SP), ein Mitglied der «Die Mitte» und ein parteiloses Mitglied (ehem. SVP); Letztere umfasst 6 Mitglieder, davon 3 Mitglieder rechts der Mitte (SVP und FDP), 2 Mitglieder der «Die Mitte» (1 ehem. BDP) und 1 Mitglied der SP. Die Diversität der Abteilungen ist teils auch in anderer als politischer Hinsicht (bspw. Geschlechterdurchmischung) unzureichend.

3108 Ein Grund ist, dass Gerichtsmitglieder ihre Parteizugehörigkeit mitunter strategisch bzw. opportunistisch wählen. Siehe Ammann, S. 14; GRECO, Corruption, § 99. Nur schon, weil es die gewählte Partei anschliessend finanziell zu unterstützen gilt, scheint es indes unwahrscheinlich, dass sich Kandidierende grob verstellen und etwa trotz links-grüner Gesinnung der SVP beitreten.

die unterschiedlichen in der politischen Gemeinschaft vertretenen politisch-ideologischen Weltanschauungen in der Judikative abzubilden.

Die weltanschauliche Pluralität der Gerichte könnte jedoch auch unbeachtet, beziehungsweise dem Zufall überlassen werden.[3109] So wollte die **«Justiz-Initiative»** die Mitglieder des Bundesgerichts nach einer Vorauswahl durch eine *Fach*kommission im Losverfahren bestimmen (in der Volksabstimmung abgelehnt).[3110] Wie Ammann darlegt, wäre die «arationale», d.h. jeglicher menschlicher Einflussnahme entzogene, Losziehung geeignet, die richterliche Unabhängigkeit zu stärken.[3111] Es sprechen jedoch auch gewichtige Argumente gegen die Bestellung von Gerichten mittels Losziehung. Erstens birgt ein Losverfahren unbeachtlich statistischer Wahrscheinlichkeiten das Risiko einer einseitigen Auswahl der Kandidierenden. Dem Initiativkomitee war dies wohl bewusst. Der Initiativtext gab vor, das Losverfahren sei so auszugestalten, «dass die Amtssprachen [aber eben nur die Amtssprachen und nicht weitere Kriterien wie Geschlecht, Landesteile, politische Haltung etc.[3112]] im Bundesgericht angemessen vertreten sind».[3113] Zweitens birgt der Versuch, Zufall und Diversität gemeinsam zu gewährleisten, folgendes Problem: Würde für eine Amt am obersten Schweizer Gericht, für das es a priori nur wenig qualifizierte Kandidierende gibt, eine Vorauswahl anhand diverser persönlicher Merkmale wie Sprache, Geschlecht, Herkunft usw. getroffen, dürfte mangels verbleibender Namen weniger das Los als vielmehr die Vorauswahl der Fachkommission entscheiden.[3114] Damit verbunden wäre neben neuen Risiken betreffend die richterliche Unabhängigkeit auch ein Minus an demokratischer Legitimation des vorentscheidenden Gremiums.[3115] 44

3109 Siehe auch Botschaft zur Volksinitiative «Bestimmung der Bundesrichterinnen und Bundesrichter im Losverfahren (Justiz-Initiative)» vom 19.8.2020, BBl 2020 6821, S. 6838; Russo, Tirés au sort.

3110 Eidgenössische Volksinitiative «Bestimmung der Bundesrichterinnen und Bundesrichter im Losverfahren (Justiz-Initiative)», BBl 2022 894 (Erwahrungsbeschluss).

3111 Ammann, S. 21.

3112 Botschaft Justiz-Initiative, S. 6839.

3113 Art. 188a; siehe dazu Botschaft Justiz-Initiative, S. 6836.

3114 Botschaft Justiz-Initiative, S. 6839; Glaser, S. 1259. Vgl. den gescheiterten indirekten Gegenvorschlag, der eine Fachkommission zur Vorselektion geeigneter Personen vorsah, aber die Endselektion und formelle Wahl weiterhin den politischen Behörden (Gerichtskommission und Bundesversammlung) überlassen wollte: Parl. Iv. 20.480 «Unabhängige und kompetente Richterinnen und Richter des Bundes. Indirekter Gegenvorschlag zur Justiz-Initiative» der RK-N vom 6.11.2020.

3115 Langer, S. 19.

Erstrebenswert sein könnte ein Mittelweg zwischen dem heutigen System und der Zuständigkeit eines Expertengremiums.[3116] In diese Richtung ging eine Idee der Kommission für Rechtsfragen des Ständerats. Ein «Fachbeirat» sollte der Gerichtskommission der eidgenössischen Räte bei der Vorbereitung der Bundesgerichtswahlen beratend beistehen.[3117] Die ständerätliche Rechtskommission stellte das Geschäft jedoch ein, obwohl sie eingestand, dass sich das heutige Wahlverfahren verbessern liesse.[3118]

45 Im vorliegenden Kontext zu beachten ist schliesslich das Problem von **gerichtsinternen Organisations- und Machtstrukturen**. Soweit die weltanschaulichen Haltungen einzelner Gerichtsmitglieder bekannt sind, besteht die Gefahr, dass leitende Gerichtsmitglieder versuchen, Spruchkörper «passend» zu besetzen[3119] oder Beförderungen und Ernennungen in ihrem Sinn vorzunehmen.[3120] Fraglich ist, ob der Gesetzgeber diesem Problem vorbeugen könnte. Er könnte den Parteienproporz (als vielleicht beste aller unzulänglichen Optionen zur Sicherstellung politisch pluraler Gerichte) nicht nur bei der Ernennung von Richterinnen und Richtern, sondern auch im Rahmen der gesetzlichen Gerichtsorganisation sicherstellen.[3121] Damit verbunden wären indes andere gewichtige Nachteile, etwa betreffend die fachlich sowie sprachlich adäquate Besetzung von Spruchkörpern[3122] und die Selbstorganisation der Justiz als Ausfluss derer Unabhängigkeit von der Politik.[3123]

46 Zusammenfassend ist festzustellen, dass es komplex ist, die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit von Gerichten, die sich nur schwer trennen lassen,[3124] zu beurteilen.[3125] Die richterliche Unabhängigkeit und Unparteilichkeit sicherzustellen ist gleichermassen anspruchsvoll, wie ihre Beurteilung schwierig und potenziell kontrovers ist. Wie Kiener schreibt, wäre es «naiv» zu glauben, «dass es ‹politische› und ‹unpolitische› Wahlgremien gibt», oder dass

3116. Siehe Russo, Désignation, N. 1000–1005.
3117. Parl. Iv. 21.452 «Fachbeirat für die Auswahlverfahren der Gerichtskommission» der RK-S vom 20.5.2021; siehe auch Stärkung der Bundesjustiz, Medienmitteilung der Kommission für Rechtsfragen des Ständerats vom 27.4.2022.
3118. Siehe Langer, S. 19; siehe auch Russo, Désignation, N. 938–941.
3119. Siehe Huber, N. 4–6; Walter, N. 17.
3120. Siehe Kiener, Richterliche Unabhängigkeit, S. 260 f. m.w.H.
3121. Vgl. Killias, S. 2.
3122. Siehe Walter, N. 17.
3123. Vgl. N. 28.

Wahlgremien und -verfahren existierten, die frei von Problemen sind.[3126] Eine **abschliessende Beurteilung** kann jeweils nur im Einzelfall erfolgen und hängt von diversen Kriterien ab, neben dem Wahlverfahren, der Amtsdauer und der (Nicht)Abberufbarkeit der Gerichtsmitglieder[3127] zählen dazu auch Massnahmen zum Schutz vor Versuchen der äusseren Beeinflussung des Gerichts sowie der Anschein von dessen Unabhängigkeit.[3128] Pauschal zu folgern, die Schweizer Gerichte genügten aufgrund ihrer (partei)politischen Bestellung den Anforderungen der politischen Unabhängigkeit und Unparteilichkeit nicht, wäre daher verfehlt.[3129] Um den schweizerischen Rechtsstaat, einschliesslich der Funktionsfähigkeit seiner Gerichte, ist es in der Praxis *gut bestellt*.[3130] Das zeigt auch die einschlägige (scheinbar) paradoxe Einschätzung der Groupe d'Etats contre la corruption (GRECO). Obwohl die Schweizer Wahlverfahren internationalen Standards kaum entsprächen,[3131] konstatiert sie: «judges of the federal courts do not appear to be subjected to direct political pressure in the performance of their duties».[3132]

3124 Siehe etwa die Vermischung in BGE 147 III 577, E. 6, 142 III 521, E. 3.1.1 a.E. («impartialité objective tend notamment ... à garantir l'indépendance du juge»), und 104 Ia 271, E. 3.a); ferner Urteile EGMR [GK] vom 15.3.2022, Nr. 43572/18, Grzęda g. Polen, § 129 («the concepts of independence and objective impartiality are closely linked which generally means that they require joint examination»), und 1.12.2020, 26374/18, Guðmundur Andri Ástráðsson g. Island, §§ 231–234; Venedig-Kommission, Report No. 494/2008 on the Independence of the Judicial System, Part I, The Independence of Judges (12.–13.3.2010), CDL-AD(2010)004, §§ 58 ff.

3125 Siehe etwa die einlässliche Auseinandersetzung mit dem Thema in BGE 144 I 70, E. 5, und Urteil BGer vom 20.3.2018, 1C_187/2017, E. 6; ferner Keller, N. 13.

3126 Kiener, Richterliche Unabhängigkeit, S. 262; gl. M. Russo, Désignation, N. 998; siehe auch Garoupa/Ginsburg, S. 117. Unklar ist auch, ob und inwiefern die als «international best practice» gehandelte Ernennung von Gerichtsmitgliedern durch sog. Richterräte (judicial councils) die richterliche Unabhängigkeit stärkt. Siehe Garoupa/Ginsburg, S. 127–134; Kosař, S. 1610.

3127 Vgl. Art. 10 VGG; Art. 14 PatGG; Art. 49 StBOG. Das BGG kennt keine entsprechende Bestimmung.

3128 Urteil EGMR vom 21.4.2020, Nr. 36093/13, Anželika Šimaitienė g. Litauen, § 78 m.w.H. auf die Rechtsprechung.

3129 So auch Gass, Wahl, S. 602; ähnlich Gertsch, S. 54 f. Wenig überraschend sieht dies auch das Bundesgericht so: BGE 143 I 211, E. 3.5. Siehe auch Entscheide EGMR vom 21.5.1997, 20873/92, Ocelot S.A. g. Schweiz (Kommission) und vom 25.8.2005, 23695/02, Clarke g. Vereinigtes Königreich, sowie zu Ersterem Russo, Désignation, N. 929 f.

3130 Siehe World Bank Group, Worldwide Governance Indicators, <https://databank.worldbank.org/source/worldwide-governance-indicators>, besucht am 17.1.2024.

3131 Siehe dazu Russo, Désignation, N. 424–470.

47 Trotzdem darf das *systemische* Problem des unbestreitbar vorhandenen Anscheins einer politischen Couleur hiesiger Gerichtsmitglieder nicht negiert werden. Um es zu entschärfen, wären einige **Veränderungen am System der Wahlen** an die Schweizer Gerichte zu begrüssen. Wie es die GRECO empfiehlt,[3133] wären die Praxis aller Parteien, Mandatsabgaben zu erheben, einzustellen und lange, fixe Amtsdauern (idealerweise unter Beibehaltung eines Pensionsalters) einzuführen.[3134] Zwar könnte der Vorwurf der ideellen bzw. politischen Voreingenommen damit grundsätzlich weiterhin erhoben werden, doch scheint diese Art der Voreingenommenheit allein zu abstrakt, um die gerichtliche Unparteilichkeit im Einzelfall in Frage stellen zu können; [3135] zumindest solange keine weiteren Umstände hinzutreten.[3136] Letzteres war jüngst offensichtlich bei einem Zürcher Bezirksrichter der Fall, der nicht nur im Gerichtssaal unverblümt mit Klimaaktivisten sympathisierte,[3137] sondern darüber hinaus auch verlauten liess, er werde diese künftig konsequent freisprechen, sofern sie nicht gewalttätig würden.[3138] Dem (scheinbaren)

3132. GRECO, Corruption, § 100. Der kürzlich erschienene Bericht der Internationalen Juristenkommission problematisiert das Schweizer Richterwahlsystem gar nicht erst, obwohl Vorstandsmitglieder der Schweizer Sektion (Patricia Egli und Marco Sassòli) in ihrem Landesbericht die Eigenheiten des Schweizer Systems dargelegt haben. Siehe ICJ 2024 Congress on the Independence and Accountability of the Judiciary and Legal Profession: Reports from the Regional Groups, S. 10 f. und Schweizerische Sektion der Internationalen Juristenkommission, Rundbrief vom Februar 2024, S. 2.

3133. GRECO, Corruption, § 101.

3134. Noch weitergehend ist die Lösung des Kantons Freiburg, in dem die Mitglieder der richterlichen Gewalt auf unbestimmte Zeit gewählt werden. Art. 121 Abs. 2 Verfassung des Kantons Freiburg vom 16.5.2004, SR 131.219.

3135. Vgl. etwa BGE 105 Ia 157, E. 6.a): «Das Postulat der richterlichen Unparteilichkeit verlangt insbesondere nicht, dass er wegen des blossen Umstandes, dass er sich in einer bestimmten Sachfrage eine Meinung gebildet hat, in einem Prozess, der mit dieser Frage zusammenhängt, in den Ausstand treten muss»; Urteil BGer vom 25.9.2020, 1B_460/2012, E. 3.2 m.w.H.: «une fois élus, les magistrats sont présumés capables de prendre le recul nécessaire par rapport à leur parti politique et de se prononcer objectivement sur le litige qui divise les parties».

3136. Siehe etwa Urteil BGer vom 29.11.2006, 1P.667/2006, das sich um die Befangenheit bzw. den Anschein der Befangenheit eines Gerichtspräsidenten drehte, der ein Exekutivgremium (Gemeinderat Thun) zu beurteilen hatte, in das er sich aktuell hineinwählen lassen wollte. Für ein weiteres Beispiel siehe Urteil BGer vom 29.10.2018, 1C_485/2018, E. 4.

3137. Namentlich beschied er den Kindern der von ihm freigesprochenen Klimaaktivistin, dass sie stolz auf ihre Mutter sein könnten, und die Klimaaktivistin ermunterte er, sich nicht einschüchtern zu lassen und weiterzumachen. Der fragliche Bezirksrichter gehörte nicht etwa einer dezidiert links-grünen Partei an, sondern war Mitglied von Die Mitte. Vgl. zur Frage der Parteizugehörigkeit und ihrer Relevanz Fn. 229.

Bestehen von Quasi-Mandatsverhältnissen und politischer Einflussnahme via Wiederwahlerfordernis wäre mit diesen relativ bescheidenen Änderungen hingegen ein Ende gesetzt.[3139] So liesse sich das Vertrauen in die Justiz unter Beibehaltung ihrer hohen demokratischen Legitimation stärken.[3140]

Anzumahnen ist abschliessend Folgendes: Das aktuell geltende System funktioniert nur solange – und ist daher nur solange haltbar –, wie die politische Ordnung der Schweiz auf einem **konkordanten Vielparteiensystem** basiert, in dem die Gefahr der politischen Monopolisierung von Richterstellen theoretisch bleibt.[3141] 48

5. Fehlende Einschränkbarkeit

Art. 30 Abs. 1 BV verbürgt als Verfahrensgrundrecht eine Minimalgarantie. Die aus Art. 30 Abs. 1 BV fliessenden Ansprüche dürfen **nicht eingeschränkt** werden. Auf diese Bestimmung ist Art. 36 BV deshalb nicht anwendbar. Sie sind «eingriffsresistent» in dem Sinn, dass jede Einschränkung eine unzulässige Verletzung von Art. 30 Abs. 1 BV darstellt (vgl. N. 50).[3142] Das heisst indes weder, dass diese Ansprüche voraussetzungslos gelten,[3143] noch, dass ihr Schutzgehalt keinen Umsetzungsspielraum zuliesse,[3144] noch, dass bei ihrer Konkretisierung gegenläufige Interessen[3145] bedeutungslos wären.[3146] Eine gültige Schiedsvereinbarung und die Einlassung auf das Schiedsverfahren gilt 49

3138 Urteile OGer ZH vom 14.11.2022, UA220042 bzw. UA220043, E. 4. Siehe auch Urteil BGer vom 14.12.2022, 1B_254/2022, E. 5.3.2, betreffend richterliche Äusserungen zu einem laufenden Verfahren in einem Zeitungsinterview.

3139 Ähnlich Keller, N. 19 f.

3140 Vgl. Gertsch, S. 55 f.

3141 GRECO, Corruption, § 101; Burgener, S. 179; Gass, Wahl, S. 604; Keller, N. 22 f.; Kiener, Richterliche Unabhängigkeit, S. 272 f.

3142 Kiener/Kälin/Wyttenbach, § 43 N. 36.

3143 Zum persönlichen Schutzbereich N. 10 ff.; siehe auch Biaggini, Art. 30 BV N. 2.

3144 Zur Umsetzung durch den Verfahrensgesetzgeber N. 8; siehe auch Biaggini, Art. 30 BV N. 12a.

3145 Etwa das verfahrensgrundrechtliche Beschleunigungsgebot (Art. 29 Abs. 1 BV) bei Ausstandsgesuchen.

3146 Siehe BGE 127 I 196, E. 2.d): «im Zusammenhang mit Ausstandsbegehren [ist] Befangenheit nicht leichthin anzunehmen. Gerade in Fällen mit komplexem Sachverhalt und zahlreichen Geschädigten kann [dieses in] ein Spannungsverhältnis zum Beschleunigungsgebot [treten] ... angesichts der Bedeutung des Anspruchs auf einen unparteiischen und unabhängigen Richter [wäre aber] eine allzu restriktive Auslegung und Anwendung der entsprechenden Garantien nicht zu vertreten».

als ein zulässiger Verzicht auf das von der Verfassung garantierte Verfahren vor dem gesetzlich zuständigen Gericht (vgl. N. 16).[3147]

6. Rechtsfolgen

50 Art. 30 Abs. 1 BV verleiht einen Anspruch *formeller* Natur.[3148] Seine Verletzung führt «ungeachtet der materiellen Begründetheit des Rechtsmittels zur Gutheissung der Beschwerde und zur **Aufhebung des angefochtenen Entscheides**».[3149] Damit dieser Anspruch nicht verwirkt, müssen Verfahrensmängel zum frühestmöglichen Zeitpunkt geltend gemacht werden, sei dies vor, während oder nach dem Verfahren;[3150] d.h., ohne prozesstaktisches Zuwarten sobald Kenntnis über sie besteht oder bestehen sollte (Gebot des Handelns nach Treu und Glauben, Art. 5 Abs. 3 BV).[3151] Es darf jedoch nicht leichthin angenommen werden, dass eine Verfahrenspartei Kenntnis von einem Verfahrensmangel erlangt und auf dessen Rüge verzichtet[3152] oder sie ungenügend begründet hat.[3153] Bei schweren Verfahrensmängeln soll eine Verwirkung der aus Art. 30 Abs. 1 BV fliessenden Ansprüche selbst dann nicht eintreten, wenn sie nicht rechtzeitig geltend gemacht wurden.[3154] In besonders gravierenden Fällen ist der betroffene Entscheid *nichtig*, beispielsweise wenn ein Gerichtsmitglied persönliche Interessen verfolgt hat.[3155]

3147 BSK-Reich, Art. 30 BV N. 21.

3148 Biaggini, Art. 30 BV N. 7.

3149 BGE 142 I 93, E. 8.3.

3150 SGK-Steinmann, Art. 30 BV N. 30.

3151 Vgl. Art. 36 Abs. 1 BGG; Art. 52 ZPO. Aus der Praxis: BGE 139 III 120, E. 3.2.2; 129 III 445, E. 4.2.2.1; 119 Ia 221, E. 5.a) m.w.H.; vgl. BGE 135 I 187, E. 2.2 (betreffend Art. 29 BV). Ferner SGK-Steinmann, Art. 30 BV N. 31.

3152 BGE 118 Ia 282, E. 5.a); siehe auch Urteil EGMR vom 22.12.2009, 5962/03, Makarenko g. Russland, § 135.

3153 BGE 142 I 93, E. 8.2.

3154 Siehe Urteil BGer vom 13.5.2009, 1C_235/2008, E. 3–4 («La composition irrégulière de la juridiction est un vice fondamental ... même si les parties ont donné leur accord ... Il s'ensuit que le recours doit être admis et l'arrêt attaqué annulé»); vgl. Urteil EGMR vom 1.3.2006, 56581/00, Sejdovic g. Italien, § 86; BSK-Reich, Art. 30 BV N. 32.

3155 BGE 136 II 383, E. 4.1.

C. Anspruch auf den Wohnsitzgerichtsstand der zivilbeklagten Person

Art. 30 Abs. 2 BV garantiert einer zivilrechtlich beklagten Person grundsätzlich, dass sie am örtlich und materiell für ihren **Wohnsitz** zuständigen Gericht (vgl. N. 22 ff.) eingeklagt wird.[3156] Allerdings hat die Gesetzgebung die örtliche Zuständigkeit der Zivilgerichtsbarkeit eingehend geregelt (Art. 30 Abs. 2 Satz 2: «Das Gesetz kann einen anderen Gerichtsstand vorsehen.»). Der Grundsatz von Art. 30 Abs. 2 Satz 1 BV ist daher nur beschränkt bedeutsam (siehe N. 54). 51

Art. 30 Abs. 2 BV hat einen weiten **Anwendungsbereich**. Persönlich umfasst er alle natürlichen und juristischen Personen mit landesrechtlichem (Wohn-)Sitz[3157] in der Schweiz.[3158] Materiell umfasst er alle Klagen mit materiell zivilrechtlichem Gegenstand,[3159] nicht etwa nur obligatorische Forderungen.[3160] 52

Art. 30 Abs. 2 Satz 1 BV verleiht den justiziablen Anspruch des zivilrechtlich Beklagten, in seinem **Wohnkanton** am Gericht, das nach der kantonalen Gerichtsorganisation zuständig ist,[3161] eingeklagt zu werden. Der Anspruch kann international, interkantonal und innerkantonal wirken.[3162] 53

Art. 30 Abs. 2 Satz 2 BV sieht einen weitreichenden Vorbehalt von diesem Grundsatz vor. Er stellt es dem Gesetzgeber anheim, **Ausnahmen von der Garantie des Wohnsitzrichters** vorzusehen (auch mittels völkerrechtlicher Verträge[3163]), ohne vorzugeben, unter welchen Voraussetzungen solche Ausnahmen zulässig sind.[3164] Aufgrund der umfassenden Kodifizierung des Zivilprozesses, einschliesslich internationaler Verfahren,[3165] bleibt für den 54

3156 Siehe CR-Bohnet, Art. 30 BV N. 93.

3157 Art. 23 ff., 56 ZGB; Art. 10 ZPO; Art. 20 f. IPRG.

3158 Botschaft BV, S. 184; SGK-Leuenberger, Art. 30 BV N. 35; BSK-Reich, Art. 30 BV N. 29.

3159 Im Sinne von Art. 122 BV; Art. 1 Abs. 1 lit. a ZPO; BSK-Reich, Art. 30 BV N. 39; Mahon, Petit commentaire, Art. 30 BV N. 10.

3160 Botschaft BV, S. 184; SGK-Steinmann, Art. 30 BV N. 35.

3161 SGK-Leuenberger, Art. 30 BV N. 33.

3162 Botschaft zum Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen (Gerichtsstandsgesetz, GestG) vom 18.11.1998, BBl 1999 III 2829, S. 2837; CR-Bohnet, Art. 30 BV N. 91; BSK-Reich, Art. 30 BV N. 39; SGK-Leuenberger, Art. 30 BV N. 36.

3163 Vgl. Art. 1 Abs. 2 IPRG.

Grundsatz des Wohnsitzrichters nach Art. 30 Abs. 2 Satz 1 BV nur wenig Raum.[3166]

55 Wenn die beklagte Person auf ihren Anspruch auf den Wohnsitzrichter **verzichtet**, verliert Art. 30 Abs. 2 Satz 1 BV naturgemäss seine Bedeutung.[3167] Dies ist der Fall bei der Einlassung (Unterlassung der Einrede der Unzuständigkeit)[3168] sowie bei Vorliegen einer gültigen[3169] Gerichtsstands-[3170] oder Schiedsvereinbarung.[3171]

56 Art. 30 Abs. 2 Satz 1 BV ist heute also bloss **ein Auffanggrundrecht und eine Auslegungshilfe**. Die Rolle einer Auffanggarantie spielt die Bestimmung, wenn eine gesetzliche oder staatsvertragliche Regelung fehlt.[3172] Die Funktion der Auslegungshilfe erfüllt Art. 30 Abs. 2 Satz 1 BV, wenn es Bestimmungen aus Gesetzen,[3173] Staatsverträgen oder Gerichtsstandsvereinbarungen auszulegen gilt (verfassungskonforme Gesetzesauslegung).[3174]

D. Öffentliche Gerichtsverfahren

57 Art. 30 Abs. 3 BV garantiert die Öffentlichkeit der Justiz, konkret der gerichtlichen Verhandlung und der Verkündung der Urteile. Damit wird

---

3164 Biaggini, Art. 30 BV N. 14; SGK-Leuenberger, Art. 30 BV N. 34; BSK-Reich, Art. 30 BV N. 38 Da das Zivilprozessrecht Bundessache ist (Art. 122 BV), wäre die einschlägige Gesetzesordnung ausserdem nach Art. 190 BV «immunisiert»; d.h., durch die rechtsanwendenden Behörden unabhängig allfälliger Verfassungswidrigkeiten anzuwenden. Siehe N. 8; SGK-Leuenberger, Art. 30 BV N. 39.

3165 Siehe das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) vom 11.4.1889, SR 281.1, die ZPO, das IPRG und das Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (LugÜ) vom 30.10.2007, SR 0.275.12.

3166 SGK-Leuenberger, Art. 30 BV N. 34; BSK-Reich, Art. 30 BV N. 37. Die einschlägige Gesetzgebung nimmt indes regelmässig den Wohnsitzgerichtsstand als Ausgangspunkt, von dem sie dann gegebenenfalls abweicht. Siehe CR-Bohnet, Art. 30 BV N. 96.

3167 Siehe BSK-Reich, Art. 30 BV N. 41.

3168 Art. 18 und 35 ZPO; Art. 6 IRPG.

3169 Siehe etwa Art. 17 Abs. 2 ZPO; Art. 5 Abs. 1 IPRG; Art. 23 Ziff. 1 LugÜ; CR-Bohnet, Art. 30 BV N. 97.

3170 Art. 17 ZPO; Art. 5 IPRG.

3171 Art. 354 ZPO; Art. 177 IPRG.

3172 BSK-Reich, Art. 30 BV N. 38.

3173 Zu zwei Konstellationen (einfache Streitgenossenschaft, Widerklage) siehe SGK-Leuenberger, Art. 30 BV N. 41.

Transparenz geschaffen, die es der «allgemeinen Öffentlichkeit»[3175] erlaubt, die Judikative unter Achtung der Gewaltenteilung[3176] zu kontrollieren.[3177] Dieser Abschnitt behandelt die Verfahrensöffentlichkeit, der nächste befasst sich mit der öffentlichen Verkündung von Gerichtsurteilen (unten E.).

1. Geltungsbereich und Tragweite

Nach dem Wortlaut der Überschrift von Art. 30 BV («Gerichtliche Verfahren») 58
und dessen Abs. 3 (Satz 1: «Gerichtsverhandlung und Urteilsverkündung sind öffentlich.») gilt das Prinzip der Öffentlichkeit von Gerichtsverhandlungen **rechtsgebietsübergreifend**.[3178] Trotzdem geht das Bundesgericht davon aus, dass der Anwendungsbereich dieses Prinzips auf *Zivil- und Straf*verfahren beschränkt sei, nämlich in Übereinstimmung mit Art. 6 Ziff. 1 EMRK.[3179] Diese Rechtsauffassung ist abzulehnen.[3180] Weder lässt sich eine entsprechende Verengung des Geltungsbereichs von Art. 30 Abs. 3 BV der Botschaft zur Bundesverfassung von 1999 entnehmen,[3181] noch sind sachliche Gründe ersichtlich, weshalb das Anliegen der Transparenz und der Kontrollmöglichkeit der Judikative im Bereich des öffentlichen Rechts weniger relevant sein soll als im Bereich von Zivil- und Strafrecht.[3182] Daran ändert auch nichts, dass der Gesetzgeber im Sinne des Bundesgerichts (aber m. E. eben verfassungswidrig[3183]) legiferiert hat, als er für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht den Grundsatz der Schriftlichkeit vorsah.[3184]

Gemäss bundesgerichtlicher Praxis[3185] und Literatur[3186] erfasst das Prinzip der 59
Öffentlichkeit der Verhandlung nicht **Schiedsverfahren**. Dies wird damit

3174. SGK-Leuenberger, Art. 30 BV N. 39–42.
3175. BGE 124 IV 234, E. 3.b); 119 Ia 99, E. 4.a).
3176. Zur «accountability» bzw. Rechenschaftspflicht von Gerichten vgl. N. 39.
3177. Siehe Schefer/Schaub, S. 539 m.w.H.; ferner Biaggini, Art. 30 BV N. 16; CR-Bohnet, Art. 30 BV N. 101; BSK-Reich, Art. 30 BV N. 42; SGK-Steinmann, Art. 30 BV N. 43.
3178. Biaggini, Art. 30 BV N. 17; BSK-Reich, Art. 30 BV N. 45; SGK-Steinmann, Art. 30 BV N. 50.
3179. BGE 128 I 288, E. 2.3 ff.; Urteil BGer vom 29.10.2012, 6B_362/2012, E. 7.3.1.
3180. So auch Biaggini, Art. 30 BV N. 17; BSK-Reich, Art. 30 BV N. 45; Schefer/Schaub, S. 538; SGK-Steinmann, Art. 30 BV N. 50.
3181. Siehe Botschaft BV, S. 184; ferner BSK-Reich, Art. 30 BV N. 45; SGK-Steinmann, Art. 30 BV N. 50 m.w.H. Anders BGE 128 I 288, E. 2.5, aber überzeugend widerlegt von Müller/Schefer, S. 966 f.
3182. So auch BSK-Reich, Art. 30 BV N. 45; SGK-Steinmann, Art. 30 BV N. 50.
3183. So auch Müller/Schefer, S. 967; SGK-Steinmann, Art. 30 BV N. 50.
3184. Siehe Art. 40 Abs. 1 VGG. Hinsichtlich einer Praxisänderung wären dem Bundesgericht damit im Bereich des VGG die Hände gebunden (Art. 190 BV); siehe N. 8.

begründet, dass deren Öffentlichkeit dem Sinn und Zweck von Schiedsklauseln widersprechen würde.[3187] Schefer/Schaub zeigen jedoch, dass gute Gründe dagegensprechen, in diesem Bereich einen prinzipiellen Unterschied zwischen Schiedsverfahren und Verfahren vor staatlichen Gerichten zu machen. Beim Schiedsspruch handelt es sich um einen Hoheitsakt, über den folglich ebenso und aus denselben Gründen Transparenz herrschen sollte wie über staatliche Gerichtsentscheide.[3188] Gerade an weitreichenden wirtschaftsrechtlichen Streitigkeiten kann aufseiten Konsumenten, Arbeitnehmenden, Versicherten u. A. ein hohes öffentliches Interesse an Schiedsverfahren bestehen.[3189]

60 Der Geltungsbereich des Anspruchs auf ein öffentliches Verfahren ist sodann in horizontaler (**Verfahrensstadien**) und vertikaler (Instanzenzug) Hinsicht zu bestimmen. In horizontaler Hinsicht wird einzig die *Verhandlung* erfasst, bei der die Parteien einander und dem Gericht gegenüberstehen.[3190] Ausgeschlossen sind das Vorverfahren, die gerichtliche Urteilsberatung und die Abstimmung im Kollegialgericht.[3191] Vorbehalten bleiben entgegenstehende Verfahrensgesetze, die beispielsweise dem Bundesgericht öffentliche Urteilsberatungen vorschreiben, wenn sich in einem Fall keine Einstimmigkeit einstellt.[3192]

61 Die Öffentlichkeit der Gerichtsverhandlung ist vor allem vor den *unteren* **Gerichtsinstanzen** von grosser Bedeutung. Dort, wo die Zuständigkeit für die Tatsachenfeststellung und Sachverhaltsfragen liegt, finden üblicherweise

---

3186 Biaggini, Art. 30 BV N. 17; CR-Bohnet, Art. 30 BV N. 108; BSK-Reich, Art. 30 BV N. 46; SGK-Steinmann, Art. 30 BV N. 49.

3185 Urteil BGer vom 10.2.2010, 4A_612/2009, E. 4.1.

3187 Zum Meinungsstand siehe Schefer/Schaub, S. 546 f.

3188 Siehe N. 3.

3189 Schefer/Schaub, S. 547–553.

3190 Biaggini, Art. 30 BV N. 17; BSK-Reich, Art. 30 BV N. 47; SGK-Steinmann, Art. 30 BV N. 51.

3191 Kiener/Kälin/Wyttenbach, § 43 N. 46.

3192 Art. 58 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 59 Abs. 1 BGG. Die Statistik lässt darauf schliessen, dass in Lausanne ein ausserordentlich einmütiges Klima herrscht: Gemessen an der Zahl der mündlichen Urteilsberatungen erreicht das Bundesgericht heute in etwa 99 Prozent der Fälle Einstimmigkeit. Siehe jeweils im jährlichen Geschäftsbericht «3.4 Art der Erledigung (Spruchkörper/Entscheidfindung)», <https://www.bger.ch> (Bundesgericht > Publikationen > Geschäftsberichte), besucht am 17.1.2024. Ein Schelm, wer Böses dabei denkt... Notabene lag die Zahl vor gut zwanzig Jahren noch ungefähr beim Dreifachen. Siehe Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege vom 28.2.2001, BBl 2001 4202, S. 4302. Skeptisch äussert sich auch Biaggini, Art. 30 BV N. 18.

die zentralen Erkenntnisvorgänge und Parteivorträge statt.[3193] Hat wenigstens eine öffentliche Verhandlung stattgefunden, ist der Anspruch auf öffentliche (mündliche) Verhandlungen vor Rechtsmittelinstanzen nur noch bedingt. Er setzt voraus, dass eine mündliche Verhandlung im Einzelfall gerechtfertigt erscheint angesichts entgegenstehender Interessen, beispielsweise der zügigen Beurteilung der Rechtssache.[3194]

62 Hinsichtlich der Schutzwirkung hat das Bundesgericht die Tragweite der Öffentlichkeit von Gerichtsverhandlungen stark verkürzt mit seiner Rechtsprechung, wonach kein Anspruch auf eine öffentliche Verhandlung bestehe, sondern lediglich ein **Recht auf die Öffentlichkeit der** *verfahrensgesetzlich vorgesehenen* **Verhandlungen**.[3195] Wie Steinmann richtig feststellt, wird der Schutz von Art. 30 Abs. 3 BV damit ganz ins Ermessen des Verfahrens*gesetzgebers* gestellt.[3196] Das kann nicht die Aufgabe eines *verfassungs*mässigen Grundrechts sein. Daher ist mit Steinmann ein eigenständiger «*Anspruch* auf Durchführung von *öffentlichen Verhandlungen* ..., die notgedrungen mündlich sind» zu fordern.[3197] Einen solchen Anspruch garantiert das Völkerrecht in Zivil- und Strafverfahren, wo Art. 6 Ziff. 1 EMRK[3198] generell eine öffentliche Verhandlung verlangt.[3199] Öffentlich-rechtliche Angelegenheiten bleiben von diesem konventionsrechtlichen Anspruch grundsätzlich ausgeschlossen, sodass sie nur öffentlich (mündlich) verhandelt werden müssen, wenn das Prozessrecht dies vorsieht.[3200] Diese grundrechtliche Rechtsschutzlücke ist allerdings kleiner geworden: Art. 6 Ziff. 1 EMRK erfasst viele landesrechtlich als Verwaltungsstreitigkeiten betrachtete Angelegenheiten, entweder weil sie in den vom EGMR weit ausgelegten Bereich der «zivilrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen» fallen[3201] oder (seltener und hauptsächlich im Bereich von Disziplinarmassnahmen) weil sie konventionsrechtlich als «strafrechtlich» gelten.[3202]

3193 CR-Bohnet, Art. 30 BV N. 105; SGK-Steinmann, Art. 30 BV N. 52.

3194 BGE 147 IV 127, E. 2.3.2; 143 IV 483, E. 2.1.2; 119 Ia 316, E. 2.b); Urteile EGMR vom 8.1.2009, 29002/06, Schlumpf g. Schweiz, § 65, und vom 12.11.2002, 28394/95, Döry g. Schweden, § 39.

3195 BGE 146 I 30, E. 2.1; 128 I 288, E. 2.6.

3196 SGK-Steinmann, Art. 30 BV N. 53.

3197 SGK-Steinmann, Art. 30 BV N. 53 (Hervorhebungen im Original).

3198 Vgl. Botschaft BV, S. 184; BGE 128 I 288, E. 2.5–2.6.

3199 Siehe auch Art. 14 Ziff. 1 UNO-Pakt II.

3200 BGE 128 I 288, E. 2.

63 Mit Öffentlichkeit der Verhandlung ist **Publikums- und Medienöffentlichkeit** gemeint.[3203] Diese schliesst allerdings kein Recht auf Ton- und Bildaufnahmen mit ein.[3204]

64 Die **Grundrechtsträgerschaft** ist in diesem Zusammenhang zu erläutern. Die Verfahrensbeteiligten selber sind insoweit Grundrechtsträger, als Art. 30 Abs. 3 BV ihre Interessen schützt.[3205] Exemplarisch kann es etwa ein Anliegen des strafrechtlich Angeklagten sein, sich anlässlich einer *öffentlichen* Verhandlung verteidigen zu können,[3206] während umgekehrt auch denkbar ist, dass die angeklagte Person, die Öffentlichkeit gerade nicht wünscht.[3207] Grundrechtsträger sind aber auch die Öffentlichkeit (unbeteiligte Dritte) und die Medien (vgl. auch Art. 16 Abs. 3 BV, «Informationsfreiheit»).[3208] Ihnen steht es zu, Zugang zu einer Gerichtsverhandlung zu fordern,[3209] nicht aber, eine Verhandlung zu verlangen.[3210] Weil nicht nur die Verfahrensbeteiligten Grundrechtsträger von Art. 30 Abs. 3 BV sind beziehungsweise weil diese Bestimmung auch die Interessen Dritter schützt, können die Verfahrensbeteiligten nicht auf die Öffentlichkeit der Verhandlung verzichten («kein Recht auf Nichtöffentlichkeit»); d.h., die Gerichte müssen dem Wunsch

---

3201 Häfelin et al., N. 854; Malinverni et al., N. 1594–1604; weiter Villiger, § 16; siehe auch OK-Kradolfer, Art. 29a BV N. 5. Ein strittiger Anspruch muss weder seine formalgesetzliche Grundlage in einem zivilrechtlichen Erlass haben noch innerstaatlich in die Zuständigkeit der Zivilgerichtsbarkeit fallen; beides ist nicht entscheidend. Siehe Urteil EGMR [GK] vom 15.10.2009, 17056/06, Micallef g. Malta, § 74. Eingehend zur Praxis des EGMR Schabas, S. 272–276, m.H.a. Urteile aus den Bereichen Verfassungsgerichtsbarkeit, Staatshaftung, Bau- und Planungsrecht, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Sozialversicherungsrecht und öffentliches Personalrecht.

3202 Siehe BGE 128 I 346, E. 2; Malinverni et al., N. 1605–1615.

3203 Siehe etwa BGE 146 I 30, E. 2.2; 122 V 47, E. 2.c) beide m.w.H. Für die Parteien ist das rechtliche Gehör nach Art. 29 Abs. 2 BV zentral. Siehe SGK-Steinmann, Art. 30 BV N. 54; vgl CR-Bohnet, Art. 30 BV N. 102; BSK-Reich, Art. 30 BV N. 50.

3204 So bspw. Art. 62 BGerR; BGE 95 I 356, E. II.1; CR-Bohnet, Art. 30 BV N. 110; BSK-Reich, Art. 30 BV N. 50; SGK-Steinmann, Art. 30 BV N. 54.

3205 SGK-Steinmann, Art. 30 BV N. 55; siehe auch BSK-Reich, Art. 30 BV N. 48.

3206 Vgl. Schefer/Schaub, S. 539–541.

3207 Vgl. Schefer/Schaub, S. 539–541.

3208 BGE 139 I 129, E. 3.3; 137 I 16, E. 2.2; Malinverni et al., N. 1424.

3209 Zur Zulässigkeit von Eingangskontrollen u.Ä. siehe Urteil BGer vom 15.12.2008, 1C_332/2008, E. 3.3 ff.

3210 CR-Bohnet, Art. 30 BV N. 102; BSK-Reich, Art. 30 BV N. 49; SGK-Steinmann, Art. 30 BV N 55.

der Parteien, die Öffentlichkeit auszuschliessen oder einzuschränken, nicht nachkommen.[3211]

2. Einschränkbarkeit

Entgegen dem Grundsatz, wonach die Verfahrensgrundrechte nicht einschränkbare Minimalstandards sind,[3212] ist der Anspruch auf Öffentlichkeit von Gerichtsverhandlungen **Einschränkungen** zugänglich, sofern diese einem überwiegenden öffentlichen Interesse dienen und verhältnismässig sind.[3213] Wie alle Grundrechtseinschränkungen sind auch Einschränkungen der Öffentlichkeit der Gerichtsverhandlungen für jeden Einzelfall gesondert auf ihre Verhältnismässigkeit und Zulässigkeit zu prüfen. Pauschale Regelungen wie in Art. 54 Abs. 4 ZPO, wonach familienrechtliche Verfahren nicht öffentlich sind, halten vor diesem Massstab nicht stand.[3214] Als zulässige öffentliche Interessen gelten die öffentliche Ordnung und Sicherheit, die Sitten, nationale Interessen, der Schutz von Privatsphäreninteressen sowie von Kindern und Jugendlichen und von der Rechtspflege selber.[3215] Die Verhältnismässigkeit verlangt eine Abwägung der entgegenstehenden Interessen im Einzelfall unter besonderer Berücksichtigung der Bedeutung der medialen Gerichtsberichterstattung («Wächterfunktion» der Medien,[3216] Medien als «public watchdogs»).[3217] 65

Generell sind *öffentlich-rechtliche* Verfahren aufgrund prozessökonomischer Überlegungen weitgehend von der **Schriftlichkeit** geprägt, sodass regelmässig keine öffentlichen Verhandlungen stattfinden.[3218] Dies verstösst 66

3211. BGE 119 Ia 99, E. 2.a). Eingehend Schefer/Schaub, S. 540 f.; ferner CR-Bohnet, Art. 30 BV N. 111; Müller/Schefer, S. 973; SGK-Steinmann, Art. 30 BV N. 58.

3212. Vgl. Häfelin et al., N. 302 f.; Kiener/Kälin/Wyttenbach, § 40 N. 28.

3213. Vgl. Art. 36 Abs. 2–3 BV; Biaggini, Art. 30 BV N. 21; Müller/Schefer, S. 971; Schefer/Schaub, S. 541.

3214. Siehe Urteil EGMR, 9. Mai 2023, 69212/17, Morales g. Schweiz, §§ 18–23; vgl. auch SGK-Steinmann, Art. 30 BV N. 57.

3215. Siehe Art. 6 Ziff. 1 EMRK; Art. 14 Ziff. 1 UNO-Pakt II. Art. 30 Abs. 3 BV selber nennt keine spezifischen öffentlichen Interessen, die angerufen werden können, doch finden sich entsprechende Bestimmungen in der Verfahrensgesetzgebung: Art. 59 Abs. 2 BGG; Art. 70 Abs. 1 StPO; Art. 40 Abs. 3 VGG; Art. 54 Abs. 3 ZPO. Siehe auch SGK-Steinmann, Art. 30 BV N. 56.

3216. So bspw. BGE 143 I 194, E. 3.1.

3217. Explizit Art. 70 Abs. 3 StPO. Siehe auch Biaggini, Art. 30 BV N. 21; CR-Bohnet, Art. 30 BV N. 114; BSK-Reich, Art. 30 BV N. 57; SGK-Steinmann, Art. 30 BV N. 57.

3218. Siehe SGK-Steinmann, Art. 30 BV N. 56.

nicht gegen die internationalen Verfahrensgarantien, die lediglich auf zivil- und strafrechtliche Verfahren anwendbar sind, doch ist dies m.E. mit dem geltenden Art. 30 Abs. 3 BV nicht vereinbar (siehe N. 7, N. 58). Unter der Annahme, dass das geltende Verwaltungsverfahrensrecht die Prozessökonomie wertungsmässig angemessen gewichtet, wäre der Wortlaut von Art. 30 Abs. 3 BV dahingehend zu präzisieren; d.h., Verwaltungsverfahren wären zumindest grundsätzlich vom Anwendungsbereich der Gerichtsöffentlichkeit auszunehmen.

67 Wird der Anspruch auf eine öffentliche Verhandlung unzulässigerweise eingeschränkt (d.h. verletzt), führt dies als **Rechtsfolge** zur Aufhebung des Urteils,[3219] ausser der Mangel kann im Rechtsmittelverfahren geheilt werden, indem die öffentliche Verhandlung vor dieser Instanz nachgeholt wird.[3220] Dies setzt voraus, dass die Rechtsmittelinstanz über die gleiche (volle) Kognition verfügt wie die untere Gerichtsbehörde.[3221] Namentlich im Verfahren vor dem Bundesgericht dürfte es daher normalerweise nicht möglich sein, eine Verletzung des Öffentlichkeitsprinzips zu heilen.[3222] Ohnehin ist die Heilung von Verfahrensfehlern untergeordneter Instanzen im Rechtsmittelverfahren problematisch. Insbesondere verkürzt sie den Instanzenzug, weil die Rechtsmittelinstanz in dieser Konstellation erstmals in einem korrekten Verfahren entscheidet.[3223]

E. Öffentliche Urteilsverkündung

68 Nicht nur vom Prozess, sondern auch vom Ergebnis eines Gerichtsverfahrens soll die Öffentlichkeit Kenntnis erlangen, um gegenüber der Judikative eine Kontrollfunktion ausüben zu können (vgl. N. 3, N. 57).[3224] Daher sieht Art. 30 Abs. 3 BV vor, dass **Gerichtsurteile öffentlich zu verkünden** oder zu

3219 BGE 121 I 306, E. 2.b); zur formellen Natur des Anspruchs vgl. N. 50.

3220 Siehe BGE 127 I 44, E. 2.e)bb); 121 I 30, E. 5.j); CR-Bohnet, Art. 30 BV N. 107; BSK-Reich, Art. 30 BV N. 51; SGK-Steinmann, Art. 30 BV N. 60.

3221 Vgl. BSK-Reich, Art. 30 BV N. 51; CR-Bohnet, Art. 30 BV N. 107; SGK-Steinmann, Art. 30 BV N. 60.

3222 Vgl. BGE 136 I 279, E. 5. Zu den vor Bundesgericht zulässigen Rügen siehe Art. 95 ff. BGG.

3223 Weiter drohen mit diesem Vorgehen prozessökonomisch falsche Anreize für die untere Instanz einherzugehen. Schliesslich lässt sich auf einer theoretischen Ebene diskutieren, ob die Heilung mit der Idee der Menschenwürde, in der die Verfahrensgrundrechte gründen, vereinbar ist. Siehe Kneubühler, S. 107 ff.

3224 Siehe bspw. BGE 139 I 129, E. 3.3; 133 I 106, E. 8.1 u.v.m.; CR-Bohnet, Art. 30 BV N. 115.

publizieren sind.[3225] In der Praxis hapert es zurzeit vor allem auf der kantonalen Ebene noch gewaltig an der heute eigentlich zu erwartenden anstandslosen Onlinepublikation aller vom Geltungsbereich (siehe N. 69) dieser Bestimmung erfassten Gerichtsurteile.[3226]

1. Geltungsbereich und Tragweite

Die Öffentlichkeit der Justiz und ihrer Urteile[3227] hat in zweierlei Hinsichten einen **weiten Geltungsbereich**. Erstens gilt sie in *allen* gerichtlichen Verfahren aller Rechtsgebiete,[3228] selbst in solchen vor unteren Instanzen und/oder von objektiv betrachtet geringer Bedeutung (einschliesslich Strafbefehle, Einstellungs- und Nichtanhandnahmeverfügungen[3229]); auch hier gilt es, die Prinzipien der demokratischen Kontrolle, Gesetzmässigkeit und Verfahrensgerechtigkeit umfassend zu achten.[3230] Auch eine Beschränkung der Urteilsöffentlichkeit auf noch nicht rechtskräftige beziehungsweise von einer Beschwerdeinstanz aufgehobene Urteile ist nicht angezeigt.[3231] Hinsichtlich Schiedsurteilen gelten die in N. 59 gemachten Ausführungen sinngemäss.[3232] Zweitens ist die Bekanntgabepflicht nach Art. 30 Abs. 3 BV insofern umfassend, als sie Gerichtsurteile in ihrer Gesamtheit erfasst; d.h., zu veröffentlichen sind neben den *Erwägungsgründen* auch die Feststellungen zum *Sachverhalt*, das *Dispositiv* mit dem Entscheid des Gerichts, inklusive der Kostenfolgen, und das *Rubrum* mit dem Aktenzeichen und dem Entscheiddatum, den Angaben zur Streitsache, zum Spruchkörper und seiner Besetzung[3233] sowie zu den Parteien und ihren Rechtsvertretern.[3234] 69

3225 Biaggini, Art. 30 BV N. 20; BSK-Reich, Art. 30 BV N. 53; SGK-Steinmann, Art. 30 BV N. 61.

3226 Siehe die Übersicht bei Walder.

3227 Urteile sind zu unterscheiden von gerichtlichen Verfügungen, etwa vorsorglicher Massnahmen, die wie verwaltungsbehördliche Entscheide nicht unter Art. 30 Abs. 3 BV fallen. Siehe CR-Bohnet, Art. 30 BV N. 116; SGK-Steinmann, Art. 30 BV N. 64.

3228 Anders als (gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung) die Verfahrensöffentlichkeit, siehe N. 58.

3229 Siehe BGE 137 I 16, E. 2.3; 136 I 80, E. 2.2; 134 I 286, E. 6.3; dazu Steinmann, Urteilsbesprechung 1C_123/2016, S. 607. Ferner BSK-Reich, Art. 30 BV N. 52; SGK-Steinmann, Art. 30 BV N. 65.

3230 BGE 139 I 129, E. 3.3 («kleine und unscheinbare Prozesse»). Siehe auch SGK-Steinmann, Art. 30 BV N. 65.

3231 Urteil BGer vom 21.6.2016, 1C_123/2016, E. 3.6; Biaggini, Art. 30 BV N. 20.

3232 Vgl. CR-Bohnet, Art. 30 BV N. 116; BSK-Reich, Art. 30 BV N. 52.

3233 Zur Bedeutung dieser Angaben vgl. N. 26.

70 Die **Urteilsöffentlichkeit** verlangt traditionell, «dass am Schluss eines gerichtlichen Verfahrens das Urteil in Anwesenheit der Parteien sowie von Publikum und Medienvertretern verkündet wird», doch können der Sinn und Zweck der verfassungsrechtlich gebotenen öffentlichen Bekanntmachung von Gerichtsurteilen auch mittels weiterer Formen der Bekanntmachung gewährleistet werden, beispielsweise mit der öffentlichen Auflage, der amtlichen Publikation oder der online Veröffentlichung eines Urteils.[3235] Bei letzteren Publikationsformen handelt es sich um gleichwertige und nicht etwa um subsidiäre Alternativen zur mündlichen Urteilsverlesung.[3236] Von besonderer Bedeutung ist die Pflicht der öffentlichen Urteilsverkündung in den (vielen) Verfahren, in denen keine öffentliche Verhandlung und mündliche Urteilsberatung stattfinden.[3237] Ein Anspruch auf die Zustellung einer Kopie eines Urteils folgt hingegen nicht aus Art. 30 Abs. 3 BV.[3238]

71 Angesichts des Zwecks der Urteilsöffentlichkeit, Vertrauen in und Kontrolle über die Justiz zu ermöglichen, ist auch der Kreis der **Grundrechtsträger** weit. Die Verfahrensparteien haben aufgrund ihrer direkten Betroffenheit generell Anspruch auf Kenntnis ihres Urteils.[3239] Das spezifische Grundrecht auf die Veröffentlichung von Gerichtsurteilen schützt darüber hinaus insbesondere die legitimen, grundsätzlich nicht weiter begründungspflichtigen[3240] Interessen der breiten Öffentlichkeit und vor allem der medialen Gerichtsberichterstattung.[3241] Folgerichtig können die

---

3234 BGE 139 I 129, E. 3.6; Biaggini, Art. 30 BV N. 20; SGK-Steinmann, Art. 30 BV N. 65.

3235 BGE 139 I 129, E. 3.3. Zur Praxis des Bundesgerichts siehe Art. 57 ff. BGerR; Urteil BGer vom 21.6.2016, 1C_123/2016, E. 3.5.1 f.; siehe ferner SGK-Steinmann, Art. 30 BV N. 62.

3236 Urteil BGer vom 21.6.2016, 1C_123/2016, E. 3.6; dazu Steinmann, Urteilsbesprechung 1C_123/2016, S. 607. Siehe auch SGK-Steinmann, Art. 30 BV N. 66; Entscheid EGMR, vom 21.6.2005, 62915/00, Bacchini g. Schweiz.

3237 Siehe BGE 133 I 106, E. 8.2.

3238 Urteil BGer vom 1.9.2006, 1P-298/2006, E. 2.2; vgl. BGE 124 IV 234, E. 3.e); BSK-Reich, Art. 30 BV N. 54.

3239 Art. 29 Abs. 1 BV; BSK-Reich, Art. 30 BV N. 53; SGK-Steinmann, Art. 30 BV N. 61.

3240 Vgl. aber BGE 137 I 16, E. 2.3; 136 I 80, E. 2.2; 134 I 286, E. 6.5, wonach die Einsichtnahme in Einstellungs- und Nichtanhandnahmeverfügungen eines nachweisbaren schutzwürdigen Informationsinteresses bedarf. Nach BGE 137 I 16, E. 2.4 scheint diese Hürde indes zumindest für die Medien nicht hoch zu sein. Kritisch SGK-Steinmann, Art. 30 BV N. 63; siehe auch Biaggini, Art. 30 BV N. 20.

3241 Vgl. Art. 16 Abs. 3 BV; Art. 54 Abs. 1 Satz 2 ZPO; BGE 139 I 129, E. 3.6; Urteil BGer vom 21.6.2016, 1C_123/2016, E. 3.5.1 f.; BSK-Reich, Art. 30 BV N. 52; SGK-Steinmann, Art. 30 BV N. 61, 63.

Parteien weder auf die Urteilsöffentlichkeit verzichten noch die Nichtveröffentlichung ihres (anonymisierten) Urteils verlangen.[3242]

2. Einschränkbarkeit

Wie die Öffentlichkeit von Gerichtsverfahren gilt auch die Urteilsöffentlichkeit **nicht absolut** (siehe N. 65). Sie ist im Einzelfall im Rahmen einer Güterabwägung (Verhältnismässigkeitsprüfung) einschränkbar, wenn entgegenstehende öffentliche oder private Interessen überwiegen und das Gesetz selber[3243] eine entsprechende Ausnahme vorsieht.[3244] Insbesondere werden Gerichtsurteile aufgrund des Persönlichkeitsschutzes der Verfahrensparteien regelmässig nur in anonymisierter Form der Öffentlichkeit zugänglich gemacht.[3245] Die Möglichkeit, dass anonymisierte Personen identifizierbar bleiben, muss dabei nicht ausgeschlossen werden.[3246] Namentlich die Verständlichkeit des Urteils setzt seiner Anonymisierung Grenzen.[3247] Innerhalb dieser Grenzen ist auch die lediglich verkürzte Publikation von Urteilen zulässig.[3248] Kaum denkbar sind Umstände, die den *vollständigen* Verzicht auf die Publikation sogar einer *gekürzten und anonymisierten* Fassung eines Urteils zu rechtfertigen vermögen.[3249] In zivil- und strafrechtlichen Verfahren im Sinne von Art. 6 EMRK wäre dies mit Ziff. 1 dieser Bestimmung ohnehin nicht vereinbar.[3250] 72

Eine **Verletzung** des Anspruchs auf die Öffentlichkeit eines Urteils lässt sich vergleichsweise einfach beheben, nämlich indem die Beschwerdeinstanz die untere Instanz zur nachträglichen Veröffentlichung des Urteils verpflichtet.[3251] 73

3242 Urteile BGer vom 31.3.2016, 2C_677/2015, E. 4.2 f.; 30.10.2014, 2E_2/2013, E. 3.2.1 ff.; SGK-Steinmann, Art. 30 BV N. 68.

3243 Siehe die Hinweise in Fn. 340 und 375.

3244 BGE 139 I 129, E. 3.6; Urteil BGer vom 21.6.2016, 1C_123/2016, E. 3.7; SGK-Steinmann, Art. 30 BV N. 68.

3245 Siehe Art. 27 Abs. 2 BGG; BGE 139 I 129, E. 3.6; Urteil BGer vom 21.6.2016, 1C_123/2016, E. 3.5.2.

3246 Siehe Urteile BGer vom 31.3.2016, 2C_677/2015, E. 4.2 f.; 30.10.2014, 2E_2/2013, E. 3.2.1 ff.; BSK-Reich, Art. 30 BV N. 58; SGK-Steinmann, Art. 30 BV N. 68.

3247 BGE 133 I 106, E. 8.3; SGK-Steinmann, Art. 30 BV N. 68. Daher ist die mitunter seltsame Blüten treibende Praxis des Bundesgerichts, gar die Namen von Milchkühen und dergleichen zu anonymisieren, vielmehr von humoristischer als von rechtlicher Bedeutung. Siehe Biaggini, Art. 30 BV N. 31.

3248 BGE 133 I 106, E. 8.3.

3249 Siehe Biaggini, Art. 30 BV N. 21; BSK-Reich, Art. 30 BV N. 59; SGK-Steinmann, Art. 30 BV N. 67.

Zum Autor

Reto Walther, Dr. iur., Jurist, Bundesamt für Justiz, hat im Staats-, Verwaltungs- und Völkerrecht publiziert und gelehrt. Zurzeit arbeitet er auf der Grundlage seiner Dissertation am Buchprojekt «Subsidiarity, Legitimacy, and the European Court of Human Rights» für Oxford University Press.

WEITERE EMPFOHLENE LEKTÜRE

Bühler Alfred, Die Stellung von Experten in der Gerichtsverfassung – insbesondere im Spannungsfeld zwischen Gericht und Anwaltschaft, SJZ 105 (2009), S. 329 ff.

Eichenberger Kurt, Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem, Bern 1960.

Fonjallaz Jean, Garantie pour le justiciable d'un tribunal indépendant et impartial et contrôle de l'activité des tribunaux par la haute surveillance exercée par le pouvoir législatif, une coexistence difficile, AJP 2011, S. 49 ff.

Gass Stephan/Kiener Regina/Stadelmann Thomas (Hrsg.), Standards on Judicial Independence, Bern 2012 (Textsammlung).

Haesler Frey Mirjam, Aufsicht über die Justiz, Basel 2017.

Hottelier Michel, Les garanties de procédure, in: Thürer Daniel/Aubert Jean-François/Müller Jörg Paul (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, S. 809 ff.

Hürlimann Daniel, Publikation von Urteilen durch Gerichte, sui-generis 2014, S. 82 ff.

Reiter Catherine, Gerichtsinterne Organisation: Best Practices, Zürich 2015.

3250 Art. 6 Ziff. 1 EMRK sieht keine Ausnahme von der Urteilsöffentlichkeit vor anders als Art. 14 Ziff. 1 UNO-Pakt II (Jugendschutz, Ehestreitigkeiten, Vormundschaft über Kinder); Urteil EGMR vom 11.2.2010, 31465/08, Raza g. Bulgarien, § 53: «the complete concealment from the public of the entirety of a judicial decision in such proceedings [where national security is at stake] cannot be regarded as warranted». Siehe auch Meyer, Art. 6 EMRK N. 81.

3251 Siehe etwa BGE 124 IV 234; BSK-Reich, Art. 30 BV N. 56; SGK-Steinmann, Art. 30 BV N. 69.

Santschi Kallay Mascha, Externe Kommunikation der Gerichte: Rechtliche und praktische Aspekte der aktiven und reaktiven Medienarbeit der Judikative, Bern 2018.

Saxer Urs, Vom Öffentlichkeitsprinzip zur Justizkommunikation: Rechtsstaatliche Determinanten einer verstärkten Öffentlichkeitsarbeit der Gerichte, ZSR 125 (2006), S. 459 ff.

Schindler Benjamin, Wer wacht über die Wächter des Rechtsstaates? Das Bundesgericht im Spannungsfeld zwischen Unabhängigkeit und Verantwortlichkeit, AJP 2013, S. 1017 ff.

Thurnherr Daniela, Verfahrensgrundrechte, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich/Basel/Genf 2020, S. 1477 ff.

Uhlmann Felix, Verfahrensgrundrechte, in: Biaggini Giovanni/Gächter Thomas/Kiener Regina (Hrsg.), Staatsrecht, 3. Aufl., Zürich 2021, S. 616 ff.

Valois Martine, L'indépendance judiciaire: La justice entre droit et gouvernement, Zürich 2012.

LITERATURVERZEICHNIS

Ammann Odile, Sollten die höchsten Richterinnen und Richter im Losverfahren bestimmt werden? Überlegungen zur richterlichen Unabhängigkeit unter besonderer Berücksichtigung der schweizerischen «Justiz-Initiative», in: Urbanik Jakub/Bodnar Adam (Hrsg.), Law in a Time of Constitutional Crisis, Warschau 2021, S. 7 ff.

Auer Andreas, Staatsrecht der Kantone, Bern 2016.

Baldegger Mirjam, Der wiederkehrende Ruf nach dissenting opinions am Bundesgericht: Wünschbarkeit, Auswirkungen und Ausgestaltung richterlicher Sondervoten in der Schweiz, ZBl 118 (2017), S. 131 ff.

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

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

Borghi Marco, Etat et autorités – La mainmise des partis politiques suisses sur l'élection des juges, in: Belser Eva Maria/Waldmann Bernhard (Hrsg.), Mehr oder weniger Staat?, Bern 2015, S. 175 ff.

Brunner Arthur, Verfassungsrechtliche Vorgaben an die Besetzung gerichtlicher Spruchkörper, ZBl 122 (2021), S. 307 ff.

Burgener Martin, Die Richterwahlen im Kanton Zürich unter den Aspekten der richterlichen Unabhängigkeit und der Gewaltenteilung, Zürich 2022.

Diggelmann Oliver/Pangrazzi Sara, Die Kritik an der Rechtsprechung des EGMR in «alten» Demokratien, in: Pöschl Magdalena/Wiederin Ewald (Hrsg.), Demokratie und Europäische Menschenrechtskonvention, Wien 2020, S. 107 ff.

Dunoff Jeffrey L./Pollack Mark A., The Judicial Trilemma, American Journal of International Law 111 (2017), S. 225 ff.

Engi Lorenz, Was heisst Menschenwürde? Zum Verständnis eines Verfassungsbegriffs, ZBl 109 (2008), S. 659 ff.

Epiney Astrid, Kommentar zu Art. 5, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014.

Epiney Astrid, Kommentar zu Art. 190, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar zur Bundesverfassung, Basel 2015.

Fellmann Walter, Kommentar zu Art. 12, in: Fellmann Walter/Zindel Gaudenz G. (Hrsg.), Kommentar zum Anwaltsgesetz, Zürich 2011.

Fischbacher Alain, Richterwahlen durch das Parlament, Chance oder Risiko?, Mitteilungsblatt der Schweizerischen Gesellschaft für Parlamentsfragen 8 (2005), S. 4 ff.

Garoupa Nuno/Ginsburg Tom, Guarding the Guardians: Judicial Councils and Judicial Independence, American Journal of Comparative Law 57 (2009), S. 103 ff.

Gass Stephan, Professionalisierung des Richteramts, AJP 2010, S. 1143 ff. (zit. Professionalisierung).

Gass Stephan, Wie sollen Richterinnen und Richter gewählt werden?, AJP 2007, S. 593 ff. (zit. Wahl).

Gertsch Gabriel, Richterliche Unabhängigkeit und Konsistenz am Bundesverwaltungsgericht: eine quantitative Studie, ZBl 122 (2021), S. 34 ff.

Glaser Andreas, Die Justiz-Initiative: Besetzung des Bundesgerichts im Losverfahren?, AJP 2018, S. 1251 ff.

Habegger Philipp/Landbrecht Johannes, Zwischen vertraglichem Konsens und grundrechtlichem Zwang – Die unfreiwillige Schiedsgerichtsbarkeit, in: Portmann Wolfang et al. (Hrsg.), Gedenkschrift für Claire Huguenin, Zürich 2020, S. 123 ff.

Häfelin Ulrich et al., Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10. Aufl., Zürich 2020.

Hangartner Yvo, Bundesgericht, II. Zivilrechtliche Abteilung, 15.11.2007, 5A. 369/2007, AJP 2008, S. 368 ff.

Hangartner Yvo/Looser Martin E., Kommentar zu Art. 190, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014.

Heermann Peter W., «Beipackzettel» für Schiedsklauseln zum Court of Arbitration for Sport, CaS 15 (2022), S. 15 ff.

Huber Roland, Mit der Organisation der Justizverwaltung verbundene Risiken für die richterliche Unabhängigkeit, Justice - Justiz - Giustizia 2023.

Jahn Jannika, Die Dritte Gewalt in der Medienöffentlichkeit, in: Mülder Marje et al. (Hrsg.), Richterliche Abhängigkeit – Rechtsfindung im Öffentlichen Recht: 58. Assistententagung Öffentliches Recht, Baden-Baden 2018.

Keller Helen, Schweizerische Rechtsstaatlichkeit im internationalen Vergleich, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich/Basel/Genf 2020, S. 935 ff.

Keller Helen/Walther Reto, 20 Jahre «neue» Bundesverfassung: Plus ça change, plus c'est la même chose?, ZSR 140 (2021), S. 259 ff.

Keller Helen/Zimmermann Laura, Dissenting Opinions am Bundesgericht – Individuelle Transparenz oder Gefährdung der richterlichen Unabhängigkeit?, ZSR 138 (2019), S. 137 ff.

Kiener Regina, Richterliche Unabhängigkeit, Bern 2001 (zit. Richterliche Unabhängigkeit).

Kiener Regina, Bundesgericht, II. zivilrechtliche Abteilung, 17.12.2012, 5C_2/2012, ZBl 114 (2013), S. 265 ff. (zit. Urteilsbesprechung 5C_2/2012).

Kiener Regina, Bundesgericht, I. öffentlich-rechtliche Abteilung, 16.7.2020, 1C_295/2019, 1C_357/2019, ZBl 122 (2021), S. 161 ff. (zit. Urteilsbesprechung 1C_295/2019).

Kiener Regina/Kälin Walter/Wyttenbach Judith, Grundrechte, Bern 2018.

Kiener Regina/Krüsi Melanie, Die Unabhängigkeit von Gerichtssachverständigen, ZSR 125 (2006), S. 487 ff.

Kiener Regina/Medici Gabriela, Anwälte und andere Richter: Zur Befangenheit von Richtern aufgrund anderer Erwerbstätigkeiten, SJZ 107 (2011), S. 373 ff.

Killias Martin, Gastbeitrag zur Justiz-Initiative: Interne Druckversuche waren unangenehmer, in: Solothurner Zeitung vom 29.10.2021, S. 2.

Kley Andreas, Kommentar zu Art. 29a, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014.

Kneubühler Lorenz, Gehörsverletzung und Heilung – Eine Untersuchung über die Rechtsfolgen von Verstössen gegen den Gehörsanspruch, insbesondere die Problematik der sogenanten «Heilung», ZBl 99 (1998), S. 97 ff.

Kosař David, Beyond Judicial Councils: Forms, Rationales and Impact of Judicial Self-Governance in Europe, German Law Journal 19 (2018), S. 1567 ff.

Kradolfer Matthias, Kommentar zu Art. 29a, in: Schlegel Stefan/Ammann Odile (Hrsg.), Onlinekommentar zur Bundesverfassung.

Langer Lorenz, Reform der Richterwahl und die Unabhängigkeit, in: NZZ vom 29. November 2023, S. 19.

Leuenberger Christoph, Kommentar zu Art. 30, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014.

Looser Martin E., Verfassungsgerichtliche Rechtskontrolle gegenüber schweizerischen Bundesgesetzen, St. Gallen 2011.

Luminati Michele/Contarini Filippo, Das Richterbild in der Schweiz: richterliche Unabhängigkeit auf dem Prüfstand, ZSR-II 138 (2019), S. 201 ff.

Mahlmann Matthias, Die Garantie der Menschenwürde in der Schweizerischen Bundesverfassung, AJP 2013, S. 1307 ff.

Mahon Pascal, Kommentar zu Art. 30, in: Aubert Jean-François/Mahon Pascal (Hrsg.), Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse: du 18 avril 1999, Zürich/Basel/Genf 2003.

Malinverni Giorgio et al., Droit constitutionnel suisse – Volume II: Les droits fondamentaux, Bern 2021.

Martenet Vincent, Kommentar zu Art. 190, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Commentaire romand: Constitution fédérale, Basel 2021.

Marti Arnold, Offenlegen von Minderheitsmeinungen («dissenting opinion») – eine Forderung von Transparenz und Fairness im gerichtlichen Verfahren, Justice - Justiz - Giustizia 2012.

Marti Katrin, Entstehung und Entwicklung des Verfahrens der Gerichtskommission der Vereinigten Bundesversammlung, Mitteilungsblatt der Schweizerischen Gesellschaft für Parlamentsfragen 8 (2005), S. 16 ff. (zit. Entstehung).

Marti Katrin, Die Gerichtskommission der Vereinigten Bundesversammlung, Justice - Justiz - Giustizia (2010) (zit. Gerichtskommission).

Mastronardi Philippe/Schindler Benjamin, Vorb. zu Art. 143–191c, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014.

Meyer Frank, Kommentar zu Art. 6, in: Karpenstein Ulrich/Mayer Franz (Hrsg.), EMRK Kommentar, 3. Aufl., München 2022.

Müller Georg, Gerichtliche Beschwerdeinstanz gemäss Art. 450 ZGB im Kanton Zürich, ZBl 114 (2013), S. 59 ff.

Müller Jörg Paul/Biaggini Giovanni, Die Verfassungsidee angesichts der Gefahr eines Demokratieabsolutismus, ZBl 116 (2015), S. 235 ff.

Müller Jörg Paul/Schefer Markus, Grundrechte in der Schweiz: Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4. Aufl., Bern 2008.

Nabold André, Chancen und Risiken richterlicher wissenschaftlicher Publizistik, Justice - Justiz - Giustizia 2013.

Neuenschwander Anouk, Kommentar zu Art. 191c, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Commentaire romand: Constitution fédérale, Basel 2021.

Pflüger Michael, Die Legitimation des Gemeinwesens zur Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten, Zürich/St. Gallen 2013.

Poltier Etienne, L'organisation et le fonctionnement interne de l'ordre judiciaire et des tribunaux, AJP 2011, S. 1018 ff.

Racioppi Giuliano, Die moderne «Paulette»: Mandatssteuern von Richterinnen und Richtern, Justice - Justiz - Giustizia 2017.

Reich Johannes, Kommentar zu Art. 191c, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar zur Bundesverfassung, Basel 2015.

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

Reiter Catherine/Stadelmann Thomas, Das Referentensystem, Justice - Justiz - Giustizia 2021 (zit. Referentensystem).

Reiter Catherine/Stadelmann Thomas, Informelle Hierarchien in der Justiz, Justice - Justiz - Giustizia 2021 (zit. Hierarchien).

Russo Alfio, Des juges tirés au sort: réalité ou illusion démocratique?, Justice - Justiz - Giustizia 2019 (zit. Tirés au sort).

Russo Alfio, Les modes de désignation des juges: Etude droit constitutionnel suisse et comparé, Basel 2021 (zit. Désignation).

Schabas William A., The European Convention on Human Rights: A Commentary, Oxford 2015.

Schefer Markus/Schaub Lukas, Nichtöffentlichkeit privater Schiedsverfahren? – Zur Garantie der Gerichtsöffentlichkeit nach Art. 30 Abs. 3 BV, in: Fankhauser Roland et al. (Hrsg.), Das Zivilrecht und seine Durchsetzung: Festschrift für Professor Thomas Sutter-Somm, Zürich 2016, S. 537 ff.

Schindler Benjamin, 16 Jahre Bundesverwaltungsgericht – Zeit zur Beseitigung der Kinderkrankheiten, ZBl 124 (2023), S. 1 f.

Schmid Hans, Parteisteuern zivilrechtlich betrachtet, SJZ 103 (2007), S. 555 ff.

Schweizer Rainer J., Kommentar zu Art. 10, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014.

Schweizer Rainer J., Vorb. zur Justizverfassung, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014.

Schweizerische Vereinigung der Richterinnen und Richter, Richteramt und politische Äusserungen in der Öffentlichkeit, Stellungnahme der Ethik-Kommission, 29. September 2021.

Sendler Horst, Was dürfen Richter in der Öffentlichkeit sagen?, NJW 1984, S. 689 ff.

Spielmann Dean, La liberté d'expression du juge: règle ou exception?, Revue trimestrielle des droits de l'homme 34 (2023), S. 307 ff.

Steinmann Gerold, Kommentar zu Art. 191c, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014.

Steinmann Gerold, Kommentar zu Art. 30, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014.

Steinmann Gerold, Denk-würdige Wiederwahl der Bundesrichterinnen und Bundesrichter, ZBl 116 (2015), S. 1 f. (zit. Denk-würdige Wiederwahl).

Steinmann Gerold, Bundesgericht, I. öffentlich-rechtliche Abteilung, 21.6.2016, 1C_123/2016, ZBl 117 (2016), S. 601 ff. (zit. Urteilsbesprechung 1C_123/2016).

Sutter Patrick, Der Anwalt als Richter, die Richterin als Anwältin – Probleme mit der richterlichen Unabhängigkeit und den anwaltlichen Berufsregeln, AJP 2006, S. 30 ff.

Vatter Adrian/Ackermann Maya, Richterwahlen in der Schweiz: Eine empirische Analyse der Wahlen an das Bundesgericht von 1848 bis 2013, ZSR 133 (2014), S. 517 ff.

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

von Bogdandy Armin/Venzke Ingo, In wessen Namen? Internationale Gerichte in Zeiten globalen Regierens, Berlin 2014.

Walder Beatrice, Erstinstanzliche Urteile noch kaum zugänglich, Plädoyer 4/2023, S. 20 f.

Walter Hans Peter, Interne richterliche Unabhängigkeit, Justice - Justiz - Giustizia 2005.

Walther Reto, Banana Republic Switzerland? On recent attempts to further politicise elections to the Federal Supreme Court, Verfassungsblog, 3.9.2020, <https://verfassungsblog.de/banana-republic-switzerland>, besucht am 17.1.2024 (zit. Banana Republic).

Walther Reto, Courts, in: Grote Rainer/Lachenmann Frauke/Wolfrum Rüdiger (Hrsg.), Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law (November 2020) <https://oxcon.ouplaw.com/home/mpeccol>, besucht am 17.1.2024 (zit. Courts).

Wiprächtiger Stefan, Vom Sprachrohr zum Kommunikator: Gedanken zu einem modernen Richterbild, Justice - Justiz - Giustizia 2023.

Wüthrich Daniela, Bedeutung der Parteizugehörigkeit bei den Bundesrichterwahlen, Justice - Justiz - Giustizia 2015.

Wyss Damian/Schuler Ruben, Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, Dritte Sektion, 13.6.2023, Urteil Nr. 22060/20, Sperisen g. Schweiz, ZBl 124 (2023), S. 659 ff.

ACHTUNG: Diese Version des Kommentars ist eine automatische maschinelle Übersetzung des Originals. Die Originalversion ist französisch. Die Übersetzung wurde mit www.deepl.com durchgeführt. Nur die Originalversion ist autoritativ. Die übersetzte Form des Kommentars kann nicht zitiert werden.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 31 BV

Eine Kommentierung von Ahmed Ajil / David Mühlemann

ZITIERVORSCHLAG

Ahmed Ajil/David Mühlemann, Kommentierung zu Art. 31 BV, in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (Hrsg.), Onlinekommentar zur Bundesverfassung

Kurzzitat: OK-Ajil/Mühlemann, Art. 31 BV N. XXX.

Art. 31 Freiheitsentzug

[1] Die Freiheit darf einer Person nur in den vom Gesetz selbst vorgesehenen Fällen und nur auf die im Gesetz vorgeschriebene Weise entzogen werden.

[2] Jede Person, der die Freiheit entzogen wird, hat Anspruch darauf, unverzüglich und in einer ihr verständlichen Sprache über die Gründe des Freiheitsentzugs und über ihre Rechte unterrichtet zu werden. Sie muss die Möglichkeit haben, ihre Rechte geltend zu machen. Sie hat insbesondere das Recht, ihre nächsten Angehörigen benachrichtigen zu lassen.

[3] Jede Person, die in Untersuchungshaft genommen wird, hat Anspruch darauf, unverzüglich einer Richterin oder einem Richter vorgeführt zu werden; die Richterin oder der Richter entscheidet, ob die Person weiterhin in Haft gehalten oder freigelassen wird. Jede Person in

Untersuchungshaft hat Anspruch auf ein Urteil innert angemessener Frist.

[4] Jede Person, der die Freiheit nicht von einem Gericht entzogen wird, hat das Recht, jederzeit ein Gericht anzurufen. Dieses entscheidet so rasch wie möglich über die Rechtmässigkeit des Freiheitsentzugs.

GLIEDERUNG

I. Entstehung der Norm ... 672
II. Hintergrund: Freiheitsentzug in der Schweiz in der Praxis ... 673
A. Statistiken zum Freiheitsentzug in der Schweiz ... 673
B. Besonders betroffene Gruppen ... 674
C. Negative Auswirkungen des Freiheitsentzugs ... 676
D. Suizid und Suizidbeihilfe ... 678
III. Anwendungsbereich von Art. 31 BV ... 678
A. Persönlicher Anwendungsbereich ... 678
B. Materieller Anwendungsbereich ... 679
IV. Art. 31 Abs. 1 BV: Legalität und Legitimität des Freiheitsentzugs ... 682
A. Gründe, die einen Freiheitsentzug nach Art. 5 Abs. 1 EMRK rechtfertigen ... 684
1. Haft nach der Verurteilung ... 684
2. Nichtstrafrechtliche Untersuchungshaft ... 685
3. Strafrechtliche Untersuchungshaft ... 686
4. Haft von Minderjährigen ... 687
5. Inhaftierung besonders schutzbedürftiger Personen ... 687
6. Administrativhaft im Bereich Migration ... 689
B. Positive Verpflichtungen ... 692
C. Keine Willkür ... 693
V. Verfahrensgarantien gemäss Art. 31 BV ... 694
A. Bedeutung der Verfahrensgarantien ... 694
B. Art. 31 Abs. 2 BV: Recht auf Information und auf Geltendmachung der eigenen Rechte ... 694
1. Gründe für den Freiheitsentzug ... 695
2. Geltend zu machende Rechte ... 695
C. Art. 31 Abs. 3 BV: Untersuchungshaft ... 698
1. Kontrolle der Rechtmässigkeit ... 698
2. Die Zwangsmassnahmengerichte: ein echtes Gegengewicht? ... 699
3. Maximale Dauer der Untersuchungshaft ... 700
D. Art. 31 Abs. 4 BV: Habeas corpus ... 701
1. Häufigkeit der Überprüfung ... 702
2. Erfordernis der zügigen Verfahrensabwicklung ... 703
3. Recht auf Entschädigung ... 703
VI. Ausblick ... 704
Empfohlene weiterführende Lektüre ... 705
Literaturverzeichnis ... 706
Materialienverzeichnis ... 714

I. ENTSTEHUNG DER NORM

1 „Der Freiheitsentzug muss immer das letzte Mittel sein, das unbedingt notwendig und verhältnismässig ist. Jeder andere Ansatz stellt eine Verletzung der Menschenrechte dar." Mit diesen Worten erinnert uns die ehemalige Menschenrechtskommissarin des Europarates, Dunja Mijatović, daran, dass Garantien im Bereich des Freiheitsentzugs einen **besonderen Schutz** geniessen.

2 Was die **internationalen Übereinkommen** betrifft, so sind Art. 5 der Europäischen Menschenrechtskonvention (nachfolgend: EMRK, von der Schweiz 1974 ratifiziert), der das Recht auf Freiheit und Sicherheit schützt, sowie Art. 9 des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte (nachfolgend: UNO-Pakt II, von der Schweiz 1992 ratifiziert) für die Schweizer Behörden rechtsverbindlich. Bei allen Fragen im Zusammenhang mit Freiheitsentzug ist es daher unerlässlich, sich auf die internationalen Verpflichtungen zu beziehen, insbesondere auf Art. 5 EMRK.

3 Auf Verfassungsebene spiegelt Art. 31 BV im Wesentlichen diese vertraglichen Garantien wider. Bemerkenswert ist, dass die Bundesverfassung ursprünglich keine Garantien im Bereich des Freiheitsentzugs vorsah, da dieser Bereich in die Zuständigkeit der Kantone fiel. Tatsächlich galt das Recht auf persönliche Freiheit, aus dem sich Art. 31 BV ableitet, als «unveräusserliches und unverjährbares» Recht, war jedoch bis zur Totalrevision der Bundesverfassung, die am 1. Januar 2000 in Kraft trat, **nicht schriftlich** festgehalten.

4 Die Garantien im Bereich des Freiheitsentzugs müssen in einem grösseren Zusammenhang gesehen werden, nämlich dem der **Bewegungsfreiheit**. Das Recht auf Bewegungsfreiheit – dessen extremste Einschränkung der Freiheitsentzug darstellt – ist ein wesentliches Grundrecht, von dem die Ausübung der meisten Grundrechte abhängt, wie beispielsweise die Freizügigkeit oder die Kommunikationsfreiheit, der Schutz der Privatsphäre, die Religionsfreiheit oder die Wirtschaftsfreiheit. Die Konkretisierung und Kodifizierung des Rechts auf Bewegungsfreiheit erfolgte durch seine Verankerung insbesondere in der *Magna Carta* von 1215 (Verbot des Freiheitsentzugs ohne Urteil durch Gleichgestellte), der Charta der Vereinten Nationen von 1945 (Menschenwürde und Grundfreiheiten) oder der EMRK

von 1950 (insbesondere Art. 5 EMRK, siehe unten). Die Schweizer Bundesverfassung verweist in Art. 10 (Art. 10 Abs. 2, der das Recht auf Bewegungsfreiheit schützt, siehe N. 25) und natürlich in Art. 31 BV, um den es in diesem Kommentar geht, darauf.

Art. 31 BV umfasst vier Absätze. Der erste Absatz orientiert sich ausschliesslich an Artikel 5 Absatz 1 EMRK, während die Absätze 2 bis 4 auch von Bestimmungen verschiedener Vorentwürfe inspiriert sind, die der im Jahr 2000 in Kraft getretenen Totalrevision der Bundesverfassung vorausgingen. Der dritte Absatz betrifft ausschliesslich die Untersuchungshaft, während die drei anderen Absätze für jede Form des Freiheitsentzugs gelten. Der Wortlaut dieser Bestimmung wurde seit ihrem Inkrafttreten nicht geändert. Es ist anzumerken, dass der erste Absatz die Anforderungen für den Freiheitsentzug betrifft, während die Absätze 2 bis 4 bestimmten Personen, denen **bereits die** Freiheit entzogen wurde, bestimmte Rechte garantieren. 5

II. HINTERGRUND: FREIHEITSENTZUG IN DER SCHWEIZ IN DER PRAXIS

A. Statistiken zum Freiheitsentzug in der Schweiz

Am 31. Januar 2025 waren in der Schweiz 6'994 Personen ihrer Freiheit beraubt. Davon befanden sich 4'362 Personen im Vollzug (inkl. vorzeitiger Vollzug) von Strafen und Massnahmen (Art. 75 ff. StGB), 2'211 befanden sich in Untersuchungshaft oder in Sicherheitshaft (Art. 220 ff. Strafprozessordnung, nachfolgend: StPO) und 220 befanden sich in ausländerrechtlicher Administrativhaft (Art. 75-78 AIG). Was den «Bestand» (englisch: „Stock“) zu einem Stichtag betrifft, gehört die Schweiz somit zu den Ländern mit einer besonders niedrigen Haftquote. Die Gesamtzahl der Personen, die im Laufe eines Jahres von einem Freiheitsentzug betroffen sind (die Zu- und Abgänge, „Flow“), ist im europäischen Vergleich jedoch «sehr hoch»: So wurden im Jahr 2022 37'127 Personen in der Schweiz in Haft genommen, was **einer Inhaftierungsrate entspricht, die dreimal so hoch ist** wie die mittlere Inhaftierungsrate in Europa. Dies erklärt zum Teil die Überbelegung der Gefängnisse, unter der mehrere Einrichtungen, insbesondere in der Westschweiz, seit Jahren leiden. 6

7 Ein weiterer Faktor, der die hohe Inhaftierungsrate erklärt, ist die Häufigkeit von kurzen Freiheitsstrafen d. h. von weniger als 6 Monaten, die ohne Bewährung verhängt werden. Im Jahr 2024 betrafen von insgesamt 4'997 Freiheitsstrafen ohne Bewährung 56,8 % (2'837) Freiheitsstrafen von weniger als sechs Monaten. Im Jahr 2023 waren es noch 4'267 – die kurzen Freiheitsstrafen sind also um bemerkenswerte 48 % zurückgegangen. Dieser Rückgang könnte mit der Revision der Strafprozessordnung (StPO) zusammenhängen, insbesondere mit der Einführung von Art. 352a StPO, der nun vorsieht, dass die Strafverfolgungsbehörde die beschuldigte Person anzuhören hat, wenn es wahrscheinlich ist, dass der Strafbefehl zu einer zu vollstreckenden Freiheitsstrafe führt.

8 Ein grosser Teil der verbüssten kurzen Freiheitsstrafen betrifft jedoch Ersatzfreiheitsstrafen (EFS), die anstelle einer Geldstrafe (Art. 36 StGB) oder einer Busse (Art. 106 StGB) verhängt werden. Die Schweiz zeichnet sich international durch eine besonders hohe Häufigkeit der Verhängung von EFS aus, die etwa die Hälfte (4'964) der 9'297 Inhaftierungen zur Vollstreckung einer Strafe oder Massnahme im Jahr 2023 ausmachen.

9 Die kurze Haftdauer wirft grundlegende Fragen hinsichtlich des in Art. 75 StGB verankerten Resozialisierungsziels auf, da einige Tage oder Wochen Freiheitsentzug in der Regel weder die Umsetzung nachhaltiger Begleitmassnahmen noch einen wesentlichen Einfluss auf den Lebensweg der verurteilten Person ermöglichen. Die Ersatzfreiheitsstrafe wird auch unter menschenrechtlichen Gesichtspunkten kritisiert, und ihre Abschaffung wird immer häufiger gefordert. In Bezug auf die Schweiz hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) die Ersatzfreiheitsstrafe unter dem Gesichtspunkt von Art. 8 EMRK zum Schutz der Privatsphäre geprüft. Er befand, dass eine Ersatzfreiheitsstrafe von fünf Tagen für eine Geldstrafe von 500 CHF, die gegen eine bettelnde Person verhängt wurde, einen Verstoss gegen diesen Artikel darstellt.

B. Besonders betroffene Gruppen

10 In der Schweiz sind **ausländische Personen** besonders von Freiheitsentzug betroffen. Dies lässt sich insbesondere durch das Vorliegen spezifischer Verstösse gegen das Migrationsrecht erklären, wie beispielsweise illegaler Aufenthalt (Abs. 1 Bst. b des Ausländer- und Integrationsgesetzes, im Folgenden: AIG), Verletzung eines Einreiseverbots (Art. 119 Abs. 1 AIG) oder

die Nichtkooperation bei Wegweisungsverfahren (Art. 115 Abs. 1 Bst. a AIG). Hinzu kommen Formen des Freiheitsentzugs, die unter das Verwaltungsrecht fallen, wie die Ausschaffungshaft (Art. 76 ff. AIG) oder die Vorbereitungshaft (Art. 75 AIG), die zusätzlich zur Strafhaft verhängt werden oder deren Wirkung kumulativ verlängern können. Ein 2025 veröffentlichter Bericht der Schweizerischen Beobachtungsstelle für Asyl- und Ausländerrecht (ODAE-Suisse) zeigt strukturelle Mängel in der Administrativhaft in der Schweiz auf.

11 Hinzu kommt, dass ausländische Staatsangehörige in bestimmten Fällen von vornherein von alternativen Vollzugsformen wie gemeinnütziger Arbeit, Halbgefangenschaft oder elektronischer Überwachung ausgeschlossen sind. Darüber hinaus wird Ausländerinnen und Ausländern die bedingte Entlassung vorzeitig verweigert oder mit grösserer Zurückhaltung gewährt, oft aufgrund von Erwägungen, die eher mit dem Aufenthaltsstatus als mit dem Verhalten oder der Wiedereingliederung der betroffenen Person zusammenhängen. Diese Behandlung, die eher auf migrationsrechtlichen Kriterien als auf der individuellen Prognose basiert, wird von einigen Autorinnen und Autoren als Verstoss gegen den Gleichheitsgrundsatz (Art. 8 BV) und dem Willkürverbot (Art. 9 BV) als widersprechend angesehen. Zusammenfassend lässt sich sagen, dass die oben beschriebenen Praktiken zur Überrepräsentation von Ausländerinnen und Ausländern in der Gefängnispopulation beitragen und in der Literatur als eine Form der Kriminalisierung der Migration interpretiert werden.

12 Ebenfalls stark von Freiheitsentzug betroffen, diesmal aus Sicherheitsgründen, sind **Menschen mit psychischen Störungen**. Diese Dynamik spiegelt sich teilweise in der deutlichen Zunahme der durchschnittlichen Zahl der Personen wider, die aufgrund einer als hoch eingeschätzten Rückfallgefahr in eine Verwahrungs- oder institutionelle Massnahme nach Art. 59 StGB (vgl. auch N. 42) eingewiesen wurden: Diese Zahl ist seit Inkrafttreten des neuen Sanktionsrechts im Jahr 2007 um rund 70 % gestiegen. Gleichzeitig hat sich die durchschnittliche Aufenthaltsdauer im Strafvollzug seit 2007 stark erhöht: Während sie 2007 noch bei 595 Tagen lag, erreichte sie 2023 1'605 Tage, was einem Anstieg von rund 170 % entspricht. Diese Daten zeugen von einer Entwicklung des Strafrechts, das sich zunehmend von einem Modell entfernt, das sich auf die Bestrafung einer vergangenen Tat konzentriert (Logik der zeitlich begrenzten Strafe), und sich einem Präventionsrecht annähert, dessen vorrangiges Ziel **die**

Neutralisierung der vermeintlichen Gefahr ist, die von der Person ausgeht (siehe auch N. 55). Dieser Wandel, den Oberholzer als Übergang „von der Repression zur Prävention" beschreibt, wirft grundlegende Fragen hinsichtlich der Grundsätze der Verhältnismässigkeit, Vorhersehbarkeit und Rechtmässigkeit strafrechtlicher Massnahmen in einem Rechtsstaat auf. Darüber hinaus bleibt der Nutzen solcher Massnahmen fraglich.

C. Negative Auswirkungen des Freiheitsentzugs

13 Jeder Freiheitsentzug stellt für die betroffenen Personen eine psychisch und sozial äusserst einschneidende Erfahrung dar. Der Abbruch sozialer Kontakte, der Verlust der körperlichen und finanziellen Unabhängigkeit, die Unmöglichkeit, sein Leben frei zu gestalten, die emotionalen und sozialen Schäden für die Familie und das Umfeld sowie psychische oder physische Gewalt in der Haft sind vielfältige Stressfaktoren. Der EGMR erkennt sogar an, dass die Inhaftierung aufgrund ihrer Natur ein gewisses Mass an Demütigung für die Inhaftierten mit sich bringt.

14 Die **Untersuchungshaft** (vgl. N. 39 und N. 63 ff.) stellt einen besonders brutalen Eingriff in die persönliche Freiheit dar, insbesondere aufgrund des Fehlens einer Frist, die es der betroffenen Person ermöglicht, sich auf den Freiheitsentzug vorzubereiten – eine Frist, die manchmal nach einer rechtskräftigen Verurteilung oder einem rechtskräftigen Verwaltungsentscheid bestehen kann. Die Inhaftierung erfolgt plötzlich und ohne Übergang, sodass weder Zeit bleibt, sich psychisch darauf vorzubereiten, noch konkrete Auswirkungen wie den Verlust des Arbeitsplatzes, die Trennung von Angehörigen oder die völlige Desorganisation des Alltags. Diese abrupte Umstellung – oft als «Gefängnisschock» bezeichnet – ist mit einem erhöhten Suizidrisiko verbunden, insbesondere in den ersten Tagen der Haft. Dieses Risiko ist umso höher, als die Haftbedingungen in der Untersuchungshaft normalerweise strenger sind als in der Strafvollzugsanstalt, da zumindest zu Beginn der Haft weitgehend vollständige Isolation praktiziert wird.

15 Laut einem Bericht des Schweizerischen Kompetenzzentrums für Menschenrechte (im Folgenden: SKMR) betrachten die Praktikerinnen und Praktiker des Strafvollzugs in der Schweiz «die Untersuchungshaft einstimmig als die härteste Form des Freiheitsentzugs». Obwohl die Untersuchungshaft *de jure* nur präventiven Charakter hat, muss festgestellt werden, dass sie *de facto* zwangsläufig auch einen strafenden Charakter hat. Dies ist unter anderem der

Grund, warum der dritte Absatz von Art. 31 BV (vgl. N. 63 ff.) speziell der Untersuchungshaft gewidmet ist, deren Umsetzung in der Schweiz vom Europäischen Komitee zur Verhütung von Folter (CPT) und von der Nationalen Kommission zur Verhütung von Folter (NKVF) vielfach kritisiert wird. Derzeit laufen mehrere Initiativen zur Verbesserung der Haftbedingungen in diesem Bereich. Ende 2023 verabschiedete die Konferenz der kantonalen Justiz- und Polizeidirektorinnen und -direktoren (KKJPD) eine «Leitlinie zur Untersuchungshaft und Sicherheitshaft», die auf eine bessere Einhaltung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit bei der Gestaltung der Untersuchungshaft abzielt.

16 Die **Praxis der Isolation**, d. h. die Einzelhaft einer Person für mindestens 22 Stunden pro Tag ohne echte Möglichkeit, Kontakte zu anderen Personen zu pflegen, ist besonders schädlich. Laut einem Bericht der Weltgesundheitsorganisation (WHO) gehören zu den medizinischen Auswirkungen der Isolation Panikattacken, Depressionen, Wut, Raserei, Wahrnehmungsstörungen bis hin zu völliger Verwirrung, Sinnesstörungen, Halluzinationen, Paranoia, Psychosen, Selbstverletzung und Selbstmord. In der Schweiz sind die schwerwiegenden gesundheitlichen Schäden durch Isolation seit langem bekannt. Eine Literaturübersicht des Zürcher Psychiaters Reto Volkart aus dem Jahr 1983 bietet einen erschütternden Überblick über dieses Thema. Die Praxis der «verlängerten Isolation», d. h. während mehr als 15 aufeinanderfolgenden Tagen, gilt als grausame, unmenschliche und erniedrigende Behandlung und ist gemäss den Nelson-Mandela-Regeln strengstens verboten. Dennoch wird die verlängerte Isolation in der Schweiz weiterhin praktiziert, insbesondere im Rahmen des Strafvollzugs in Form einer Sicherheitsmassnahme im Sinne von Art. 78 lit. b StGB, der die Möglichkeit einer solchen Sicherheitsmassnahme zum Schutz der inhaftierten Person oder Dritter vorsieht. Einige kantonale Gesetzgebungen erlauben übrigens Zellarrest als Disziplinarstrafe (in Verbindung mit Art. 78 lit. c StGB) von einer Dauer von mehr als 14 Tagen.

17 Isolation ist besonders problematisch, wenn sie bei Menschen mit einer Behinderung (einschliesslich psychischen Störungen) angewendet wird: Der Ausschuss der Vereinten Nationen für die Rechte von Menschen mit Behinderungen (UN-BRK) betont, dass die Isolation von Menschen mit Behinderungen als eine Form der Folter angesehen werden kann.

D. Suizid und Suizidbeihilfe

18 In der Schweiz begingen zwischen 2003 und 2023 durchschnittlich acht Personen pro Jahr in Haft Suizid. **Die Schweiz schneidet im internationalen Vergleich hinsichtlich der Suizidrate in Haft** schlecht ab. Laut den jährlichen Erhebungen des Europarats gehört sie regelmässig zu den Ländern mit einer «**sehr hohen**» Rate, d. h. einer Rate, die mehr als 25 % über dem europäischen Median liegt. Diese überdurchschnittliche Selbstmordrate ist ein besorgniserregender Indikator für die Haftbedingungen und die Vulnerabilität der inhaftierten Personen in der Schweiz.

19 Die Frage der **Beihilfe zum Suizid** ist eng mit der Frage des Suizids verbunden. Die Beihilfe zum Suizid unterliegt in der Schweiz einer relativ liberalen Rechtslage, da Art. 115 StGB nur die Anstiftung und Beihilfe zum Suizid aus selbstsüchtigen Beweggründen unter Strafe stellt. Art. 10 Abs. 2 BV und Art. 8 Abs. 1 EMRK schützen das Recht auf Selbstbestimmung des Menschen, was auch das Recht umfasst, selbst zu entscheiden, wann und wie man sein Leben beenden möchte. Dieses Recht wird auch durch die verfassungsrechtliche Garantie der Menschenwürde (Art. 7 BV) geschützt. Daraus ergibt sich jedoch kein Anspruch auf Suizidhilfe durch Dritte oder staatliche Behörden. Das Schweizerische Kompetenzzentrum für den Justizvollzug (SKJV) hat einen Leitfaden für Institutionen des Freiheitsentzugs erarbeitet, der mehrere Bedingungen für die Bearbeitung eines Gesuchs um Suizidhilfe vorsieht.

III. ANWENDUNGSBEREICH VON ART. 31 BV

A. Persönlicher Anwendungsbereich

20 Aufgrund der erheblichen Auswirkungen eines Freiheitsentzugs auf das Leben und die Gesundheit einer Person hat Art. 31 BV einen weiten persönlichen Anwendungsbereich und besagt, dass «**niemandem die Freiheit entzogen werden darf**». Die verfassungsrechtliche Garantie gilt sowohl für normale Staatsbürgerinnen und Staatsbürger (einschliesslich Minderjährige) als auch für Ausländerinnen und Ausländer, die sich legal oder illegal auf Schweizer Boden aufhalten. Da der Freiheitsentzug weit gefasst ist, muss eine Person nicht in ein Strafverfahren verwickelt sein, um den Schutz gemäss Art. Art. 31 BV in Anspruch nehmen zu können. Darüber hinaus fällt jede Form des

Freiheitsentzugs durch den Staat, sei es eine Strafe oder eine strafrechtliche Massnahme, eine administrative Massnahme (in den Bereichen Asyl, Migration, innere Sicherheit) oder zivilrechtliche Massnahme oder eine Sanktion des Militärrechts, fällt unter den Schutz der Verfassung und der Konvention. Diese Überlegung ist angesichts der zunehmenden Bedeutung von ausserstrafrechtlichen Massnahmen, die die persönliche Freiheit beeinträchtigen, besonders wichtig.

Auf subjektiver Ebene setzt ein Freiheitsentzug nach ständiger Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte **das Fehlen einer freien und informierten** Zustimmung der betroffenen Person voraus. Zur Frage der Zustimmung im Rahmen zivilrechtlicher freiheitsentziehender Massnahmen hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte – insbesondere im Urteil *Stanev c. Bulgarien* – klargestellt, dass die Anwesenheit eines Vormunds oder das Fehlen eines ausdrücklichen Widerspruchs nicht ausreicht, um eine Unterbringung als freiwillig anzusehen. Er verlangt eine freie, informierte und rechtswirksame Zustimmung der betroffenen Person. Wenn eine Person sich bereit erklärt, in einer Einrichtung zu bleiben, in die sie ursprünglich ohne ihre Zustimmung gebracht wurde, sieht der EGMR in der Regel keinen Anlass mehr, einen Freiheitsentzug festzustellen. Die blosse Zustimmung reicht jedoch nicht aus, um den Schutz durch internationale Übereinkommen zu unterlaufen. 21

B. Materieller Anwendungsbereich

Um festzustellen, ob eine Person ihrer Freiheit beraubt ist und somit Anspruch auf die entsprechenden konventions- und verfassungsrechtlichen Garantien hat, ist es angebracht, ihre konkrete Situation zu betrachten und eine **Reihe von Kriterien** zu berücksichtigen, wie z. B. die Art, die Dauer und den Kontext der Inhaftierung, ihre Auswirkungen oder auch die Modalitäten ihrer Vollstreckung. Die Auswirkungen der Massnahmen müssen „kumulativ und kombiniert" geprüft werden. 22

Ein zentraler Aspekt dieser inhaltlichen Beurteilung betrifft die Abgrenzung zwischen Freiheitsentzug und «einfacher» **Freiheitsbeschränkung**, für die die Garantien der persönlichen Freiheit gemäss Art. 10 Abs. 2 BV und Art. 12 Abs. 1 UNO-Pakt II gelten. Der Unterschied zwischen einem Freiheitsentzug und einer Freiheitsbeschränkung ist ein Unterschied in der Intensität und im Ausmass, nicht in der Art oder Substanz. Die Massnahmen müssen 23

ausserordentlich einschneidend sein und eine Person daran hindern, sich frei zu bewegen und dort zu leben, wo sie möchte. Der Freiheitsentzug beinhaltet jedoch umfassendere Garantien als die Einschränkung der Bewegungsfreiheit. Diese Einschränkung muss zwar den Grundsätzen der Rechtmässigkeit und Verhältnismässigkeit entsprechen, ist eine gerichtliche Überprüfung der Rechtmässigkeit der Massnahme, wie sie bei einem Freiheitsentzug vorgesehen ist, nicht erforderlich. Im Gegensatz zu Art. 5 EMRK, der erschöpfend die Situationen aufzählt, in denen ein Freiheitsentzug unter Menschenrechtsgesichtspunkten zulässig ist (vgl. N. 36 ff.), gibt es keine vergleichbare Liste für Freiheitsbeschränkungen. Da die Schweiz das 4. Zusatzprotokoll zur EMRK nicht ratifiziert hat, geniesst eine Massnahme, die lediglich die persönliche Freiheit einschränkt (und nicht entzieht), nicht den spezifischen Schutz der EMRK.

24 Was das zeitliche Kriterium betrifft, so können bereits **acht Minuten** ausreichen, um einen Freiheitsentzug zu begründen. Grundsätzlich gilt: Je grösser die räumliche Beschränkung, desto weniger kommt es auf die Dauer des Freiheitsentzugs an. Eine nur wenige Minuten dauernde Einsperrung in einer Zelle stellt einen Freiheitsentzug dar. Ein Hausarrest (siehe unten, N. 26) muss hingegen länger dauern, um die Schwelle zu erreichen, ab der er als Freiheitsentzug gilt.

25 Was die konkreten Anwendungsbedingungen betrifft, so sind **Zwangsmassnahmen** keine notwendige Voraussetzung für die Einstufung als Freiheitsentzug. Die betroffene Person muss während ihrer Haft nicht unbedingt körperlich festgehalten werden. Nach Ansicht einiger Autoren sind auch Unterbringungen in geschlossenen Abteilungen von Heimen oder medizinisch-sozialen Einrichtungen für ältere oder an Demenz erkrankte Menschen als Freiheitsentzug im Sinne von Art. 31 BV und Art. 5 EMRK zu qualifizieren.

26 Auch hinsichtlich des Kriteriums **des Raums** verfügen die Gerichte über einen grossen Ermessensspielraum. Nach Ansicht des Bundesgerichts und des EGMR stellt ein mehrtägiges Verbot, den Flughafen zu verlassen, einen Freiheitsentzug dar. Auch Hausarrest ist ein Freiheitsentzug, selbst wenn bestimmte Ausnahmen, insbesondere Arztbesuche oder Gottesdienste, gewährt werden. Eine allgemeine Ausgangssperre, die für die gesamte Bevölkerung gilt, insbesondere während einer Pandemie, stellt keinen Freiheitsentzug dar. Ein erzwungenes Exil auf einer Insel kann einen

Freiheitsentzug darstellen, wenn die polizeiliche Überwachung so streng ist, dass die Person ihren Wohnsitz ohne vorherige Genehmigung nicht verlassen darf, wenn der tatsächlich nutzbare Raum begrenzt ist (im vorliegenden Fall waren 90 % der Fläche der Insel von einem Gefängnis eingenommen) und wenn die Möglichkeiten, soziale Kontakte zu knüpfen, quasi nicht vorhanden sind. Die faktische Unmöglichkeit, eine 1,6 km^2 grosse Enklave zu verlassen, die durch ein Einreiseverbot für das Nachbarland verursacht wird, stellt jedoch keinen Freiheitsentzug im Sinne von Art. 5 EMRK dar, solange die Person theoretisch die Möglichkeit hat, in einen anderen Teil des Landes zu ziehen, um sich *de facto* der geografischen Beschränkung zu entziehen.

Zu beachten ist ferner, dass Art. 31 BV und Art. 5 EMRK grundsätzlich nicht 27
auf die **Haftbedingungen** an sich anwendbar sind. Diese werden unter dem Blickwinkel anderer Normen behandelt, insbesondere Art. 3 EMRK (erniedrigende Behandlung) oder Art. 7 BV (Menschenwürde), Art. 8 EMRK (Recht auf Privatsphäre) bzw. Art. 13 BV (Schutz der Privatsphäre) oder Art. 14 EMRK (Diskriminierung) bzw. Art. 8 BV (Gleichheit). Die Haftbedingungen müssen in jedem Fall die Menschenwürde achten (Art. 7 BV) und vermeiden, dass die Inhaftierten «einer Not oder Härte ausgesetzt werden, die über das unvermeidbare Mass an Leiden hinausgeht, das mit der Haft verbunden ist». Dieser Grundsatz ist auch in Art. 75 StGB verankert, wonach die Freiheitsstrafe «so weit wie möglich den gewöhnlichen Lebensbedingungen entsprechen, dem Inhaftierten die notwendige Hilfe gewährleisten, den schädlichen Auswirkungen des Freiheitsentzugs entgegenwirken und dem Schutzbedürfnis der Allgemeinheit, des Personals und der Mitgefangenen angemessen Rechnung tragen» muss.

Zu diesen Bedingungen gehören insbesondere Hygiene, Luft und Licht, 28
Ernährung, soziale Kontakte, Verfahrensrechte oder die Ausübung politischer Rechte. Die **Isolationshaft** kann, insbesondere wenn sie über einen längeren Zeitraum verhängt oder bei schutzbedürftigen Personen angewendet wird, **einen Verstoss gegen Art. 3 EMRK darstellen.** Die Unterbringung eines drogenabhängigen Patienten in einer gesicherten Zelle im Rahmen einer fürsorgerischen Unterbringung (FU) wurde vom Bundesgericht als «zusätzliche Einschränkung der persönlichen Freiheit» im Sinne von Art. 10 Abs. 2 BV und erfordert daher eine gesetzliche Grundlage. Auf der Ebene des *Soft Law* sind die Haftbedingungen Gegenstand der Europäischen

Strafvollzugsgrundsätze (European Prison Rules, kurz: EPR) und der Nelson-Mandela-Grundsätze sowie weiterer Richtlinien zum Freiheitsentzug.

IV. ART. 31 ABS. 1 BV: LEGALITÄT UND LEGITIMITÄT DES FREIHEITSENTZUGS

29 Der erste Absatz von Art. 31 BV verankert den Grundsatz der Rechtmässigkeit in Anlehnung an Art. 5 Abs. 1 EMRK. Er besagt, dass „niemandem die Freiheit entzogen werden darf, es sei denn in den *Fällen, die* im Gesetz vorgesehen sind, und *nach den Formen*, die es vorschreibt". Diese Formulierung verweist einerseits auf die Anforderung einer ausdrücklichen **Rechtsgrundlage** im innerstaatlichen Recht für jede freiheitsentziehende Massnahme (*im Gesetz vorgesehene Fälle*) und andererseits auf die Einhaltung der **formellen Verfahren, die in diesem Gesetz** vorgesehen sind (*Formen, die es vorschreibt*). Mit anderen Worten: Ein Freiheitsentzug muss nicht nur auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen (Legalität), sondern auch unter Einhaltung der in dieser Norm festgelegten Verfahrensgarantien (Legitimität) erfolgen, da diese Anforderungen wesentliche Schutzvorkehrungen gegen Willkür darstellen.

30 Wird eine Rechtssache einer Kontrolle der Konventionskonformität unterzogen, hält sich der EGMR grundsätzlich zurück, das innerstaatliche Recht in Frage zu stellen. Da es sich jedoch um eine schwerwiegende Einschränkung eines Grundrechts handelt, verlangt der Gerichtshof, dass das Gesetz „von hoher Qualität" ist, d. h. **zugänglich, vorhersehbar und präzise**, mit anderen Worten, dass es sich durch eine hohe normative Dichte auszeichnet. Es muss darüber hinaus mit dem Ziel von Art. 5 EMRK im Einklang stehen, das darin besteht, jeden Einzelnen vor Willkür zu schützen. Da der Freiheitsentzug in seiner weitesten Definition in Art. 31 BV erfasst ist, müssen alle anwendbaren Rechtsgrundlagen – einschliesslich derjenigen aus dem Verwaltungsrecht (Asyl, Migration, FU usw.) usw.) oder dem Zivilrecht (fürsorgerische Unterbringung, Erwachsenenschutz usw.) und nicht nur diejenigen aus dem Straf- und Strafprozessrecht – berücksichtigt werden und unterliegen den in der Norm vorgesehenen Garantien.

31 Damit ein Freiheitsentzug rechtmässig ist, darf er nicht im Widerspruch zu den in Art. 5 Abs. 1 EMRK abschliessend aufgeführten Gründen stehen. Diese ermöglichen es, wie aus der Rechtsprechung des Bundesgerichts hervorgeht,

die in Art. 31 BV vorgesehenen Garantien in Bezug auf die zulässigen Haftgründe zu konkretisieren. Aus der Rechtsprechung des EGMR zu Art. 5 Abs. 1 EMRK lassen sich drei wichtige Grundsätze ableiten: die enge Auslegung der **erschöpfend** aufgeführten Ausnahmen, die Rechtmässigkeit des Freiheitsentzugs, wobei sowohl verfahrensrechtliche als auch materielle Aspekte im Vordergrund stehen, und die Bedeutung einer raschen gerichtlichen Überprüfung. Gleichzeitig müssen auch die Grundsätze der Verhältnismässigkeit und der Unverletzlichkeit des Wesens der Grundrechte gemäss Art. 36 Abs. 2–4 BV beachtet werden.

32 Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit und der Schutz gemäss Art. 5 EMRK bedeuten, dass die Freiheit die Norm ist und dass jede Massnahme, die diese beeinträchtigt, das **letzte Mittel** bleiben muss. Zumindest in der offiziellen Debatte besteht international Konsens darüber, dass Freiheitsentzug nur als letztes Mittel eingesetzt werden sollte. Die Normen des CPT sowie zahlreiche aktuelle Empfehlungen des Europarats bekräftigen ausdrücklich, dass Freiheitsentzug nur als letztes Mittel in Betracht gezogen werden sollte, und befürworten eine Strafpolitik, die auf eine Verringerung des Rückgriffs auf Freiheitsentzug ausgerichtet ist. Dieser Grundsatz findet sich nicht ausdrücklich in der Rechtsprechung des EGMR zu Art. 5 EMRK wieder, aber die Argumente des Gerichtshofs in Fällen, die Verstösse gegen Art. 8 bis 11 EMRK betreffen, liefern relevante Analogien. In der Rechtssache *Hatton und andere gegen Vereinigtes Königreich* entschied der Gerichtshof, dass die Staaten verpflichtet sind, Eingriffe in die Ausübung der Menschenrechte so weit wie möglich zu minimieren, indem sie nach weniger einschneidenden Alternativen suchen und sich bemühen, „ihre Ziele auf eine Weise zu erreichen, die diese Rechte am meisten achtet". Er hat zudem unter Bezugnahme auf das Urteil *Dudgeon v. United Kingdom* festgestellt, dass „wenn eine Regierungspolitik, die sich in Strafgesetzen niederschlägt, einen der intimsten Aspekte des Privatlebens einer Person beeinträchtigt, der Spielraum des Staates eingeschränkt ist". Der Staat muss insbesondere wissenschaftlich nachweisen, dass der Eingriff in die Grundrechte notwendig ist.

33 Auf die persönliche Freiheit übertragen bedeuten die oben genannten Erklärungen des EGMR, dass die nationalen Behörden verpflichtet sind, **die Wirksamkeit** der zur Erreichung ihres Ziels auferlegten Massnahmen nachzuweisen und alternative Lösungen zu finden. Konkret müssen die

Behörden (insbesondere der Gesetzgeber und die Richter) systematisch oder sogar von Fall zu Fall prüfen, ob alternative Massnahmen oder, falls dies nicht möglich ist, kürzere Freiheitsentziehungen die **Verwirklichung der angestrebten Ziele**, wie die soziale Wiedereingliederung (Art. 75 StGB) oder die Wiederherstellung des sozialen Friedens, ermöglichen. Die Ergebnisse von Untersuchungen zu den Auswirkungen verschiedener Massnahmen – insbesondere auf Kinder und Angehörige von Inhaftierten – müssen daher berücksichtigt werden.

A. Gründe, die einen Freiheitsentzug nach Art. 5 Abs. 1 EMRK rechtfertigen

34 Ein Freiheitsentzug ist nur zulässig, wenn einer oder mehrere der in Art. 5 Abs. 1 EMRK aufgeführten Gründe vorliegen. Wie im Wortlaut der Bestimmung festgelegt, „hat jeder Mensch das Recht auf Freiheit und Sicherheit. Niemand darf seiner Freiheit beraubt werden, *ausser in den folgenden Fällen* und *gemäss den gesetzlichen Bestimmungen*» (Hervorhebung von uns). Die EMRK ist von **vorrangiger Bedeutung** für alle Grundrechtsverletzungen, die mit einem Freiheitsentzug einhergehen: In seiner Praxis berücksichtigt das Bundesgericht die Rechtsprechung des EGMR und berücksichtigt sowohl Urteile, die die Schweiz betreffen, als auch solche, die Beschwerden gegen andere Staaten zum Gegenstand haben.

1. Haft nach der Verurteilung

35 Art. 5 Abs. 1 lit. a) EMRK bezieht sich auf die reguläre Haft nach einer Verurteilung («nach einer Verurteilung durch ein zuständiges Gericht regulär inhaftiert»), typischerweise eine von einem Gericht angeordnete Freiheitsstrafe gemäss Art. 40 StGB, 36 StGB (Ersatzfreiheitsstrafe) oder Art. 41 StGB (Freiheitsstrafe anstelle einer Geldstrafe). Es ist zu beachten, dass die Richter die Wahl einer Freiheitsstrafe ausdrücklich begründen müssen (Art. 41 Abs. 2 StGB), die **das einzige Mittel** zu sein scheint, um einen Täter oder eine Täterin daran zu hindern, weitere Straftaten zu begehen. Darüber hinaus gelten die in Art. 6 EMRK vorgesehenen Garantien für ein faires Verfahren. Im Schweizer Kontext fällt auch die Verwahrung (Art. 64 StGB), die eine reine Sicherheitsmassnahme darstellt, in den Anwendungsbereich von Art. 5 Abs. 1 lit. a) EMRK. Schliesslich impliziert der Begriff «nach» nicht nur eine zeitliche Abfolge, sondern auch einen Kausalzusammenhang zwischen den in der

Verurteilung genannten Gründen und der Anordnung der Haft. Dieser Zusammenhang verliert jedoch mit der Zeit an Bedeutung.

2. Nichtstrafrechtliche Untersuchungshaft

Art. 5 Abs. 1 Bst. b EMRK sieht die Möglichkeit einer Haft wegen Nichtbefolgung einer gerichtlichen Anordnung oder zur Sicherstellung der Erfüllung einer gesetzlichen Verpflichtung vor, beispielsweise bei Nichtzahlung Zahlung einer Geldstrafe oder bei Verstössen gegen die Bedingungen einer bedingten Entlassung. Die betreffenden Massnahmen dürfen keinen Strafcharakter haben. Die betroffene Person muss eine **verbindliche Anordnung** erhalten haben, sie muss die Möglichkeit gehabt haben, dieser nachzukommen, und sie muss dies nicht getan haben. Ausserdem darf der Freiheitsentzug ausschliesslich dazu dienen, die Erfüllung der Verpflichtung zu gewährleisten, die mit weniger strengen Massnahmen nicht durchgesetzt werden könnte. Diese Verpflichtung muss spezifisch und konkret sein. 36

Was die Art der gesetzlichen Verpflichtung betrifft, so kann es sich um eine negative Verpflichtung handeln, insbesondere um die Verpflichtung, keine Straftaten zu begehen, was den Weg für die **Präventivhaft** ebnet, die vom EGMR sowohl unter dem Gesichtspunkt von Art. 5 Abs. 1 Bst. b) EMRK als auch unter dem Gesichtspunkt von Art. 5 Abs. 1 Buchst. c EMRK behandelt wurde. Die "betroffene Person" muss jedoch wissen, welche konkrete Handlung er oder sie hätte unterlassen sollen oder müssen, und es müssen konkrete Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass er oder sie nicht die Absicht hatte, davon Abstand zu nehmen. Damit die Verpflichtung ausreichend konkret und spezifisch ist, müssen Ort und Zeitpunkt der Straftat sowie die potenziellen Opfer angegeben werden. Eine Untersuchungshaft, die diese Anforderung an die Genauigkeit nicht erfüllt, kommt daher nicht in Betracht. Dies ist einer der Gründe, warum der Entwurf einer Präventivhaft für „terroristische Gefährder" im Rahmen der Verabschiedung des Bundesgesetzes über polizeiliche Massnahmen zur Bekämpfung des Terrorismus (PMT) in der Schweiz im Jahr 2020 aufgegeben werden musste. Der Hausarrest wurde hingegen beibehalten und ist nun Teil des Präventionsarsenals des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit (BWIS). Dies trotz der Tatsache, dass eine Anwendung im Einklang mit Art. 5 EMRK unmöglich erscheint, insbesondere weil die in Art. 37

23o BWIS und in der Botschaft zu den MPT genannten Gründe nicht präzise genug sind, um eine Präventivhaft im Sinne von Art. 5 Abs. 1 lit. b) EMRK oder Art. 5 Abs. 1 lit. c) EMRK zu rechtfertigen (siehe unten, N. 39 ff.).

38 Der EGMR ist der Ansicht, dass Art. 5 Abs. 1 EMRK nicht verletzt ist, solange die Haft dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit entspricht und der Freiheitsentzug aufgehoben wird, **sobald die konkrete Gefahr beseitigt ist**. Dies erfordert eine kontinuierliche Beurteilung der Lage und rechtfertigt grundsätzlich keine Haft, die mehrere Stunden überschreitet. In Übereinstimmung mit dieser Rechtsprechung ist das Bundesgericht der Ansicht, dass das Festhalten von Demonstrierenden in einem Polizeikordon («Kettling») während 2,5 Stunden, gefolgt von einer 3,5-stündigen Inhaftierung zum Zwecke der Sicherheitskontrollen, einen zulässigen Freiheitsentzug darstellt, und zwar sowohl unter dem Gesichtspunkt von Bst. b) – um die betroffenen Personen daran zu hindern, eine Straftat zu begehen, in diesem Fall gewalttätige Handlungen während einer verbotenen Demonstration – als auch unter dem Gesichtspunkt von lit. c) (siehe unten) – um den Verdacht der Begehung weiterer Straftaten einzudämmen.

3. Strafrechtliche Untersuchungshaft

39 Art. 5 Abs. 1 lit. c) EMRK bezieht sich auf Formen des Freiheitsentzugs, die für Personen gelten, die einer Straftat verdächtigt werden. Dieser Buchstabe umfasst vorläufige Festnahmen durch die Polizei, um eine Person zur Polizeistation zu bringen (Art. 217 StPO), sowie den Polizeigewahrsam. Auch eine einfache Festnahme durch die Polizei (Art. 215 StPO) kann in Betracht kommen, da das Vorliegen eines **Zwangsmittels** bei der Ausübung der polizeilichen Befugnisse zur Festnahme und Durchsuchung auf einen Freiheitsentzug hindeutet, ungeachtet der Kürze dieser Massnahmen. Die Dauer der Festnahme vor einer Verhaftung durch die Polizei wird von der Frist von 24 Stunden abgezogen, innerhalb derer die Person freigelassen oder der Staatsanwaltschaft vorgeführt werden muss (vgl. Art. 219 Abs. 4 StPO).

40 Die typischste Ausprägung von Art. 5 Abs. 1 lit. c) EMRK ist die **Haft vor dem Urteil**, wie sie in Art. 220 StPO vorgesehen ist, einschliesslich der Untersuchungshaft bis zur Einreichung der Anklageschrift beim Gericht und der Sicherheitshaft zwischen diesem Zeitpunkt und dem Inkrafttreten des Urteils. Um eine Untersuchungshaft anzuordnen, muss ein «starker» Verdacht vorliegen und zusätzlich mindestens einer der vier spezifischen Haftgründe

gegeben sein, nämlich die Gefahr der Kollusion, die Fluchtgefahr, die Gefahr der Tatbegehung und die Wiederholungsgefahr (Art. 221 StPO). Damit geht die StPO weiter als die EMRK, die nur einen «ausreichenden» Verdacht erwähnt. Das Vorliegen einer der vier Gründe muss auf konkreten Anhaltspunkten beruhen, eine blosse Vermutung reicht nicht aus. Die Untersuchungshaft muss grundsätzlich eine letztes Mittel sein, um den Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu wahren (Art. 36 Abs. 3 BV). Es ist festzustellen, dass dies in der Praxis oft nicht der Fall ist, da die breite Palette möglicher Ersatzmassnahmen (Art. 237 StPO) nicht ausreichend genutzt wird. Aus rechtsstaatlicher Sicht ist dies angesichts des verbindlichen Charakters des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit problematisch.

4. Haft von Minderjährigen

Art. 5 Abs. 1 lit. d) EMRK bezieht sich auf die Inhaftierung einer **minderjährigen Person**, wie sie im Jugendstrafrecht (JStGB, 311.1) durch die Unterbringung (Art. 15 JStGB) und, je nach Vollzugsmodalitäten, durch das Rayonverbot (Art. 16a JStGB) vorgesehen ist. Zu berücksichtigen ist auch das Jugendstrafverfahren gemäss Art. 27 des Bundesgesetzes über das Jugendstrafverfahren (JStPO, 312.1) (Untersuchungshaft und Sicherheitshaft). Aus den Grundsätzen des Jugendstrafrechts in Art. 2 JStGB und Art. 4 JStPO folgt, dass freiheitsentziehende Zwangsmassnahmen nur als *ultima ratio* angewendet werden dürfen und strengeren Verlängerungsfristen unterliegen (vgl. Art. 26 ff. JStG). Art. 5 Abs. 1 lit. d) EMRK umfasst auch die fürsorgerische Unterbringung bei Minderjährigen (Art. 314*b* ZGB). Die Schweiz wird regelmässig von nationalen und internationalen Instanzen wegen des Freiheitsentzugs von Minderjährigen kritisiert, insbesondere im Bereich der Migration. 41

5. Inhaftierung besonders schutzbedürftiger Personen

Art. 5 Abs. 1 lit. e EMRK betrifft den Freiheitsentzug von Personen mit psychischen Störungen oder Drogenabhängigkeit sowie von Personen, die als «Landstreicher» bezeichnet werden. Der Freiheitsentzug zum Zwecke der Eindämmung einer ansteckenden Krankheit fällt ebenfalls unter Art. 5 Abs. 1 Bst. e EMRK. Im Schweizerischen Strafgesetzbuch entspricht dies Formen des Freiheitsentzugs, die **stricto sensu nicht strafbar** sind, nämlich institutionelle therapeutische Massnahmen (Art. 59 StGB für die Behandlung von psychischen Störungen, Art. 60 StGB für die Behandlung von 42

Suchterkrankungen und Art. 61 StGB für Straftaten von jungen Erwachsenen). Bei Minderjährigen sieht das JStGB die Unterbringung zur Behandlung psychischer Störungen vor (Art. 15 Abs. 2 Bst. a JStGB).

43 Was die Unterbringung von Personen mit psychischen Störungen in institutionellen Massnahmen im Sinne von Art. 59 StGB betrifft, wurde die Schweiz sowohl auf nationaler als auch auf internationaler Ebene gerügt. Nach Ansicht des SKMR können die bestehenden Massnahmenvollzugsanstalten und forensisch-psychiatrischen Abteilungen von Strafanstalten «selbst bei grosszügiger Auslegung nur bedingt als vom Strafvollzug ausgenommene Einrichtungen des Gesundheitswesens bezeichnet werden». Auch der Menschenrechtsausschuss der Vereinten Nationen kritisierte die unangemessene Behandlung, die sich aus einer ungeeigneten Unterbringung ergibt. Er weist darauf hin, dass die Inhaftierung von Menschen mit psychischen Störungen nur als letztes Mittel eingesetzt werden darf und dass Alternativen zum Freiheitsentzug in einer Einrichtung gefunden und angewendet werden müssen. Darüber hinaus ist er der Ansicht, dass Art. 59 StGB nicht mit dem UNO-Pakt II vereinbar ist. Der Ausschuss empfiehlt der Schweiz, ihre gesetzlichen Bestimmungen anzupassen, um ihren internationalen Verpflichtungen nachzukommen. Die Situation von Menschen mit schweren psychischen Störungen ist auch Gegenstand eines langjährigen Dialogs zwischen dem CPT und den Schweizer Behörden. In seinem Bericht über den Besuch im Jahr 2021 empfiehlt der CPT den Schweizer Behörden, Disziplinarstrafen für Personen, die einer institutionellen Behandlungsmassnahme unterzogen werden und an psychischen Störungen leiden, aufzuheben. Angesichts dieser Kritik gibt die stetig steigende Zahl von Menschen mit psychischen Störungen, die im Rahmen des Massnahmenrechts einer Freiheitsentziehung unterliegen, Anlass zur Sorge.

44 Das Zivilgesetzbuch (ZGB, SR 210) sieht die fürsorgerische Unterbringung (FU) vor (Art. 426 und 427 ZGB). Die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KEB) muss unverzüglich über einen Antrag auf Entlassung entscheiden (Art. 385 ZGB, Art. 426 Abs. 4 ZGB) und spätestens nach sechs Monaten die Rechtmässigkeit der Unterbringung überprüfen (Art. 431 Abs. 1 ZGB). Wie bei Art. 5 Abs. 1 lit. a) EMRK muss die strafrechtliche Inhaftierung einer als «geisteskrank» eingestuften Person in einem kausalen Zusammenhang mit den Gründen für die Verurteilung stehen. Befindet sich

die Person nicht in einer geeigneten Einrichtung, muss die Massnahme aufgehoben werden (Art. 62c StGB). Am 30. April 2019 verurteilte der EGMR die Schweiz wegen der Unterbringung einer psychisch kranken Person zu Fürsorgezwecken. In seinem Urteil stellte der Gerichtshof klar, dass eine Freiheitsentziehung zu Fürsorgezwecken allein aufgrund der **Gefährdung anderer Personen** in Art. 426 StGB nicht vorgesehen sei. Der Freiheitsentzug des Beschwerdeführers hatte somit keine gesetzliche Grundlage nach nationalem Recht und verstiess gegen Artikel 5 Abs. 1 lit. e EMRK (Recht auf Freiheit und Sicherheit). Mit anderen Worten: die Anwendung zivilrechtlicher Massnahmen ausschliesslich zu präventiven Sicherheitszwecken, wie sie auch in der Schweiz zu beobachten ist, ist aus verfassungsrechtlicher und vertraglicher Sicht unzulässig. Die Praxis der FU gibt weiterhin Anlass zu erheblichen Bedenken hinsichtlich der Verpflichtungen aus Art. 5 EMRK und dem Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (UN-BRK). In diesem Zusammenhang ist auch die besondere Problematik von Personen hervorzuheben, die ohne echte gerichtliche Kontrolle, oft nur auf der Grundlage von Verträgen mit Angehörigen, in geschlossenen Einrichtungen untergebracht werden.

6. Administrativhaft im Bereich Migration

Als letzte Ausnahme sieht Art. 5 Abs. 1 lit. f EMRK legitime Formen des Freiheitsentzugs im Zusammenhang mit dem Einreiseverbot, der Aufenthaltsregelung und der Abschiebung von Ausländern aus dem Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats vor. Das Vorhandensein dieser Ausnahme mag auf den ersten Blick überraschen, aber angesichts des dem Völkerrecht innewohnenden Staatenzentrismus gibt es kein Grundrecht, das **den Zugang zum oder den Aufenthalt im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats** der EMRK garantiert, ohne dessen Staatsangehöriger oder rechtmässiger Einwohner zu sein. Grundsätzlich verstösst ein Mitgliedstaat nicht gegen die Konvention, wenn er durch eine vorübergehende Inhaftierung die unbefugte Einreise einer Person in sein Hoheitsgebiet verhindert. In der Schweiz gibt es diese Formen der Inhaftierung insbesondere an den Flughäfen Zürich-Kloten und Genf-Cointrin. Es handelt sich um «Transitzonen», in denen Personen ohne Einreisegenehmigung festgehalten werden können. Diese Zonen wurden vom Bundesgericht, vom Bundesrat und vom CPT als Freiheitsentzug qualifiziert. 45

46 Bei Asylsuchenden, die unmittelbar nach ihrer Ankunft im Hoheitsgebiet ein Asylgesuch stellen, darf die Inhaftierung in den Transitzonen gemäss Art. 22 Abs. 5 des Asylgesetzes (AsylG) 60 Tage nicht überschreiten. Wenn das Staatssekretariat für Migration (SEM) nicht innerhalb von 20 Tagen über die Zulässigkeit des **Asylgesuchs** entscheidet, muss die Person in einen Kanton oder in eine Bundesunterkunft überführt werden (Art. 23 AsylG). Grundsätzlich gilt: Sobald die Person die Grenze überschritten hat, befindet sie sich auf dem Hoheitsgebiet und kann faktisch nicht mehr daran gehindert werden, *dorthin zu gelangen*. Die Inhaftierung gemäss Art. 5 Abs. 1 lit. f.) wird damit unzulässig. Schliesslich sieht Art. 73 AIG die Inhaftierung von Personen ohne Kurzaufenthalts-, Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung vor, um ihnen eine Entscheidung über ihren Aufenthaltsstatus (Art. 73 Abs. 1 lit. a AIG) oder um ihre Identität und Staatsangehörigkeit festzustellen (Art. 73 Abs. 1 lit. b AIG). Diese Inhaftierung darf drei Tage nicht überschreiten (Art. 73 Abs. 2 AIG).

47 Befindet sich der ausländische Staatsangehörige ohne Aufenthaltsbewilligung *auf dem* Hoheitsgebiet und **gefährdet er die öffentliche Ordnung** oder besteht die Gefahr, dass er sich einer Weg- oder Ausweisungsverfügung entzieht, kann ihm Hausarrest auferlegt oder das Betreten eines bestimmten Gebiets untersagt werden (Art. 74 AIG). Wenn jedoch die Vollzugsmodalitäten so gestaltet sind, dass ein Freiheitsentzug vorliegt, gilt nicht Art. 5 Abs. 1 lit. f EMRK, sondern Art. 5 Abs. 1 lit. b EMRK. In diesem Fall darf der Freiheitsentzug keinen Strafcharakter haben und muss aufgehoben werden, sobald die betreffende Verpflichtung (insbesondere die Verpflichtung, die öffentliche Ordnung nicht zu gefährden) erfüllt ist.

48 Das Ausländerrecht sieht verschiedene **Zwangsmassnahmen** vor, die einen Freiheitsentzug mit sich bringen (Art. 75-78 AIG). Art. 81 AIG schreibt bestimmte Garantien vor, nämlich das Recht auf Kontakt mit der Verteidigung, Familienangehörigen und konsularischen Behörden (Art. 81 Abs. 1 AIG), die Verpflichtung, die betroffenen Personen in speziell dafür vorgesehenen Einrichtungen unterzubringen oder, falls dies nicht möglich ist, sie von Personen zu trennen, die sich in Untersuchungshaft befinden oder eine Strafe verbüssen (Art. 81 Abs. 2 AIG), sowie die Berücksichtigung der besonderen Bedürfnisse von schutzbedürftigen Personen, unbegleiteten Minderjährigen und Familien mit Kindern (Art. 81 Abs. 3 AIG). Derzeit verfügen nur wenige Kantone über Einrichtungen, die speziell für den Vollzug

der Administrativhaft konzipiert sind. Abgesehen von der Einrichtung in Frambois (GE) wurden die Verwaltungshaftanstalten meist in ehemaligen Strafanstalten eingerichtet. Diese Gebäude erweisen sich jedoch oft als ungeeignet für die nicht strafrechtliche Natur der Administrativhaft. Gleichzeitig gibt es in der Schweiz zahlreiche kleinere Einrichtungen, in denen Personen in Administrativhaft neben Personen untergebracht sind, die sich in Untersuchungshaft, in Sicherheitshaft oder in Straf- oder Massnahmenvollzug befinden. Infolgedessen werden die betroffenen Ausländerinnen und Ausländer sehr oft in Strafanstalten oder in Einrichtungen mit Gefängnischarakter untergebracht, die für die Aufnahme und die besonderen Bedürfnisse dieser Personengruppe wenig geeignet sind. Diese Situation besteht trotz der Forderung des Bundesgerichts fort, wonach der Freiheitsentzug nur insoweit gerechtfertigt sein kann, als er für die Vollstreckung der Wegweisung unbedingt erforderlich ist, und dass die Vollstreckungsbedingungen den administrativen – und streng nicht strafenden – Charakter der Haft widerspiegeln müssen.

Schliesslich kann eine ausländische Person im Falle einer Ausweisung, einer Wegweisung, einer rechtskräftigen Ausweisung in erster Instanz (Art. 76 AIG) oder in Erwartung einer Entscheidung über die Wegweisung oder Ausweisung für maximal sechs Monate inhaftiert werden (Art. 75 AIG). Damit eine Inhaftierung mit den verfassungsrechtlichen und vertraglichen Anforderungen vereinbar ist, muss die Vollstreckung der Ausweisung oder Wegweisung **vorhersehbar** sein und müssen die Behörden den Grundsatz der zügigen Bearbeitung einhalten, insbesondere bei der Beschaffung von Ausweispapieren. Der EGMR hat darüber hinaus klargestellt, dass ein Freiheitsentzug nicht mehr mit Art. 5 EMRK, wenn das Rückführungsverfahren nicht mit der erforderlichen Sorgfalt durchgeführt wird. Ein kürzlich veröffentlichter Bericht hebt hervor, dass diese Anforderungen in der Schweiz nicht immer eingehalten werden, insbesondere was die Einhaltung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit, der Verfahrensgarantien und der Haftbedingungen betrifft. Im Jahr 2016 verfügte das Bundesgericht die Entlassung eines wegen terroristischer Straftaten verurteilten irakischen Staatsangehörigen aus der Ausschaffungshaft, weil in der von fedpol angeordneten erstinstanzlichen Ausschaffungsverfügung weder das für Flüchtlinge geltende Non-Refoulement-Prinzip (Art. 25 Abs. 2 BV, Art. 5 AsylG) und die Nichtzurückweisung bei Foltergefahr (Art. 25 Abs. 3 BV, Art. 3 EMRK) nicht berücksichtigt worden war. Die Ausschaffung war daher

49

faktisch nicht möglich. Dieser Fall ist einer der Gründe, warum das AIG (vgl. N. 39) den Grund «Gefährdung der inneren oder äusseren Sicherheit» eingeführt hat, sowohl für die Vorbereitungshaft als auch für die Haft zur Sicherstellung der Weg- oder Ausweisung (Art. 75 Abs. 1 Bst. i AIG) sowie für die Möglichkeit der Isolierung einer inhaftierten ausländischen Person (Art. 81 Abs. 6 AIG), wodurch der Sicherheitsansatz im Asylbereich verstärkt wurde.

B. Positive Verpflichtungen

50 Die Rechtsprechung des EGMR zu Art. 5 EMRK **beschränkt sich nicht auf negative** Verpflichtungen, d. h. auf die Forderung, Behandlungen zu unterlassen, die gegen die Grundsätze der Konvention verstossen. In der Rechtsprechung wurden auch positive Verpflichtungen hervorgehoben: Die Mitgliedstaaten müssen geeignete Massnahmen ergreifen, um alle Personen zu schützen, die ihrer Gerichtsbarkeit unterstehen. Dies betrifft Fälle der strafrechtlichen Auslieferung, wenn zu befürchten ist, dass der Staat, an den die Auslieferung geplant ist, die in Art. 5 EMRK vorgesehenen Garantien nicht einhält.

51 Beispielsweise stellt die **Inkommunikado-Haft** (d. h. ohne jegliche Möglichkeit des Kontakts zur Aussenwelt) eine grundlegende Verletzung der Grundgarantien im Bereich des Freiheitsentzugs dar. Ein Mitgliedstaat muss Daten über Datum, Uhrzeit, Ort der Inhaftierung, Name der inhaftierten Person, Gründe für die Inhaftierung und die für die Inhaftierung zuständige Behörde aufzeichnen. Wenn eine Person Gefahr läuft, in einem anderen Staat in Isolationshaft genommen zu werden (eine in den USA im Rahmen der Terrorismusbekämpfung gängige Praxis), verstösst der Mitgliedstaat gegen die Konvention, wenn er diese Person zur Inhaftierung an ausländische Behörden überstellt, und gegen die Verfahrensvorschriften, wenn er es versäumt, die Rechtmässigkeit der Inhaftierung im Ausland zu prüfen. Im vorliegenden Fall war die ehemalige jugoslawische Republik Mazedonien nicht nur für die 23-tägige Inhaftierung des Beschwerdeführers in einem Hotel verantwortlich, sondern auch für seine Überstellung nach Afghanistan und seine viermonatige Inhaftierung in einem von der CIA betriebenen aussergerichtlichen Haftzentrum. In einem solchen Fall, in dem der Mitgliedstaat eine Person, wenn auch nur für kurze Zeit, seiner Hoheitsgewalt unterstellt hat, kann von ihm verlangt werden, dass er nachweist, dass er keine Kenntnis von

Menschenrechtsverletzungen durch einen anderen Staat hatte (gemäss dem Grundsatz *affirmanti incumbit probatio*).

Schliesslich verschleiert der nach wie vor vorherrschende Staatszentrismus in Bezug auf die Anwendbarkeit und Durchsetzung der Menschenrechte die Tatsache, dass nicht nur Staaten diese Rechte und Freiheiten verletzen können. Positive Verpflichtungen müssen auch dann eingehalten werden, wenn staatliche Akteure Kenntnis von Freiheitsentziehungen durch private Akteure haben, diese dulden oder sogar mit ihnen kooperieren. In diesem Zusammenhang bleibt die Rolle privater Sicherheitsunternehmen, die hoheitliche Aufgaben wahrnehmen und Gewalt anwenden, wie dies bei den Sicherheitsbeamten in den Bundesasylzentren (BAZ) der Fall ist, zu prüfen. 52

C. Keine Willkür

Vor den konkreteren Verfahrensgarantien, die in den Absätzen 2, 3 und 4 von Art. 31 BV, verweist der zweite Teil von Absatz 1 («nach den gesetzlich vorgeschriebenen Formen») auf eine allgemeine Verfahrensgarantie. Diese dient dazu, die Risiken von Missbräuchen aufgrund missbräuchlich angewandter innerstaatlicher Gesetze zu mindern und jede Person vor Willkür zu schützen. Ein Freiheitsentzug kann somit als willkürlich angesehen werden, wenn seitens der Behörden **Böswilligkeit, List oder Täuschung** vorliegt. Dies kann auch der Fall sein, wenn zwischen dem angegebenen Grund, dem Ort und den konkreten Modalitäten der Haft keine Kohärenz besteht, beispielsweise wenn Personen ohne Begründung, die mit ihrer Situation in Zusammenhang steht, unter strengen Haftbedingungen inhaftiert werden. Ebenso kann eine Inhaftierung als willkürlich angesehen werden, wenn das angestrebte Ziel in keinem Verhältnis zu den gewählten Zwangsmitteln steht oder wenn die Zeitspanne zwischen der Aufhebung einer Haftmassnahme und dem Erlass einer neuen rechtskräftigen Entscheidung übermässig lang ist. 53

Nach Ansicht einiger Autoren wird dieser Schutzmechanismus gegen Willkür in der Praxis zunehmend auf die Probe gestellt. Unter dem Vorwand, verschiedene Formen von Gewalt zu verhindern, wird **der Rückgriff auf den Begriff der „Gefährlichkeit“** zunehmend zu einem Instrument der Willkür. Der „präventionistische” Ansatz konzentriert sich auf Massnahmen, die nicht auf begangene Straftaten abzielen, sondern auf eine prognostizierte „Gefährlichkeit”. Dies betrifft sowohl den Bereich der inneren Sicherheit, 54

insbesondere im Bereich der Terrorismusbekämpfung, beispielsweise durch die präventiven Ermittlungsbefugnisse der Nachrichtendienste, als auch das Strafvollzugssystem, wo immer mehr Personen im Rahmen institutioneller Massnahmen und Internierungen vorläufig inhaftiert werden.

V. VERFAHRENSGARANTIEN GEMÄSS ART. 31 BV

A. Bedeutung der Verfahrensgarantien

55 Ein Freiheitsentzug stellt einen besonders einschneidenden Eingriff in die Grundrechte einer Person dar. Daher ist es von grösster Bedeutung, dass die Person ein faires Verfahren erhält, wenn ihr Recht auf Bewegungsfreiheit beeinträchtigt wird (siehe oben, N. 4). Das Recht auf Prozesssubjektstellung ist eng mit der Menschenwürde verbunden: Für einen menschenrechtskonformen Freiheitsentzug müssen die betroffenen Personen als Rechtssubjekte berücksichtigt werden, die in der Lage sind, am Verfahren teilzunehmen und Einfluss darauf zu nehmen (und nicht auf Rechtsobjekte reduziert werden). Zu diesem Zweck sieht Art. 31 BV konkrete Verfahrensgarantien vor, die über die allgemeinen Verfahrensgarantien (Art. 29 BV) und die Garantie des Zugangs zu den Gerichten (Art. 29a BV) hinausgehen und diese für den Freiheitsentzug konkretisieren. Art. 31 BV garantiert das Recht auf Information und das Recht auf wirksame Geltendmachung der eigenen Rechte (Art. 31 Abs. 2 BV), die Kontrolle der Rechtmässigkeit der Untersuchungshaft (Art. 31 Abs. 3 BV) und die Möglichkeit für inhaftierte Personen, jederzeit ein Gericht anzurufen, um die Rechtmässigkeit der Haft zu überprüfen (Art. 31 Abs. 4 BV).

B. Art. 31 Abs. 2 BV: Recht auf Information und auf Geltendmachung der eigenen Rechte

56 Art. 31 Abs. 2 BV verweist auf das Recht auf Information, das auch in Art. 5 Abs. 2 EMRK verankert ist. Informationen sind unerlässlich, damit die ihrer Freiheit beraubte Person alle ihre durch die Verfassungsnorm garantierten Rechte geltend machen kann (siehe insbesondere Art. 31 Abs. 3 und 4 BV). Diese Garantie spiegelt das verfassungsmässige Recht **auf Anhörung** wider (Art. 29 Abs. 2 BV). Das Recht auf Information gilt erst ab dem Zeitpunkt, an dem der Freiheitsentzug wirksam wird, d. h. wenn die Person festgenommen oder inhaftiert wird. Das blosse Vorliegen eines Haftbefehls reicht nicht aus,

um diese Informationspflicht zu begründen: Dieses Recht tritt in Kraft, sobald die Person konkret ihrer Freiheit beraubt wird. Es handelt sich um eine Verfahrensgarantie, die für alle Arten der Haft gilt.

1. Gründe für den Freiheitsentzug

Art. 31 Abs. 2 BV enthält mehrere Garantien hinsichtlich der Modalitäten und Gegenstände der Mitteilung. Die beiden Gegenstände betreffen einerseits die Gründe für den Freiheitsentzug und andererseits die Rechte der betroffenen Person. Was die Gründe betrifft, geht der Wortlaut von Art. 5 Abs. 2 EMRK etwas weiter als Art. 31 Abs. 2 BV, indem er hinzufügt, dass die Person auch über «**jede gegen sie erhobene Anklage**» informiert werden muss. Im Strafverfahren verlangen Art. 158 Abs. 1 Bst. a StPO und Art. 219 StPO, dass die beschuldigte Person über die ihr vorgeworfenen Straftaten informiert wird. Für weitere Einzelheiten zu den Kriterien für die Mitteilung der Haftgründe wird auf die StPO und die Rechtsprechung des EGMR und des Bundesgerichts verwiesen. 57

Die Qualität der Information muss unter Berücksichtigung der konkreten Umstände beurteilt werden. Die Haftgründe müssen rechtlich und sachlich **ausreichend klar** sein, damit die Person eine Überprüfung der Rechtmässigkeit ihrer Haft gemäss Art. 31 Abs. 4 BV beantragen kann. Es reicht nicht aus, nur die mutmasslich verletzten Rechtsvorschriften zu nennen. Die Behörden sind jedoch nicht verpflichtet, die Anschuldigungen und Beweise erschöpfend darzulegen oder vor der ersten Vernehmung Einsicht in die Ermittlungsakte zu gewähren (vgl. Art. 101 StPO). 58

2. Geltend zu machende Rechte

Zu den Rechten der inhaftierten Person gehört das Recht, sich **nicht selbst zu belasten** (*nemo tenetur*, vgl. Art. 158 Abs. 1 lit. b StPO für Strafverfahren). Dieser Grundsatz lässt sich aus Art. 6 Abs. 1 EMRK ableiten und wird durch Art. 14 Ziff. 3 lit. g des UNO-Pakts II ausdrücklich garantiert. Es ist anzumerken, dass dieses verfassungsmässige Recht durch die Pflichten mutmasslicher Täter von Verstössen gegen das Bundesgesetz über den Strassenverkehr (SVG) beeinträchtigt wird, insbesondere durch die Pflicht, an der Feststellung der Fahrunfähigkeit mitzuwirken (Art. 91a SVG in Verbindung mit Art. 51 SVG). Schliesslich ist es wichtig zu erwähnen, dass die Verpflichtung, die Person über ihr Recht auf Aussageverweigerung zu 59

informieren, eine Errungenschaft der neuen Bundesverfassung von 1999 ist. Sowohl Art. 31 Abs. 2 BV als auch Art. 32 Abs. 2 BV (für das Strafverfahren) erheben dieses Recht auf Aussageverweigerung zu einem direkt anwendbaren Grundrecht. Die betroffene Person muss auch über ihr Recht auf unentgeltliche Rechtsverteidigung (vgl. Art. 29 Abs. 3 BV) und ihr Recht, jederzeit die Überprüfung ihrer Freiheit zu beantragen (Art. 226 Abs. 3 StPO), informiert werden. Die Rechtshilfe in Haft wird auch in den Europäischen Strafvollzugsgrundsätzen (Regel 23.1) und den Nelson-Mandela-Regeln (Regel 61) anerkannt.

60 Über die Pflicht hinaus, die Person über ihre Rechte zu informieren, ohne die die Beweise unbrauchbar werden (Art. 158 Abs. 2 StPO in Verbindung mit Art. 141 Abs. 1 StPO für Vernehmungen), ist es unerlässlich, dass die Person **in die Lage versetzt wird, diese Rechte geltend zu machen**. Wenn eine Person einen Rechtsbeistand beantragt, sind die Behörden daher verpflichtet, schnell und wirksam zu reagieren. Nach einer Teilauffassung der Lehre sollte die für die Untersuchungshaft vorgesehene Pflichtverteidigung (Art. 130 lit. a StPO) analog auf den Vollzug von Strafen und Massnahmen angewendet werden. Denn ist der Vollzug einer Sanktion durch eine Reihe von Entscheidungen gekennzeichnet, von denen jede eine angemessene Verteidigung verdient, insbesondere weil die Haft mit einer erhöhten Verletzlichkeit und einem erhöhten Unterstützungsbedarf einhergeht. Über seine rein defensive Funktion hinaus hat das Recht auf Geltendmachung der eigenen Rechte auch eine positive Dimension, nämlich die Fähigkeit und die tatsächliche Möglichkeit, Anträge oder Gesuche bei den Behörden einzureichen. So muss eine Person, die sich im Straf- oder Massnahmenvollzug befindet, sich auf den in Art. 75 StGB verankerten Grundsatz der Resozialisierung berufen können.

61 Was die Modalitäten der Benachrichtigung betrifft, sieht Art. 31 Abs. 2 BV zwei Kriterien vor. Das erste ist zeitlicher Natur («unverzüglich»). Die Formulierung in Art. 5 Abs. 2 EMRK («so schnell wie möglich») entspricht den Bestimmungen des Verfassungstextes. *In concreto* bedeutet dieses zeitliche Kriterium keine feste Frist, sondern dass die Information der Person **rechtzeitig** zugestellt werden muss, damit diese ihre Rechte wirksam geltend machen kann. Die Information muss in jedem Fall vor einer ersten Vernehmung und vor der Abgabe potenziell selbstbelastender Aussagen an die Person übermittelt werden. Eine Frist von mehreren Tagen ist in jedem Fall unzulässig.

Das zweite Kriterium betrifft die Kommunikationssprache. Die inhaftierte Person muss in der Lage sein, die verwendete Sprache zu verstehen, ohne dass es sich dabei unbedingt um ihre Muttersprache handeln muss. Dies erfordert möglicherweise eine Übersetzung. Was das Strafverfahren betrifft, sieht Art. 219 Abs. 1 StPO vor, dass die Informationen «in einer Sprache, die [die festgenommene Person] versteht» zu erteilen sind. Die Informationen müssen der Person in einer **zugänglichen und nicht-technischen Sprache** vermittelt werden. Besondere Aufmerksamkeit muss Personen gewidmet werden, deren Verständnisfähigkeit eingeschränkt ist – sei es aufgrund psychischer Störungen, geistiger Behinderung, vorübergehender Verwirrung (z. B. bei starkem Alkoholkonsum) oder aus anderen Gründen. In solchen Fällen ist sicherzustellen, dass die Informationen in geeigneter Weise, insbesondere mit Hilfe von geschultem oder spezialisiertem Personal, übermittelt werden. In jedem Fall obliegt es den Behörden, dafür zu sorgen, dass die Person die Gründe für ihre Festnahme sowie ihre Rechte vollständig versteht. Es ist möglich, einen Rechtsvertreter zu informieren, wenn vernünftigerweise davon ausgegangen werden kann, dass die Informationen dann direkt an die betroffene Person weitergeleitet werden. Schliesslich muss die Information nicht unbedingt in schriftlicher Form übermittelt werden, sondern kann auch mündlich erfolgen. Es ist jedoch sinnvoll, eine schriftliche Aufzeichnung zu erstellen, beispielsweise in Form eines nachträglich erstellten Protokolls. 62

Schliesslich garantiert Art. 31 Abs. 2 BV auch das Recht, **seine Angehörigen informieren zu lassen**. Die Formulierung impliziert die Beteiligung einer Zwischenperson: Weder die Verfassung noch die EMRK garantieren das Recht, seine Angehörigen oder Rechtsvertreter *selbst zu* informieren. Der Begriff der nahestehenden Person beschränkt sich nicht auf den Familienkreis, sondern umfasst «jede Person, die durch ein privates, berufliches, assoziatives oder sonstiges Interesse mit der Person verbunden ist, die ihrer Freiheit beraubt ist». Im Rahmen des Strafverfahrens spiegelt Art. 214 Abs. 1 StPO dieses verfassungsmässige Recht wider und verpflichtet die zuständige Strafverfolgungsbehörde, die Angehörigen der festgenommenen Person «unverzüglich» zu informieren und auf deren Antrag hin auch ihren Arbeitgeber oder gegebenenfalls die Botschaft ihres Landes. Die in Art. 214 Abs. 2 StPO vorgesehene Ausnahme führt jedoch eine verfahrensrechtliche Einschränkung dieses Grundrechts ein, indem sie der Behörde erlaubt, die Benachrichtigung aufzuschieben, um die Wirksamkeit der Untersuchung zu 63

gewährleisten. Diese Möglichkeit des Aufschubs wirft Fragen hinsichtlich der Vereinbarkeit der Erfordernisse der Untersuchung mit den verfassungsrechtlichen Garantien auf.

C. Art. 31 Abs. 3 BV: Untersuchungshaft

64 Der dritte Absatz von Art. 31 BV unterscheidet sich von den anderen dadurch, dass er sich ausschliesslich auf eine bestimmte Form des Freiheitsentzugs bezieht: die Untersuchungshaft (auch Untersuchungshaft oder Haft vor dem Urteil genannt). Im Schweizer Recht umfasst diese Kategorie die Untersuchungshaft im engeren Sinne (Art. 220 Abs. 1 StPO) sowie die Sicherheitshaft (Art. 220 Abs. 2 StPO). Art. 31 Abs. 3 BV betrifft zwei Aspekte: die Erstkontrolle der Untersuchungshaft und deren Dauer. Diese Bestimmung ist im Lichte der in Art. 32 Abs. 1 BV festgelegten **Unschuldsvermutung** zu lesen.

1. Kontrolle der Rechtmässigkeit

65 Bei der Kontrolle der Rechtmässigkeit der Untersuchungshaft handelt es sich um eine spezifische und **automatische** Garantie, im Gegensatz zur allgemeinen
Garantie der richterlichen Kontrolle gemäss Art. 31 Abs. 4 BV (vgl. N. 71 unten), die von der inhaftierten Person ausdrücklich beantragt werden muss. Art. 31 Abs. 3 BV garantiert eine erste Kontrolle bei der Inhaftierung, bietet jedoch keine Garantien für nachfolgende Kontrollen, die den in Art. 31 Abs. 4 BV festgelegten Kriterien entsprechen müssen. Was die Frist betrifft, innerhalb der diese erste Kontrolle stattfinden muss, finden wir hier das Adverb «unverzüglich» wieder, das bereits in Art. 31 Abs. 2 BV erwähnt wurde. Nach Ansicht des EGMR sollte eine Frist von maximal 48 Stunden grundsätzlich nicht überschritten werden. Der Gerichtshof ist der Ansicht, dass eine Frist von mehr als vier Tagen für die Entscheidung über die Rechtmässigkeit prima facie zu lang ist, auch im Zusammenhang mit der Terrorismusbekämpfung. Unter bestimmten Umständen kann auch eine kürzere Frist gegen den Grundsatz der zügigen Verfahrensabwicklung verstossen, insbesondere bei Minderjährigen und/oder bei nicht gewalttätigen Straftaten.

66 In der Schweiz muss die Staatsanwaltschaft bei einem Zwangsmassnahmengericht (nachfolgend: ZMG; Art. 13 lit. a StPO; Art. 18 Abs.

1 StPO) einen **Antrag auf Haft** für höchstens drei Monate stellen . Dieser Antrag muss «unverzüglich» und innerhalb von höchstens 48 Stunden nach der Festnahme durch die Polizei gestellt werden (Art. 224 Abs. 2 StPO). Das ZStGer entscheidet unverzüglich, hat jedoch ebenfalls eine Frist von maximal 48 Stunden (Art. 226 Abs. 1 StPO), um entweder die Haft oder eine Zwangsmassnahme oder die sofortige (Wieder-)Freilassung anzuordnen (Art. 226 Abs. 3–5 StPO). Das ZMG hört die beschuldigte Person *in persona*, vorbehaltlich bestimmter Ausnahmen (Art. 225 StPO).

2. Die Zwangsmassnahmengerichte: ein echtes Gegengewicht?

Die ZMG wurden mit der Revision der StPO von 2007 geschaffen, um «ein unverzichtbares Gegengewicht zu den Befugnissen der Polizei und der Staatsanwaltschaft» zu bilden. Die Entwicklung der ZMG zielte darauf ab, auf einen **Mangel an Unparteilichkeit der Untersuchungsrichter** zu reagieren, wie in der Botschaft des Bundesrats zur Vereinheitlichung der Strafprozessordnung erläutert. Die Rechtsprechung des EGMR schien *de facto* vorzuschreiben, dass nur Richter, die nicht an einem Fall beteiligt sind, nicht nur über die Rechtmässigkeit der Haft entscheiden (Art. 31 Abs. 4 BV), sondern auch die Haft anordnen können (Art. 31 Abs. 3 BV). Der Wortlaut von Art. 5 Abs. 3 EMRK lässt einen gewissen Interpretationsspielraum, indem er festlegt, dass die Person einem Richter «oder einem anderen gesetzlich zur Ausübung richterlicher Funktionen befugten Beamten» («officer» auf Englisch) vorgeführt werden muss. Die Rechtsprechung hat klargestellt, dass ein Beamter nicht unbedingt ein Richter sein muss, aber dennoch die für dieses Amt erforderlichen Eigenschaften, insbesondere Unabhängigkeit, aufweisen muss. Im Gegensatz dazu muss laut Verfassung die Zuständigkeit für die Anordnung der Untersuchungshaft *unbedingt* bei einem Richter liegen. 67

Auch wenn die Existenz der ZMG heute als Errungenschaft zu begrüssen ist, muss doch festgestellt werden, dass es nach wie vor an einem echten Gegengewicht zu den Strafverfolgungsbehörden mangelt. Die ZMG lehnen Anträge der Staatsanwaltschaft auf Untersuchungshaft so gut wie nie ab. Dies ist umso problematischer in Fällen (die seit Inkrafttreten der neuen StPO überwiegen), in denen das Verfahren mit einem **Strafbefehl** endet, der eine Freiheitsstrafe von bis zu sechs Monaten vorsehen kann (Art. 352 Abs. 1 Bst. d StPO). Damit ein Gericht über die Gültigkeit einer Verfügung entscheiden kann (Art. 356 Abs. 2 StPO), muss ein Einspruch eingelegt werden. Ohne 68

Einspruch gilt die Verfügung als rechtskräftiges Urteil (Art. 354 Abs. 3 StPO). Im Gegensatz zu Fällen, in denen ein Gericht über die endgültige Sanktion entscheidet, entzieht sich die Haft in diesen Fällen *letztendlich* der sowohl verfassungsrechtlich als auch konventionsrechtlich vorgeschriebenen gerichtlichen Kontrolle. Die Einführung von Art. 352*a* StPO, der am 1. Januar 2024 in Kraft getreten ist (vgl. N. 7 oben) und nun die Anhörung durch die Staatsanwaltschaft vorsieht, «wenn die Strafverfügung voraussichtlich zu einer Freiheitsstrafe führen wird», ist zu begrüssen, korrigiert jedoch nicht das Fehlen einer gerichtlichen Kontrolle.

3. Maximale Dauer der Untersuchungshaft

69 Art. 31 Abs. 3 BV kodifiziert den Grundsatz der zügigen Rechtspflege, wonach jede Person das Recht auf ein Urteil «innert angemessener Frist» hat. Dieser Grundsatz ist auch in Art. 5 Abs. 3 EMRK enthalten und erinnert an den Grundsatz der zügigen Abwicklung von Gerichts- und Verwaltungsverfahren (Art. 29 Abs. 1 BV). Es handelt sich jedoch nicht um eine «Garantie im engeren Sinne». In der Praxis sind zwei Kriterien für die Beurteilung der «Angemessenheit» der Frist ausschlaggebend: einerseits die Komplexität des Falles und andererseits die Schwere der zu erwartenden Strafe. Dieses zweite Kriterium findet sich auch in Art. 212 Abs. 3 StPO wieder. Nach Ansicht des Bundesgerichts muss die Angemessenheit das Verhalten der beschuldigten Person und die Bedeutung des Verfahrens berücksichtigen. Es gibt keine **vorgeschriebene Höchstdauer** wie in anderen Ländern. Die österreichische Strafprozessordnung sieht beispielsweise sechs Monate für Vergehen und ein Jahr für Verbrechen vor, wobei diese Dauer in besonders schweren Fällen bis zu zwei Jahre betragen kann. Sie legt auch unterschiedliche Fristen je nach Grund der Untersuchungshaft fest: Allein aufgrund der Gefahr der Absprache darf eine Person nicht länger als zwei Monate in Haft gehalten werden.

70 Eine Begrenzung mit solchen Fristen wäre in der Schweiz wünschenswert, wo die **Untersuchungshaft sehr lange dauern kann**. Das Bundesgericht hat entschieden, dass die Untersuchungshaft drei Viertel der endgültigen Strafe nicht überschreiten darf – was bereits länger ist als zwei Drittel der Strafe, nach deren Ablauf eine bedingte Entlassung gewährt wird, sofern keine ungünstige Prognose vorliegt (Art. 86 StGB). Wenn die Untersuchungshaft zwei Drittel der zu erwartenden Strafe überschreitet, ist eine Entscheidung

(oder zumindest eine Beurteilung) über die Gewährung der bedingten Entlassung erforderlich.

Das Fehlen einer festen Frist kann zu einem geringeren Druck auf die Strafverfolgungsbehörden hinsichtlich der Einhaltung des Grundsatzes der zügigen Strafverfolgung führen. Da die Dauer der Untersuchungshaft gemäss Art. 51 StGB von der verhängten Strafe abgezogen werden kann, könnten Richter versucht sein, dies bei der Strafzumessung zu berücksichtigen. Hinzu kommt, dass eine Entlassung nur dann in Betracht kommt, wenn ein «schwerwiegender» Verstoss gegen den Grundsatz der zügigen Verfahrensabwicklung vorliegt und die Behörden weder in der Lage noch willens sind, den Fall voranzutreiben und abzuschliessen. In weniger schweren Fällen obliegt es dem Gericht, zu entscheiden, wie eine Verletzung des Grundsatzes der zügigen Verfahrensabwicklung zu berücksichtigen ist, beispielsweise durch eine Herabsetzung des Strafmasses. Wie eine Schlange, die sich in den Schwanz beisst, besteht daher oft die Gefahr, dass eine mögliche Verletzung des Grundsatzes der zügigen Verfahrensabwicklung **durch die letztendlich verhängte Strafe** aufgefangen wird, was nicht im Einklang mit dem vorgesehenen verfassungs- und konventionsrechtlichen Schutz steht. Eine Lösung wäre, einen Tag Untersuchungshaft als zwei Tage Freiheitsentzug anzurechnen. 71

D. Art. 31 Abs. 4 BV: Habeas corpus

Art. 31 Abs. 4 BV ist nach Art. 5 Abs. 4 EMRK gestaltet und verkörpert den Grundsatz des *Habeas corpus*, d. h. das Recht, **«jederzeit» einen Rechtsbehelf einzulegen, um die Rechtmässigkeit** des Freiheitsentzugs hinsichtlich der Einhaltung der materiellen und verfahrensrechtlichen Anforderungen überprüfen zu lassen. Dieser Grundsatz gilt für alle Formen der Haft. Im Gegensatz zur Haftanordnung (Abs. 3) muss die Kontrolle der Rechtmässigkeit der laufenden Haft durch ein Gericht erfolgen. Die Formulierung „ohne richterliche Anordnung" schliesst eine nachträgliche Kontrolle nicht aus, insbesondere wenn sich die Umstände, die die ursprüngliche Haft gerechtfertigt haben, ändern können, z. B. die Gefahr der Kollusion (bei der Untersuchungshaft), die Durchführung und Wirkung der Behandlung (bei der FU oder therapeutischen Massnahmen) oder die Gefährlichkeit (bei der Verwahrung). 72

1. Häufigkeit der Überprüfung

73 Diese Überprüfung der Rechtmässigkeit der Haft muss in angemessenen Abständen beantragt werden können. Die Häufigkeit dieser Kontrollen hängt von der Art und Dauer des Freiheitsentzugs sowie vom Stand des Verfahrens ab. In den frühen Phasen des Strafverfahrens – insbesondere bei Untersuchungshaft – oder bei einer unklaren Bewährungssituation sind häufigere Kontrollen erforderlich. So hat das Bundesgericht entschieden, dass die in Art. 228 Abs. 5 StPO vorgesehene Unzulässigkeitsfrist von einem Monat für die Einreichung eines neuen Antrags auf Freilassung nicht gegen Art. 5 Abs. 4 EMRK verstösst, während eine Frist von zwei Monaten als übermässig angesehen wurde. Der Grundsatz der periodischen Überprüfung gilt auch für Situationen, in denen der Freiheitsentzug lange dauert, insbesondere im Rahmen von therapeutischen Massnahmen in einer Einrichtung (Art. 59 StGB) oder der Verwahrung (Art. 64 StGB). In diesen Fällen sieht das Strafgesetzbuch eine jährliche gerichtliche Überprüfung vor (Art. 62*d* und 64*b* StGB). Eine Überprüfung kann auf Antrag der betroffenen Person auch ausserhalb der jährlichen Intervalle beantragt werden. Der in Art. 5 Abs. 4 EMRK garantierte Grundsatz der regelmässigen Überprüfung **steht in offensichtlichem Widerspruch zu der Regelung der lebenslangen Verwahrung** gemäss Art. 64 Abs. 1bis StGB in Verbindung mit Art. 123a BV, die keinen Mechanismus der gerichtlichen Kontrolle vorsieht, wenn die Person als „dauerhaft nicht therapierbar" gilt. Dieses Fehlen einer Überprüfung dieses Kriteriums wirft ernsthafte Fragen hinsichtlich der Vereinbarkeit dieser Regelung mit den Grundgarantien der EMRK auf. Das Bundesgericht hat in einem konkreten Fall betont, dass eine dauerhafte Untherapierbarkeit nicht wissenschaftlich zuverlässig nachgewiesen werden kann.

74 Die Rechtmässigkeitsprüfung umfasst auch eine Prüfung der **Vereinbarkeit mit der Konvention**, insbesondere um sicherzustellen, dass die Garantien der gerichtlichen Kontrolle gemäss Art. 30 BV und Art. 6 EMRK – Unabhängigkeit, Unparteilichkeit und faire Behandlung – sowie der allgemeine Zweck der Konvention (Art. 1 EMRK: Verpflichtung zur Achtung der Menschenrechte) eingehalten werden. Das Verfahren muss kontradiktorisch sein und die «Waffengleichheit» zwischen den Parteien wahren, was die Einhaltung der allgemeinen Verfahrensgarantien von Art. 29 BV zu erfordern scheint.

2. Erfordernis der zügigen Verfahrensabwicklung

Was das Erfordernis der zügigen Verfahrensabwicklung betrifft, ist anzumerken, dass der EGMR die Schweiz dreimal wegen Verstosses gegen Art. 5 § 4 EMRK wegen der langen Verfahrensdauer aufgrund der komplexen Verwaltungszuständigkeiten im Rahmen des Vollzugs von Strafen und Massnahmen In der Rechtssache I.L. gegen die Schweiz war zwischen dem Antrag auf Entlassung des Beschwerdeführers und den nacheinander ergangenen Entscheidungen des kantonalen Obergerichts und des Bundesgerichts mehr als ein Jahr vergangen. Der Gerichtshof war der Ansicht, dass eine solche Frist keine „unverzügliche" Prüfung im Sinne von Artikel 5 Absatz 4 EMRK darstellte. Wie bereits in der Rechtssache *Derungs vs. Schweiz* betonte er, dass die Langsamkeit des Verfahrens nicht durch die besondere Komplexität des Falles gerechtfertigt sei. Der Hauptgrund für die Verzögerung lag vielmehr darin, dass die Beschwerde zunächst an eine Verwaltungsbehörde gerichtet werden musste, die kein Gericht im Sinne der Konvention darstellt, bevor sie an eine gerichtliche Instanz weitergeleitet werden konnte. Um künftige Verurteilungen durch den Strassburger Gerichtshof zu vermeiden, sollte die Schweiz die Einführung **eines direkten Rechtsbehelfs** in allen Kantonen in Betracht ziehen, zumindest für Entscheidungen, die in den sachlichen Anwendungsbereich von Artikel 5 Abs. 4 EMRK fallen. 75

Bislang ist das Bundesgericht den **eindeutigen Signalen** aus Strassburg nicht gefolgt: Es ist der Ansicht, dass der Grundsatz der zügigen Entscheidung nach Art. 5 Abs. 4 EMRK eingehalten ist, wenn «die Umstände eine schnellere Entscheidung nicht vernünftigerweise zuliessen». 76

3. Recht auf Entschädigung

Art. 5 Abs. 5 EMRK sieht ein **Recht auf Entschädigung** im Falle einer gegen die Konvention verstossenden Freiheitsentziehung vor. Dies ist die einzige Garantie, die nicht in den Wortlaut von Art. 31 BV übernommen wurde. Nach der Rechtsprechung des EGMR müssen die Staaten Entschädigungsanträge im Sinne von Art. 5 Abs. 5 EMRK behandeln. Während des Strafverfahrens können Entschädigungen und Genugtuungen gezahlt werden (Art. 431 Abs. 1 StPO), auch bei vollständigem oder teilweisem Freispruch oder bei Einstellung des Verfahrens (Art. 429 StPO). Diese können bei der Festsetzung des Strafmasses berücksichtigt werden. Schliesslich ist das Bundesgericht der 77

Ansicht, dass es Sache des Richters ist, zu entscheiden, wie der einer Person zugefügte Schaden am besten wiedergutgemacht werden kann.

VI. AUSBLICK

78 Alles in allem erweist sich Art. 31 BV als Eckpfeiler des Grundrechtsschutzes im Bereich des Freiheitsentzugs, da er einen strengen rechtlichen Rahmen und wesentliche Verfahrensgarantien gewährleistet. Die Norm, die eng mit Art. 5 EMRK verbunden ist, spiegelt zwar getreu die internationalen Standards wider, doch ihre konkrete Anwendung in der Schweiz wirft insbesondere aufgrund der in der Untersuchungshaft praktizierten Isolationshaft und der fehlenden Höchstdauer in diesem Regime sowie des nach wie vor sehr schwachen Gegengewichts der Zwangsmassnahmengerichte weiterhin Defizite auf. Der zunehmend umfangreiche Rückgriff auf strafrechtliche Massnahmen und die damit verbundene immer längere Haftdauer geben ebenfalls Anlass zur Sorge hinsichtlich der Achtung der Grund- und Menschenrechte.

79 Die jüngsten Entwicklungen im Bereich der Kriminalpolitik und im Strafrechtssystem – insbesondere die Tendenz, Sicherheits- und Präventionsaspekten Vorrang einzuräumen – erfordern erhöhte Wachsamkeit, damit der Freiheitsentzug wirklich eine Massnahme der *ultima ratio* wird, die verhältnismässig ausgestaltet ist und die Menschenwürde achtet. Ein verstärktes Engagement für alternative Massnahmen, eine bessere Berücksichtigung der Bedürfnisse schutzbedürftiger Personen und eine Harmonisierung der kantonalen Praktiken sind unter anderem wesentliche Hebel, um die Wirksamkeit dieser verfassungsmässigen Garantie zu verbessern.

Über die Autoren

Dr. Ahmed Ajil ist derzeit Postdoktorand an der Universität Luzern und assoziierter Forscher an der Fakultät für Rechtswissenschaften, Kriminalwissenschaften und öffentliche Verwaltung (FDCA) der Universität Lausanne. Seine Arbeiten befassen sich mit politisch-ideologischen Mobilisierungen, Terrorismusbekämpfung, Kriminalpolitik, Migration, Polizei und Gefängnissen. Bis 2022 war er wissenschaftlicher Mitarbeiter am Schweizer Kompetenzzentrum für den Strafvollzug, wo er das Handbuch zur

dynamischen Sicherheit im Bereich des Freiheitsentzugs verfasste. Er ist unter der folgenden Adresse erreichbar: : *ahmed.ajil@unilu.ch.*

David Mühlemann, MLaw, ist derzeit Doktorand am Institut für Strafrecht und Kriminologie der Universität Bern. Seine Forschungsarbeiten befassen sich mit dem Straf- und Massnahmenvollzug in der Schweiz. Zwischen 2014 und 2022 war er an der Gründung der ersten Rechtsberatungsstelle der Schweiz für Personen im Freiheitsentzug innerhalb der NGO humanrights.ch beteiligt und übernahm deren Leitung. David Mühlemann kann unter folgender Adresse kontaktiert werden: david.muehlemann@unibe.ch.

EMPFOHLENE WEITERFÜHRENDE LEKTÜRE

Albertini Michele, Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im verwaltungsrechtlichen Verfahren des modernen Staates, Berne 2000.

Besse Marie, La prise en charge des personnes soumises à un traitement institutionnel des troubles mentaux. Quelle conformité de la pratique suisse avec la Convention européenne des droits de l'homme?, Lausanne 2018.

Bigler Olivier, Commentaire de l'art. 5 CEDH, in : Gonin Luc/Bigler Olivier (éds.), Convention européenne des droits de l'homme, Commentaire des articles 1 à 18 CEDH, Berne 2018.

Biro Noemi, Notwendige Verteidigung im Straf- und Massnahmenvollzug, Zurich 2019.

Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH), diverses publications concernant la privation de liberté : https://skmr.ch/fr/th%C3%A8mes/polizei-und-justiz, dernière consultation le 2.6.2025.

Cliquennois Gaëtan, The Evolving Protection of Prisoners' Rights in Europe, London 2023.

Hohl-Chirazi Catherine, La privation de liberté en procédure pénale suisse: buts et limites, Genève, Zurich 2016.

humanrights.ch, diverses publications concernant la privation de liberté : https://www.humanrights.ch/fr/pfi/droits-humains/detention/, dernière consultation le 2.6.2025.

Karpenstein Ulrich/Mayer Franz C. (éds.), EMRK Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten Kommentar, 3ème éd., Munich 2022.

Kunz, Karl-Ludwig/Singelnstein Tobias, Kriminologie, Zurich 2021.

Van Zyl Smit Dirk/Snacken Sonja, Principles of European prison law and policy, Penology and human rights, Oxford 2011.

Villiger Mark E., Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in Schweizer Fällen, 3ème éd., Zurich 2020.

LITERATURVERZEICHNIS

Ajil Ahmed/Fischmeister Julien/Venezia Marine/Jendly Manon/Scalia Damien, Résister, naviguer, perpétuer ? Analyse des logiques préventionnistes « molles » à l'œuvre en Suisse et en Belgique face aux violences politico-idéologiquement motivées, Champ Pénal/Penal field, 34 (2025), https://journals.openedition.org/champpenal/16818.

Ajil Ahmed/Jendly Manon, Fabriquer un „dangereux ennemi terroriste": une étude de cas suisse sur les implications d'une prophétie, Déviance et Société, 44, 4 (2020), p. 633-663.

Ajil Ahmed/Lubishtani Kastriot, Le terrorisme djihadiste devant le Tribunal Pénal Fédéral, Jusletter, 31 mai 2021, p. 1–41.

Andriantsimbazovina Joël, Le droit à la liberté et à la sûreté dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, Titre VII, numéro 7, La liberté individuelle, octobre 2021, https://www.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/le-droit-a-la-liberte-et-a-la-surete-dans-la-jurisprudence-de-la-cour-europeenne-des-droits-de-l, consulté le 15.8.2025.

Arn Raphaël, Les effets de l'entrée en vigueur de la nouvelle partie générale du Code pénal sur la pratique des tribunaux et des avocats, Revue jurassienne de jurisprudence, Porrentruy 2006, p. 187–218.

Ashworth Andrew/Zedner Lucia, The rise and restraint of the preventive state, Annual Review of Criminology 2 (2019), p. 429–50.

Bernard Stephan, Freiheitsentziehendes Massnahmenrecht oder freiheitsentziehende Massnahmen jenseits des Rechts?, in : André Kuhn/Christian Schwarzenegger/Joëlle Vuille (édit.), Groupe suisse de criminologie, Justice pénale - Individus - Opinion publique, Diversité des perceptions, Berne 2017, p. 139–165.

Besse Marie, La prise en charge des personnes soumises à un traitement institutionnel des troubles mentaux. Quelle conformité de la pratique suisse avec la Convention européenne des droits de l'homme?, Lausanne 2018, p. 1–66.

Biaggini Giovanni, Kommentar zur Bundesverfassung, 2ème éd., Zurich 2017 (cit. Komm. BV).

Bielmann Florent/Caneppele Stefano, La réponse étatique au terrorisme en Suisse à partir des années 1980, in : Fink Daniel/Kuhn André/Vuille Joëlle (édit.), Criminologie en Suisse – Histoire, état, avenir, Helbing Lichtenhahn, Berne 2024, p. 191–204.

Biro Noemi, Kritische Überlegungen zu den administrativen Zuständigkeiten im Straf- und Massnahmenvollzug, recht 4 (2020), p. 221–234.

Biro Noemi, Notwendige Verteidigung im Straf- und Massnahmenvollzug, Zurich 2019.

Bögelein Nicole, Disziplinierung von Menschen in Armut - Ein kritischer Blick auf die Reformpläne zur Ersatzfreiheitsstrafe, Kritische Justiz 2 (2023), p. 258–270.

Bombay Anne/Heynen Pieterjan, The ECtHR's Ilias and Ahmed and the CJEU's FMS-case: a difficult reconciliation?, sui generis 2021, p. 255–260.

Brägger Benjamin F., Die revidierten Bestimmungen des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches zum Straf- und Massnahmenvollzug: Das Neue scheint nicht gut, und das Gute ist nicht wirklich neu!, Revue pénale suisse, 4 (2018), p. 391–410.

Coninx Anna, Neue Terrorismusbekämpfung in der Schweiz – Grundlagen und Kritik, ZStrR 2 (2021) II, p. 183–208.

Constantin Tamara, Des règles aux pratiques: L'encadrement juridique du renseignement intérieur en Suisse, Criminologie, 58(1), p. 53–74.

Crewe Ben, Depth, weight, tightness: Revisiting the pains of imprisonment, Punishment & Society 13 (2011) V, p. 509–529.

De Brabandere Eric, Non-state Actors, State-Centrism and Human Rights Obligations, Leiden Journal of International Law 22 (2009) I, p. 191–209.

De Castro Rodrigues Andreia, Sacau Ana, Quintas de Oliveira Jorge & Abrunhosa Gonçalves Rui, Prison sentences: last resort or the default sanction?, Psychology, Crime & Law, 25 (2018) II, p. 171-194.

De Viggiani Nick (2007), Unhealthy prisons: exploring structural determinants of prison health, Sociology of health & illness 29 1 (2007), p. 115–135.

Dellazizzo Laura/Mimosa Luigi/Giguère Charles-Édouard/Goulet Marie-Hélène/Dumais Alexandre, Shedding Light on "the Hole": A Systematic Review and Meta-Analysis on Adverse Psychological Effects and Mortality Following Solitary Confinement in Correctional Settings, Frontiers in Psychiatry, 2020.

Donatsch Andreas, Dispositions légales et pratiques relatives aux personnes dangereuses, Solutions législatives possibles aux niveaux fédéral et cantonal, Avis de droit sur mandat de la Conférence des directrices et directeurs des départements cantonaux de justice et de police (CCJPD), Zurich 2019, https://www.kkjpd.ch/newsreader-fr/dispositions-légales-et-pratiques-relatives-aux-personnes-dangereuses.html, consulté le 21.11.2024).

Droz-Sauthier Gaëlle/Zermatten Aimée, Personnes malades et/ou dangereuses : interactions licites entre placements pénaux et civils ?, Revue de droit suisse, Band 143 (2024) I, Heft 4, p. 441– 453.

Dumitru Speranta, Qu'est-ce que le nationalisme méthodologique?, Raisons politiques 54 (2014) II, p. 9–22.

Dünkel Frieder, Abschaffung oder Reform der Ersatzfreiheitsstrafe?, Neue Kriminalpolitik 3 (2022), p. 253–269.

Fink Daniel, La prison en Suisse : un état des lieux, Presses polytechniques et universitaires romandes, Lausanne 2017.

Flachsmann Stefan/Wehrenberg Stefan, Aussageverweigerung und Informationspflicht, Schweizerische Juristen-Zeitung, 97 (2001), p. 313–321

Freeman Sinead/Seymour Mairead, Just waiting: The nature and effect of uncertainty on young people in remand custody in Ireland, Youth Justice 10 (2010) II, p. 126–142.

Frei Mirjam/Zuberbühler Elsässer Simone, Kommentar zu Art. 221 StPO, in : Donatsch Andreas/Lieber Viktor/Summers Sarah/Wohlers Wolfgang (éds.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), Zurich 2020 (cit. Comm. StPO).

Gialuz Mitja/Spagnolo Paola, Reasonable length of pre-trial detention: rigid or flexible time limits? A study on Italy from a European perspective, European Criminal Law Review 3 (2013) II, p. 220– 231.

Gnaedinger Luca, Le paradoxe suisse : entre mansuétude pénale et criminalisation de l'immigration, Champ pénal, 32 (2024), https://journals.openedition.org/champpenal/15692.

Grabenwarter Christoph/Pabel Katharina, Europäische Menschenrechtskonvention, Helbing Lichtenhahn Verlag, Vienne 2021.

Haefelin Walter, Die amtliche Verteidigung im schweizerischen Strafprozess, Zurich 2010.

Haney Craig, Restricting the use of solitary confinement, Annual review of Criminology 1 (2018), p. 285– 310.

Härri Matthias, Kommentar zu Art. 237 StPO, in : Niggli Marcel Alexander/Heer Marianne/Wiprächtiger Hans (édit.), Schweizerische Strafprozessordnung/Jugendstrafprozessordung, Bâle 2010 (cit. BSK-Härri).

Hauptmann Louise, La relation parent-enfant à l'épreuve de la privation de liberté, Mise en œuvre du droit au respect de la vie familiale dans l'ordre juridique international, fédéral et vaudois, Bâle 2024.

Heri Corina, Commentaire de l'art. 10 Cst., in : Schlegel Stefan/Ammann Odile (édit.), Commentaire en ligne de la Constitution fédérale – Version : 16.3.2023, https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/bv10, consulté le 10.10.2023.

Hottelier Michel, Commentaire de l' Art. 31 Cst., in : Vincent Martenet, Jacques Dubey (édit.), Constitution fédérale, 2021 (cit. Comm. Cst.),

Huey Meredith P./McNulty Thomas L., Institutional conditions and prison suicide: Conditional effects of deprivation and overcrowding, The Prison Journal 85 (2005) IV, p. 490–514.

humanrights.ch, Gewaltprävention – ein Übungsfeld für den Überwachungsstaat, 13.9.2018, https://www.humanrights.ch/de/ipf/menschenrechte/innere-sicherheit/gewaltpraevention-ueberwachungsstaat, consulté le 10.10.2023.

humanrights.ch,
Le droit à la vie pour les personnes en détention, 30.05.2022, https://www.humanrights.ch/fr/pfi/droits-humains/detention/detention-droit-vie, consulté le 10.10.2023.

humanrights.ch, U-Haft: Das Verhältnismässigkeitsprinzip muss Rechtswirklichkeit werden, 6.5.2020, https://www.humanrights.ch/de/ipf/menschenrechte/freiheitsentzug/u-haft-verhaeltnismaessigkeit-rechtswirklichkeit, consulté le 10.10.2023.

Johns Diana, Confronting the Disabling Effects of Imprisonment: Toward Prehabilitation. Social Justice/Global Options 45 (2021) I, p. 27– 56.

Kälin Walter/Epiney Astrid/Caroni Martina/Pirker Benedikt, Völkerrecht – Eine Einführung, 5ème éd., Berne et al. 2021.

Kälin Walter/Künzli Jörg, The law of International Human Rights Protection, Oxford University Press, Oxford, 2009.

Kölz Alfred/Jörg Paul Müller, Entwurf für eine neue Bundesverfassung vom 16.5.1984, Helbing & Lichtenhahn, 2ème éd., Bâle, 1990.

Kuhn André, 1974-2024 : Cinquante ans d'évolution de la politique criminelle en Suisse, in : Daniel Fink/André Kuhn/Joëlle Vuille (édit.), Criminologie en Suisse – Histoire, état, avenir, Bâle 2024.

Kunz Karl-Ludwig/Singelnstein Tobias, Kriminologie, Zurich, 2021.

Künzli Jörg/Bishop Kelly, Ausländerrechtliche Administrativhaft in der Schweiz, Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH), Bern 2020. Résumé français: Künzli Jörg/Bishop Kelly, La détention administrative en application du droit des étrangers (résumé), Centre suisse de compétence pour les droits humains, Berne 2020.

Künzli Jörg/Büchler Alexandra/Weber Florian, Nelson-Mandela-Regeln, Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH), Berne 2020.

Künzli Jörg/Frei Nula/Krummen David, Freiheitsentzug und Freiheitsbeschränkung bei ausländischen Staatsangehörigen – Dargestellt am Beispiel der Unterbringung von Asylsuchenden in der Schweiz, Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH), Berne 2017.

Künzli Jörg/Frei Nula/Schultheiss Maria, Menschenrechtliche Standards der Haftbedingungen in der Untersuchungshaft und ihre Umsetzung in der Schweiz, Jusletter du 5 octobre 2015.

Künzli Jörg/Frei Nula/Spring Alexander, Einzelhaft in Hochsicherheitsabteilungen, Menschenrechtliche Standards und ihre Umsetzung in der Schweiz, Gutachten zuhanden des Lenkungsausschusses EDA/EJPD, Berne 2014.

Künzli Jörg/Kälin Walter, Das Verhältnismässigkeitsprinzip als Bestandteil des zwingenden Völkerrechts?, Jusletter du 23 juin 2014.

Künzli Jörg/Ostendarp Samuel/Stucki Noel, Untersuchungshaft : Menschenrechtliche Standards und ihre Umsetzung in der Schweiz, Aktualisierung 2022, Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH), Berne 2022.

Künzli Jörg/Bertoni Daniel/Stucki Noël, Die Unterbringung urteilsunfähiger Personen in geschlossenen Abteilungen von Alters- und Pflegeheimen – eine freiheitsentziehende Massnahme?, Jusletter, 18 août 2025, p. 1–43.

Löbbert Markus, Unterbleiben der Ersatzfreiheitsstrafenvollstreckung bei wohnungs- und obdachlosen Personen?, Neue Kriminalpolitik 3 (2023), p. 353–373.

Manfrin Fabio, Ersatzmassnahmen für Untersuchungshaft – Bedeutungsloses Verhältnismässigkeitsprinzip in der Haftpraxis?, in : Mona Martino/Riklin Franz (édit.), Documents du Groupe d'experts Réformes en matière pénale, Rechtswidrige Zustände? – Untersuchungshaft in der Kritik, Vol. 10, Berne 2018.

Markwalder Nora/Binswanger Janine, Die Anordnung von Untersuchungs- und Sicherheitshaft: Eine empirische Analyse, Forumpoenale 5 (2020), p. 384–391.

May David/Applegate Brandon/Ruddell Rick/Wood Peter, Going to jail sucks (and it really doesn't matter who you ask), American Journal of Criminal Justice 39 (2014), p. 250–266.

Mazzucchelli Goran, Öffentliches Sicherheitsbedürfnis, Kriminalität und die Funktion der strafrechtlichen Sanktion aus kriminologischer Sicht, PJA 2000, p. 1337–1344.

Meyer-Ladewig Jens, Europäische Menschenrechtskonvention, Handkommentar, 3ème éd., Baden-Baden 2011 (cit. Handkomm. EMRK).

Mohler Markus, Grundzüge des Polizeirechts in der Schweiz, Bâle, 2012.

Mühlemann David, Resozialisierung – Plädoyer für einen Neustart, in : Bundesarbeitsgemeinschaft für Straffälligenhilfe, Informationsdienst Straffälligenhilfe 28 (2020) III, p. 11–17.

Müller Joel, Terroristische Gefährder in der Schweiz, Berne 2022.

Müller Jörg Paul/Schefer Markus, Grundrechte in der Schweiz, 4ème éd., Berne 2008 (cit. Grundrechte).

Noll Thomas, Optimierung der Untersuchungshaft im Kanton Zürich, Revue suisse de criminologie, 20 Jahre Amt für Justizvollzug – eine Festschrift 2019, p. 29–77.

Oberholzer Niklaus, Von der Repression zur Prävention – Oder von den strafrechtlichen Massnahmen zum fürsorgerischen Freiheitsentzug., in : Mona Martino/Riklin Franz (édit.), Documents du Groupe d'experts Réformes en matière pénale, Fürsorge oder Präventivhaft? – Zum Zusammenwirken von strafrechtlichen Massnahmen und Erwachsenenschutz, Vol.11, Berne 2018.

Pollähne Helmut, Wider den (Kriminal-)Schuldturm für Arme nebst neun Thesen gegen die Ersatzfreiheitsstrafe, in : Brunhöber Beatrice et al. (édit.), Strafrecht als Risiko, Festschrift für Cornelius Prittwitz zum 70. Geburtstag, Baden-Baden 2023.

Robert Christian-Nils, La défense continue, ZStr (4) 2007, p. 339–350.

Ronc Pacal, Die Menschenwürde als Prinzip der EMRK, Berlin 2020.

Schlegel Stephan, Anwalt der ersten Stunde: Entscheidend ist die Umsetzung, plädoyer 2011 I, p. 36 ss.

Schlegel Stephan, Nr. 19 EGMR, First Section, Pishchalnikov v. Russia, Urteil vom 24. September 2009 – Application no. 7025/04, forumpoenale (2) 2010, p. 86–92.

Schmid Evelyne/Lubishtani Kastriot/Boillet Véronique/Ajil Ahmed/Capus Nadja, Les activités terroristes : une définition terrorisante ?, dans : Camille Perrier Depeursinge/Nathalie Dongois/ Andrew Garbarski, Cimes et Châtiments, Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Moreillon, Lausanne 2022, p. 591–602.

Seiler Hansjörg, Das (Miss-)Verhältnis zwischen strafprozessualem Schweigerecht und verwaltungsrechtlicher Mitwirkungs- und Auskunftspflicht, recht 2005, p. 11–13.

Snacken Sonja/Devynck Caroline/Distelmans Willem/Gutwirth Serge/ Lemmens Christophe, Demandes d'euthanasie dans les prisons belges. Entre souffrance psychique, dignité humaine et peine de mort. Criminologie 48/1 (2015), p. 101–122.

Schürmann Thomas, Art. 31 BV, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (édit.), Basler Kommentar, Strafrecht, 5ème éd., Basel 2025, p. 760-792 (cit. BK-Schürmann).

Tag Brigitte, Strafrecht am Ende des Lebens – Sterbehilfe und Hilfe zum Suizid in der Schweiz. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 128/1 (2016), p. 73–88.

Thommen Marc, Weshalb die Haftanrechnung (Art. 51 StGB) abgeschafft werden sollte. ContraLegem 2 (2019), p. 47–60, https://www.zora.uzh.ch/id/eprint/182224/1/Contralegem_2%2C_2019_-_Thommen.pdf.

Urwyler Christoph, Die Praxis der bedingten Entlassung aus dem Strafvollzug, Berne 2020.

Urwyler Thierry, (Ir)relevanz von Aufenthaltsrecht und Landesverweis für die Zulassung zur gemeinnützigen Arbeit (Art. 79a StGB), recht 2 (2024), p. 102–111.

Van Zyl Smit Dirk/Snacken Sonja, Principles of European prison law and policy, Penology and human rights, Oxford 2011.

Vest Hans, Kommentierung zu Art. 31, in : Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (édit.), Bundesverfassung St. Galler Kommentar, 4ème éd., Saint-Gall 2023 (cit. SGK-Vest).

Volkart Reto, Einzelhaft: Eine Literaturübersicht, Revue Suisse de Psychologie Pure et Appliquée 42/1 (1983), p. 1–24, https://www.humanrights.ch/cms/upload/pdf/2020/200421_Einzelhaft_Dr_Volkart_Eine_Literaturu776bersicht.pdf, consulté le 15.8.2025.

Wenger Susanne, « Quand la justice ne s'encombre plus d'un procès », Horizons 124 (2020), p. 34–35, https://www.revue-horizons.ch/2020/03/05/quand-la-justice-ne-sencombre-plus-dun-proces/, consulté le 27.2.2023.

Wohlers Stephan/Schlegel Stephan, Nr. 13 EGMR, Grand Chamber, Case of Salduz v. Turkey, Urteil vom 27. November 2008 - Application no. 36391/02, forumpoenale 2 (2009), p. 71– 76.

Wyss Martin Philipp, Miranda Warnings im schweizerischen Verfassungsrecht? Inhalt und Tragweite von Art. 31 Abs. 2 BV, recht 2001, p. 132–147.

Zedner Lucia, Ends and Means: Why Effective Counter-Terrorism Requires Respect for Proportionality and Rights, in : Emmanouil Billis, Nandor Knust, Jon Petter Rui (édit.), Proportionality in Crime Control and Criminal Justice, Oxford 2021, p. 125–142.

Zermatten Aimée H./Freytag Thomas, Libération conditionnelle : au conditionnel selon le canton ?, in : Queloz Nicolas/Noll Thomas/von Mandach Laura/Delgrande Natalia, Surveiller et punir : nouvelles évolutions dans l'exécution des sanctions pénales, Berne 2018, p. 157–168.

Zimmerlin Sven, Miranda-Warning und andere Unterrichtungen nach Art. 31 Abs. 2, Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht 121 (2003), p. 311–335.

MATERIALIENVERZEICHNIS

Assemblée Générale des Nations Unies, Ensemble de règles minima des Nations Unies pour le traitement des détenus (Règles Nelson Mandela), A/RES/70/175, https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N15/443/42/PDF/N1544342.pdf?OpenElement.

Comité contre la torture (CAT) des Nations Unies, Observations finales concernant le septième rapport périodique de la Suisse, CAT/C/CHE/CO/8, 111.12.2023, par. 27, https://www.ohchr.org/fr/documents/concluding-observations/catccheco8-concluding-observations-eighth-periodic-report.

Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT), Rapport au Conseil fédéral suisse relatif à la visite effectuée en par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) du 20. au 24.10.2003, CPT/Inf (2004) 38, https://rm.coe.int/1680697fa9.

Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT), Rapport au Conseil fédéral suisse relatif à la visite effectuée en Suisse par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) du 24.9. au 5.10.2007, CPT/Inf (2008) 33, https://rm.coe.int/1680697fb3.

Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT), Rapport au Conseil fédéral suisse relatif à la visite effectuée en Suisse par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) du 10.10. au 20.10.2011, CPT/Inf (2012), 7, https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/staat/menschenrechte/folterpraevention/ber-cpt-besuch11.pdf.

Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT), Rapport au Conseil fédéral suisse relatif à la visite effectuée en Suisse par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) du 13.4. au 24.4.2015, CPT/Inf (2016) 18, 2016, https://rm.coe.int/1680697fb9.

Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT), Rapport au Conseil fédéral suisse relatif à la visite effectuée en Suisse par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) du 22.3. au 1.4.2021, CPT/Inf (2022) 9, 2022, https://rm.coe.int/1680a6d051.

Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT), Rapport au Conseil fédéral suisse

relatif à la visite effectuée en Suisse par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) du 19.3. au 28.3.2024, CPT/Inf (2025) 01, 2025, https://rm.coe.int/1680b35522.

Comité national de prévention de la torture (CNPT), Rapport d'activité de la CNPT 2014, https://backend.nkvf.admin.ch/fileservice/sdweb-docs-prod-nkvfadminch-files/files/2024/09/06/67b5925b-717e-4833-b113-f76b4a6f18d1.pdf.

Conseil des droits de l'homme de l'ONU, Les Principes directeurs sur l'extrême pauvreté et les droits de l'homme, adopté par consensus (rés. 21/11, sept. 2012), https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/OHCHR_ExtremePovertyandHumanRights_FR.pdf.

Conseil de l'Europe, Annual Penal Statistics – SPACE I 2023, Lausanne, https://wp.unil.ch/space/files/2025/04/space_i_2023_report.pdf.

Conseil de l'Europe, Principes européens relatifs à l'exécution des sanctions pénales, Recommandation Rec(2006)2, 2006, https://rm.coe.int/16806ab9b6.

Message concernant la Loi fédérale sur les mesures policières de lutte contre le terrorisme, FF 2019 4541, FF 2019 4541 - Message concernant la loi fédérale sur les mesures policières de lutte contre le terrorisme (admin.ch) (cit. Message MPT).

Message relatif à l'unification du droit de la procédure pénale, CPP, FF 2006 1057 ; https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2006/124/fr, (cit. Message CPP).

Message relatif à une nouvelle Constitution fédérale du 20.11.1996 (96.091), FF 1997 I 1, p. 1 ss., https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1997/1_1_1_1/fr (cit. Message Cst.).

Office fédéral de la statistique, Réformes du Code pénal suisse : l'impact sur les courtes peines privatives de liberté, Neuchâtel 2023, https://www.bfs.admin.ch/bfsstatic/dam/assets/28225348/master, consulté le 28.5.2025.

Organisation des Nations Unies (ONU), Comité des droits de l'homme, Observations finales concernant le quatrième rapport périodique de la Suisse, CCPR/C/CHE/CO/4, 30.8.2017, https://docs.un.org/fr/CCPR/C/CHE/CO/4.

Organisation des Nations Unies (ONU), Comité des droits des personnes handicapées, Observations finales concernant le rapport initial de l'Allemagne, 13.5.2015, CRPD/C/DEU/CO/1, https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2FC%2FDEU%2FCO%2F1&Lang=fr.

Organisation des Nations Unies (ONU), Comité des droits des personnes handicapées, Convention relative aux droits des personnes handicapées, 12.12.2006, https://www.ohchr.org/fr/instruments-mechanisms/instruments/convention-rights-persons-disabilities.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 32 BV

Eine Kommentierung von Lukas Staffler

ZITIERVORSCHLAG

Lukas Staffler, Kommentierung zu Art. 32 BV, in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (Hrsg.), Onlinekommentar zur Bundesverfassung

Kurzzitat: OK-Staffler, Art. 32 BV N. XXX.

Art. 32 Strafverfahren

[1] Jede Person gilt bis zur rechtskräftigen Verurteilung als unschuldig.

[2] Jede angeklagte Person hat Anspruch darauf, möglichst rasch und umfassend über die gegen sie erhobenen Beschuldigungen unterrichtet zu werden. Sie muss die Möglichkeit haben, die ihr zustehenden Verteidigungsrechte geltend zu machen.

[3] Jede verurteilte Person hat das Recht, das Urteil von einem höheren Gericht überprüfen zu lassen. Ausgenommen sind die Fälle, in denen das Bundesgericht als einzige Instanz urteilt.

GLIEDERUNG

I. Allgemeines ... 722
A. Entstehungsgeschichte ... 722
B. Verfassungstheoretische Bedeutung ... 723
1. Staatlicher Strafprozess und Grundrechtsschutz ... 723
2. Faires Strafverfahren ... 726
C. Rechtsquellen–Trias von BV, EMRK und StPO ... 728
D. Internationale Entwicklungen ... 730
II. Geltungsbereich ... 732
A. Persönlicher Geltungsbereich: «Jede Person» ... 732
B. Sachlicher Geltungsbereich: «Strafverfahren» ... 734
1. Strafverfahren i.e.S. ... 734
2. «Engel-Kriterien» ... 734
3. Strafverfahren i.w.S. ... 736
4. Strafrechtshilfe ... 736
III. Unschuldsvermutung (Abs. 1) ... 739
A. Sachlicher Schutzbereich ... 740
B. Zeitlicher Schutzbereich ... 740
C. Einzelne Schutzgehalte ... 741
1. Beweiswürdigung ... 741
2. Beweislastverteilung ... 744
3. Selbstbelastungs- und Mitwirkungsfreiheit ... 745
4. Öffentliche und private Vorverurteilung ... 747
IV. Informationsanspruch (Abs. 2 Satz 1) ... 751
A. Zeitpunkt der Unterrichtung ... 751
B. Inhaltliche Anforderungen an die Unterrichtung ... 753
C. Form und sprachliche Verständlichkeit ... 754
V. Effektive Verteidigung (Abs. 2 Satz 2) ... 756
A. Orientierung über Verteidigungsrechte ... 757
B. Rechtsbeistand ... 758
1. Selbstverteidigung ... 759
2. Notwendige Verteidigung ... 760
3. Wahlverteidigung ... 761
4. Amtsverteidigung ... 761
5. Rechtsbeistand erster Stunde ... 765
6. Verteidigungskommunikation ... 766
7. Schlechtverteidigung ... 767
C. Gesamtfairness ... 769
VI. Gerichtliche Überprüfung (Abs. 3) ... 771
A. Rechtsmittelgarantie ... 773
B. Rechtsweggarantie ... 774

Empfohlene weiterführende Lektüre 775
Literaturverzeichnis 775
Materialienverzeichnis 790

I. ALLGEMEINES

A. Entstehungsgeschichte

1 Die BV 1874 kannte keine Bestimmung zu den verschiedenen Garantien im Strafverfahren wie der heutige Art. 32 BV. Gleichwohl wurden solche von der Rechtsprechung mit Zustimmung des Schrifttums weitgehend aus **Art. 4 BV 1874**[3252] hergeleitet.[3253] Dies trifft insb. für Verteidigungsrechte, Unschuldsvermutung und Doppelinstanzlichkeit in strafrechtlichen Gerichtsverfahren zu.[3254]

2 Mit der **Totalrevision der Bundesverfassung im Jahr 1999** wurde die verfassungsrechtliche Praxis mit den internationalen Mindestgarantien zum fairen Verfahren, insb. jene von EMRK[3255] und UNO-Pakt II[3256],[3257] in eine neue Verfassungsnorm gegossen,[3258] welche die allgemeinen Verfahrensgarantien nach Art. 29 BV für den Bereich des Strafverfahrens konkretisierte. Dazu wurde Art. 32 BV in drei Absätze mit unterschiedlichen Zielsetzungen gegliedert, die rechtsunterworfenen Personen ein faires

---

3252 Art. 4 Abs. 1 BV 1874 lautet: «Alle Schweizer sind vor dem Gesetze gleich. Es gibt in der Schweiz keine Untertanenverhältnisse, keine Vorrechte des Orts, der Geburt, der Familien oder Personen.» Art. 4 Abs. 2 BV 1874 lautet: «Mann und Frau sind gleichberechtigt. Das Gesetz sorgt für ihre Gleichstellung, vor allem in Familie, Ausbildung und Arbeit. Mann und Frau haben Anspruch auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit.»

3253 Aubert/Cagianut/Höhn/Schweizer/Vallender-Müller, Art 4 BV 1874 N. 131 zu; vgl. CR-Macaluso/Garbarski, Art. 32 BV N. 5; Thurnherr, N. 4, 18, 39; SGK-Vest, Art. 32 BV N. 1.

3254 Hottelier, N. 45 ff.

3255 Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte vom 4. November 1950, kurz EMRK; die EMRK trat für die Schweiz im Jahr 1974 in Kraft (ETS Nr. 5, SR 0.101); ausf. zum EMRK-Beitritt s. Kley/Sigrist, S. 17, 36 ff.

3256 Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966, kurz UNO-Pakt II; der UNO-Pakt II trat für die Schweiz im Jahr 1992 in Kraft (SR 0.103.2); überblicksweise bei Gless, N. 115 ff.

3257 BSK-Göksu, Art 32 BV N. 1; zu den Auswirkungen der EMRK auf die BV 1999 s. Kiener, Der Einfluss, S. 53 ff.; zu den Auswirkungen auf das Strafprozessrecht s. Donatsch/Arnold, S. 91 ff.; Thommen, Kurzer Prozess, S. 239; zuletzt Summers, Influence, S. 275, 278 f. mit Blick auf die EMRK; allgemein zur Rechtsgestaltung durch den EGMR s. Baade, S. 342 ff.; kritisch aus verfassungstheoretischer Sicht, nämlich insb. zur Rechtsfortbildung durch den EGMR: Schubarth, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. XV, 79 f., 81 ff. und *passim*; *Seiler*, Einfluss, S. 265, 364 (EGMR als «Jugislateur»); zu dieser Kritik s. Moeckli, Gerichte, S. 74 ff. sowie Staffler, Hoffnung, S. 428, 449 f.

3258 CR-Macaluso/Garbarski, Art. 32 BV N. 6.

Strafverfahren garantieren sollen.[3259] Gleichwohl wurden wesentliche Strafverfahrensgarantien wie das Doppelverfolgungs- und -bestrafungsverbot[3260] bzw. das Recht auf Entschädigung bei Justizirrtümern oder unrechtmässigen Inhaftierungen[3261] nicht in Art. 32 BV aufgenommen.[3262]

Gegenwärtig ist Art. 32 BV als verfassungsrechtliches **Bindeglied unterschiedlicher Normebenen** anzusehen, das Fairness-Aspekte für das Strafverfahren konkretisiert: 3

- Gemeinsam mit Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Art. 190 BV stellt Art. 32 BV das Bindeglied zur internationalen Ebene, insb. zu Art. 6 EMRK und seiner Auslegung durch den EGMR, dar.
- Auf bundesverfassungsrechtlicher Ebene artikuliert Art. 32 BV gegenüber anderen Verfahrensgarantien (Art. 29 ff. BV) eine Spezialregelung für das Strafverfahren.
- Schliesslich stellt Art. 32 BV für die gesetzliche Ebene die verfassungsrechtliche Prämisse für gesetzlich verankerten Rechte von beschuldigten Personen dar.[3263]

B. Verfassungstheoretische Bedeutung

1. Staatlicher Strafprozess und Grundrechtsschutz

Bei Art. 32 BV handelt es sich um eine **rechtsstaatliche Fundamentalnorm**.[3264] Ein demokratischer Verfassungsstaat kann seine Strafgewalt sehr weitreichend ausüben, muss aber um ein Rechtsstaat zu bleiben rechtliche Basiselemente wie Bürger- und Menschenrechte, Gesetzmässigkeit exekutiver Gewalt, Kontrolle durch unabhängige Judikative und vorhersehbares sowie berechenbares Handeln des Staates effektiv gewährleisten.[3265] 4

3259 CR-Macaluso/Garbarski, Art. 32 BV N. 70.
3260 Art. 14 Abs. 7 UNO-Pakt II; Art. 4 Protokoll Nr. 7 zur Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (SR 0.101.07; nachfolgend: EMRK ZP 7).
3261 Art. 9 Abs. 5 UNO-Pakt II, Art. 5 Abs. 5 EMRK.
3262 CR-Macaluso/Garbarski, Art. 32 BV N. 5.
3263 CR-Hottelier, Art. 3 StPO N. 4.
3264 CR-Macaluso/Garbarski, Art. 32 BV N. 2; zum vielfältigen Begriffsverständnis von Rechtsstaat s. Kiener, Erosionen, S. 515 ff.

5 Strafrechtliche Hoheitsgewalt ist rechtsstaatlich einzuhegen, denn unter allen Rechtsgebieten, die dem Rechtsstaat zur Verfügung stehen, ist das Strafrecht das **aus der Perspektive der Grundrechte invasivste staatliche Instrument**: Es legitimiert staatliche Eingriffe in die persönliche Freiheit und psychische Integrität, in das Privat- und Familienleben, in die persönliche Ehre sowie in das Eigentum und hat deshalb massive,[3266] staatlich veranlasste Auswirkungen auf Kernaspekte der Lebensgestaltung.[3267] Deswegen verlangt staatliches Strafrecht nach Legitimations- und Schutzmechanismen,[3268] die insb. im Strafverfahrensrecht auszugestalten sind.[3269]

6 Folglich kommt den Grundrechten im Strafverfahren besondere Bedeutung zu.[3270] Dabei geht es nicht primär um klassische Abwehrrechte gegenüber

3265 Art. 5 BV; s. Moeckli, Verständnis, S. 593, 599 ff., 605, 606 f.; Zünd, Rechtsstaat, 497, 499 m.w.N.; instruktiv Schorkopf, S. 19, 22 ff. (zur EMRK insbesondere 25 ff.); Trentmann, S. 979 ff.; ausführlich Kotzur, S. 9 ff.

3266 Botschaft Vereinheitlichung StPO (2006), S. 1104; CR-Hottelier, Art. 3 StPO N. 14; Schünemann, Strafrechtswissenschaft, S. 259, 269: «Denn das staatliche Reaktionsmittel der Strafe ist im Kern unverhältnismäßig».

3267 Vgl. Viganò, S. 2645, 2685.

3268 Summers, Influence, S. 275, 319 ff.; s. Gärditz, S. 15, 41; Roxin/Schünemann, S. 9 sprechen insofern vom Strafverfahrensrecht als «Seismographen der Staatsverfassungen»; zum Spezifikum der Legitimitätsfrage im Strafrecht s. Robles Planas, S. 357, 363 ff.; insgesamt darf nicht übersehen werden, dass auch das Strafverfahren an sich für die beschuldigte (und gerade im Ermittlungsverfahren als unschuldig geltende) Person massive, die bürgerliche Existenz bedrohende und legitimationsbedürftige Grundrechtseingriffe bereithält.

staatlicher Herrschaftsmacht («*duty to respect*»), sondern vorrangig um **positive staatliche Schutzpflichten** zur freien Ausübung der Grundrechte («*duty to protect*») und zur strukturell-systemischen Sicherstellung ihrer Gewährleistung («*duty to fulfil*»).[3271] Für die strafprozessualen Verfahrensgrundrechte bedeutet dies, dass staatliche Herrschaft neben dem Unterlassen von Beeinträchtigungen der Grundrechtsausübung im Strafverfahren auch positive Massnahmen umsetzen muss, damit betroffene Personen effektiv ihre Verfahrensgrundrechte ausüben und dabei hinreichend vor unzulässigen staatlichen Einschränkungen geschützt werden können.[3272]

Im Kern schützt Art. 32 BV deshalb die Parteistellung der beschuldigten Person im Strafverfahren. Das bedeutet, dass die beschuldigte Person nicht bloss Prozessobjekt[3273] ist, sondern als «**Prozesssubjekt**»[3274] konkrete Teilhabemöglichkeiten haben soll.[3275] Auf Gesetzesebene ergibt sich dieser 7

3269 In Europa hat sich diesbezüglich das strafprozessuale Idealmodel der sog. «accusatorischen Trinität» (zum Begriff s. Summers, Fair Trial, S. 24 ff.) durchgesetzt, indem zwei Verfahrensparteien (Staatsanwaltschaft bzw. Verteidigung) vor unparteiischen und unvoreingenommenen richtenden Personen durch effektive Teilhabe am Verfahren und seinem Ergebnis mitwirken. Dies erfordert neben dem strukturellen Rahmen einer Hauptverhandlung entsprechende Mitwirkungs- (und insofern Verteidigungs-)rechte des vom Strafverfahren betroffenen Individuums, wie sie Art. 32 BV vorzeichnet, ähnlich CR-Macaluso/Garbarski, Art. 32 BV N. 7. Der Bedarf an solchen Verteidigungsrechten wird allerdings in der Praxis noch dringlicher, weil dem strafprozessualen Idealtyp die praktische Bedeutung des modernen Strafprozesses insb. in Gestalt des Strafbefehlsverfahren nach Art. 352 StPO gegenübersteht, der aufgrund seiner prozessökonomischer Effizienz wesentliche Verfahrenselemente (wie die Hauptverhandlung) und Verfahrensgarantien (wie etwa die mangelnde Übersetzungspflicht von Teilbereichen des Strafbefehls, s. Geth, S. 383, 399) des trinitären Idealmodells verkürzt. Konsequenz dieser Verkürzung ist ein erheblicher Machtzuwachs des Staates (mit Konzentration von Verfolgungs- und Verurteilungskompetenz in der Staatsanwaltschaft). Dieser lässt sich nur dann legitimieren, wenn zum Ausgleich entsprechende Garantien und Rechte der vom modernen Strafprozess betroffenen Person zur Verfügung stehen und effektiv wahrgenommen werden können. Näher dazu Eicker, S. 13 ff.; Geth, S. 383, 400 f.; Thommen, Gerechtigkeit, S. 264, 273 ff.; Mattmann u.a., S. 253 ff.

3271 OK-Heri, Art. 10 BV N. 27 ff.; Staffler, Opferschutz, S. 53 ff., 57 ff.; Tschentscher, N. 5 ff.; Uffer, S. 122 ff.; Zünd, Begründungselemente, 3, 14 f.

3272 Ähnlich Boll, S. 237 ff. (in Bezug auf den Verteidigungsbeizug im Strafverfahren) sowie allgemeiner CR-Macaluso/Garbarski, Art. 32 BV N. 29, soweit sie den Gesetzgeber als Normadressaten von Art. 32 BV identifizieren; zum Ganzen s. J.P. Müller, Verwirklichung, S. 63 ff., 67 ff.

3273 Treffend zusammengefasst bei SK-Lieber, Art. 111 StPO N. 2.

3274 Statt vieler s. etwa Bommer, S. 196 f., Chen, Rüge, S. 163 f.; Meyer, Plea Bargaining, S. 427, 435; Schlegel, S. 34.

Leitgedanke aus Art. 3 Abs. 1, 2 lit. c StPO unter Wiederholung verfassungsrechtlicher Maximen (Art. 7 und 29 Abs. 1 BV).[3276] Der demokratische Rechtsstaat muss elementare Verfahrensgrundrechte effektiv gewährleisten, um eine hinreichend legitime Grundlage für durch Strafverfahren staatlich veranlasste Eingriffe in elementare Grundrechte aufzubieten.[3277]

8 Die Verfahrensgrundrechte in Art. 32 BV werden über die **Parteistellung** der am Verfahren beteiligten Personen[3278] und über die **Menschenwürde** (Art. 7 BV)[3279] begründet. Dies hängt mit dem Geltungsbereich von Verfahrensgrundrechten gegenüber natürlichen und juristischen Personen zusammen: Da juristische Personen Parteistellung im Strafverfahren (Art. 112 StPO), aber keine Menschenwürde haben,[3280] erstreckt sich der Geltungsbereich des Art. 32 BV für diese nicht im selben Umfang wie für natürliche Personen.[3281]

2. Faires Strafverfahren

9 Damit hoheitliche Eingriffe in elementare Grundrechte verfassungstheoretisch akzeptabel sind, braucht es faire Strafverfahren («*fair trial*», «*procès équitable*»).[3282] Strafrecht und Strafverfahrensrecht können für betroffene Personen gravierende Konsequenzen bereithalten. Strafprozessuale Fairness soll das inhärent grundrechtsgefährdende (und missbrauchsanfällige)[3283] Potential dieses *ius terrible* zugunsten der

3275 Donatsch/Schwarzenegger/Wohlers, S. 26; s.a. EGMR (GC), *T v. The United Kingdom*, 24724/94 (1999), § 83; instruktiv Gaede, Fairness, S. 369 ff.

3276 Pieth, Strafprozessrecht, S. 53 ff.; BSK-Thommen, Art. 3 StPO N. 14; SK-Wohlers, Art. 3 StPO N. 3.

3277 Karpenstein/Mayer-Meyer, Art. 6 EMRK N. 1.

3278 Summers, Fair trials, S. 61 ff. m.w.N.; instruktiv Dannecker, Konturierung, S. 370 ff. und Packer, S. 1 ff., der dem «due-process»-Model das sog. «crime-control»-Model gegenüberstellt; vgl. ferner Albrecht, S. 116.

3279 BSK-Belser/Molinari, Art. 7 BV N. 54; BSK-Waldmann, Art. 29 BV N. 8; vgl. hierzu CR-Hottelier, Art. 3 StPO N. 12, wonach der Zusammenhang zwischen «fair trial» und «Menschenwürde» kaum logisch sei.

3280 BSK-Belser/Molinari, Art. 7 BV N. 46.

3281 Exemplarisch BGE 142 IV 207 E. 8.3.3.

3282 Zur unterschiedlichen Bedeutung von «Fairness» und «fair trial» s. Roos/Fingerhuth, S. 458 f.; eingehend zum Begriff der Fairness in Art. 6 EMRK bei Summers, Influence, S. 275, 282 ff.

3283 Pieth, Strafprozessrecht, S. 3: «inhärente Missbrauchsgefahr»; CR-Macaluso/Garbarski, Art. 32 BV N. 2; instruktiv Wohlers, Fair Trial, S. 207 ff.

Betroffenen einhegen. Gleichwohl berücksichtigt Fairness auch legitime strafrechtliche Verfolgungsinteressen. Insofern ist das Fairness-Postulat das **verfassungstheoretische Leitmotiv des rechtsstaatlichen Strafprozesses**.[3284] Zwar fehlt in der BV ein expliziter Bezug zum fairen Strafverfahren, doch ergibt sich dieser für die Schweiz aus Art. 3 ff. StPO[3285] und internationalen Verpflichtungen (insb. Art. 6 EMRK, Art. 14 UNO-Pakt II).

Im Einzelnen erfordert Fairness im rechtsstaatlichen Strafverfahren neben 10
der Einrichtung und Durchführung von Verfahren vor unabhängigen Gerichten[3286] insb. auch die Gewährleistung der **effektiven Teilhabe der beschuldigten Person an der Erarbeitung der Entscheidungsgrundlage des Strafurteils**, die über den Strafprozess vermittelt wird.[3287] So konkretisiert der strafprozessuale Teilhabe-Grundsatz des Art. 32 BV das Prinzip des rechtlichen Gehörs (Art. 29 Abs. 2 BV)[3288] und die damit zusammenhängenden Informations-, Vorbereitungs-, Vertretungs- und Mitwirkungsrechte, die letztlich Waffengleichheit zwischen Strafverfolgungsbehörden und beschuldigten Personen herstellen sollen.[3289]

Strafverfahren sind als «fair» zu betrachten, wenn die 11
strafverfahrensrechtlichen Rahmenbedingungen Entscheidungen nicht von vornherein festlegen (**Ergebnisoffenheit des Strafverfahrens**) und beschuldigte Personen mittels Verfahrensrechte ihre Perspektive und Interessen erschöpfend darlegen: Sie sollen davon ausgehen können, dass diese für die Urteilsfindung hinreichend (und ernsthaft) berücksichtigt werden.[3290]

3284 Gaede, Fairness, *passim*; Gless, N. 38; Staffler, Sprachunterstützung, S. 21 f.; Summers, Influence, S. 275, 281 ff.; Trechsel, Human Rights, S. 84 ff.; Wohlers, Fair Trial, S. 207 ff.

3285 Wie CR-Macaluso/Garbarski, Art. 32 BV N. 7 treffend hervorheben, zeichnen Art. 3-11 StPO die Vorstellungen der Bundesverfassung zu einem fairen Strafverfahren vor.

3286 Art. 30 Abs. 1 BV, Art. 6 Abs. 1 EMRK, Art. 4 StPO; aus der Rechtsprechung: BGE 126 I 228 E. 2a/bb; EGMR (Grosse Kammer), *Grzeda* gegen Poland, Nr. 43572/18, 25.3.2022, N. 298 ff.; instruktiv Kiener, Unabhängigkeit, S. 225 ff., 320.

3287 Pieth, Strafprozessrecht, S. 57.

3288 Botschaft Vereinheitlichung StPO (2006), S. 1164 f.; BGE 127 I 54 E. 2b; BGE 124 I 241 E. 2; BSK-Thommen, Art. 3 StPO N. 97 ff.; BSK-Vest/Horber, Art. 107 StPO N. 3, 7; Kiener, Unabhängigkeit, S. 331 f.

3289 Instruktiv Garland, S. 35 ff.

3290 Instruktiv MüKo-Gaede, Art. 6 EMRK N. 2, 98; für die Schweiz aus strafprozessualer Perspektive bei Pieth, Strafprozessrecht, S. 54 und aus verfassungstheoretischer Perspektive bei Thurnherr, N. 24 ff.

C. Rechtsquellen–Trias von BV, EMRK und StPO

12 Lange Zeit offenbarte sich die verfassungstheoretische Bedeutung von Art. 32 BV in der BGer-Rechtsprechung, da viele strafverfahrensrechtliche Auslegungsfragen als Verfassungsfragen erörtert wurden. Die Vereinheitlichung der StPO[3291] auf bundesrechtlicher Ebene per 1.1.2011 hat zwar den Rechtsprechungsrekurs auf Art. 32 BV quantitativ gemindert, doch als **strafverfahrensrechtliche Mindestgarantie auf Verfassungsebene**[3292] ist die Norm im Lichte eines judikativ-progressiven Grundrechtsverständnisses[3293] ungeschmälert bedeutsam.[3294] Insgesamt präzisiert Art. 32 BV mit verfassungsrechtlichen Minimalbestimmungen[3295] die allgemeinen Verfahrensgrundrechte im Strafverfahren[3296] und ist im Verbund mit Art. 29, 29a und 30 BV zu lesen.

13 Zugleich ist Art. 32 BV in Konkordanz mit den **Verfahrensgarantien der EMRK** (insb. Art. 6 EMRK) und der EGMR-Rechtsprechung auszulegen. Dies resultiert aus dem verfassungsrechtlichen Stellenwert[3297] der EMRK, sowie ihrer Auslegung[3298], aber auch aus den Verpflichtungen in Art. 190 BV i.V.m. Art. 5 Abs. 4 BV.[3299] In der Praxis stellen die Verfahrensgrundrechte in Art. 6 Abs. 2 und 3 EMRK einen bedeutsamen Entwicklungsmotor für den Ausbau rechtsstaatlicher Garantien gegenüber den Strafverfolgungsbehörden dar.[3300]

14 Das gilt primär für EGMR-Urteile gegenüber der Schweiz, die wie jeder andere Konventionsstaat nach Art. 46 EMRK zur Beachtung von Urteilen des

---

3291 Vgl. dazu im Überblick Pieth, Strafprozessrecht, S. 32 ff. m.w.N.

3292 Instruktiv Kiener, Unabhängigkeit, S. 31 f.

3293 CR-Hottelier, Art. 3 StPO N. 5; zum Zusammenhang zwischen Art. 32 und 36 BV s. CR-Macaluso/Garbarski, Art. 32 BV N. 73.

3294 Treffend Kiener/Kälin/Wyttenbach, § 45 N. 2; zustimmend Biaggini, Art. 32 BV N. 3 und SGK-Vest, Art. 32 BV N. 1; vgl. auch Thurnherr, N. 6, 34, 35 ff.

3295 Von verfassungsrechtlichen «Minimalgarantien» sprechen etwa Biaggini, Art. 29 BV N. 6; SGK-Vest, Art. 32 BV N. 2; BSK-Waldmann, Art. 29 BV N. 3, 6; kritisch hingegen SGK-Steinmann, Art. 29 BV N. 7.

3296 Ebenso BSK-Göksu, Art. 32 BV N. 1; ähnlich auch CR-Macaluso/Garbarski, Art. 32 BV N. 3 f.; vgl. insb. SGK-Kley, Art. 29a BV N. 5, wonach der staatliche Justizgewährleistungsanspruch von der Rechtsweggarantie zu unterscheiden sei.

3297 BGE 122 II 485 E. 3a; BGE 125 II 417 E. 4d; Fassbender, N. 16, 27 ff.; Kiener, Unabhängigkeit, S. 42 f., 43 f.; Thurnherr, N. 8 ff.; Villiger, Handbuch, N. 11, 17.

3298 Donatsch/Schwarzenegger/Wohlers, S. 17; Trechsel, EMRK, S. 667 ff.

3299 Vgl. BSK-Epiney, Art. 190 BV N. 40 f.; BSK-Epiney, Art. 5 BV N. 93 ff.

Strassburger Gerichtshofs verpflichtet ist («*inter-partes*»-**Wirkung**).[3301] Darüber hinaus beinhalten EGMR-Urteile zu anderen Konventionsstaaten gemäss Art. 1 und Art. 19 EMRK für die Schweiz eine Orientierungswirkung für vergleichbare Probleme («*erga-omnes*»-**Wirkung**)[3302]: Da die Konventionsstaaten die EMRK als Mindeststandard eines pan-europäischen Menschenrechtskatalogs[3303] akzeptiert haben, umfasst ihre Verpflichtung proaktives Mitwirken an der Erfüllung dieses Mindeststandards zur Vermeidung künftiger Verurteilungen.[3304]

15 Die Garantien von Art. 32 BV werden auf **gesetzlicher Ebene** in der StPO näher ausdifferenziert.[3305] Während die Minimalbestimmungen von BV und EMRK die einfachgesetzlichen Regelungen der StPO konkretisieren,[3306] werden die StPO-Garantien über die verfassungskonforme[3307] (bzw. EMRK-konforme[3308]) Auslegung ausgebaut, sollte ihr Normgehalt weniger Schutz bieten.[3309] So ist die Orientierung der beschuldigten Person zu ihrem Recht auf eine Verteidigung (Art. 158 Abs. 1 lit. c. Alt. 1 StPO) verfassungskonform dahingehend auszulegen, dass ihr das Recht auf Wahlverteidigung praktisch und effektiv zu ermöglichen ist.[3310]

3300 Zur «quasi-verfassungsgerichtlichen» Bedeutung des EGMR und seiner Rechtsprechung s. Keller/Kühne, S. 245, 248, 270, 294, 299 m.w.N.

3301 Grabenwarter, S. 857, 859.

3302 Grabenwarter/Pabel, § 16 N. 8; Keller/Kühne, S. 245, 284 («Quasi erga-omnes Effekt»), 295 ff.

3303 Villiger, Handbuch, N. 259, 274; vgl. auch Gless, N. 38 f.

3304 Grabenwarter, S. 857, 861: «indirekte» Wirkung bzw. «Präjudizwirkung» von EGMR-Urteilen; s.a. Villiger, Handbuch, N. 232 sowie spezifisch im strafprozessualen Kontext Meyer, Tatprovokation, S. 176, 177.

3305 Ein konkretes Beispiel stellt der strafprozessuale Grundsatz «nemo tenetur se ipsum accusare» dar, der u.a. in Art. 113 StPO die Vorgaben aus BV und EMRK konkretisiert; überblicksweise bei Staffler/Jany, Grundsatz, 169 ff. m.w.N.

3306 Vgl. BGE 138 I 425 E. 4.2.1 zur Konkretisierung der Ausstandsgründe in Art. 56 StPO über die Vorgaben in Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Abs. 1 EMRK.

3307 BGE 138 IV 232 E.3.; BGE 140 IV 162 E. 4.6.; CR-Macaluso/Garbarski, Art. 32 BV N. 7 f.

3308 Appellationsgericht Basel-Stadt, SB.2021, 66 v. 20.9.2021, E. 1.3.2.; vgl. Botschaft BV 1999 (1996), S. 181.

3309 Instruktiv SK-Wohlers, Art. 4 StPO N. 6 sowie allgemein Heimgartner, Rechtsfindungsmethodik, S. 3 ff.

3310 BGE 131 I 350 E. 4.1; SK-Godenzi, Art. 158 StPO N. 26; BSK-Ruckstuhl, Art. 158 StPO N. 29; Schlegel, S. 37 f.

D. Internationale Entwicklungen

16 Strafprozessuale Verfahrensgarantien finden sich in verschiedenen internationalen Abkommen, etwa in Art. 6 Abs. 2 und 3 EMRK bzw. Art. 2 **EMRK ZP VII** und in Art. 14 **UNO-Pakt II**. Der unmittelbare Vergleich dieser Normen mit Art. 32 BV offenbart, dass der Wortlaut der Erstgenannten detailreicher ausgestaltet ist. Während beispielsweise Art. 32 Abs. 2 Satz 2 BV allgemein von der Möglichkeit der beschuldigten Person spricht, die «ihr zustehenden Verteidigungsrechte» geltend zu machen, zeichnen Art. 6 Abs. 3 lit. b-e EMRK und Art. 14 Abs. 3 lit. b, d-g UNO-Pakt II detaillierte Verteidigungsgarantien für das Strafverfahren vor. Diese Diskrepanz im Detailgrad, die in der Literatur bisweilen als «Unvollständigkeit»[3311] kritisiert wird, ist nicht grundsätzlich zu beanstanden. Denn die völkerrechtlichen Normen zeichnen völkervertraglich zugesicherte Mindestgarantien vor, welche die Vertragsstaaten in ihren Rechtsordnungen auf Verfassungs- und insb. auf Gesetzesebene implementieren.

17 Jenseits von EMRK und UNO-Pakt II finden sich strafverfahrensrechtliche Grundrechte in **internationalen Menschenrechtsverträgen und -erklärungen**, namentlich in Art. 10-11 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte vom 10.12.1948, Art. 8 der Amerikanischen Menschenrechtskonvention der Organisation Amerikanischer Staaten vom 22.11.1969, Art. 7 der Afrikanischen Charta der Menschenrechte und Rechte der Völker (Banjul-Charta) vom 27.6.1981, Art. 12-13 der Arabischen Charta der Menschenrechte vom 22.5.2004 sowie Art. 20 der Menschenrechtserklärung vom 18.11.2012 der südostasiatischen Staatengruppe ASEAN.[3312]

18 Darüber hinaus enthalten die **Statute internationaler Strafgerichtshöfe** strafrechtliche Verfahrensgrundrechte,[3313] wie in den Statuten der ad-hoc-Straftribunale, nämlich dem Internationalen Strafgerichtshof für das ehemalige Jugoslawien (Art. 10, 18 Abs. 3, 20, 21 ICTY-Statut) und jenem für Ruanda (Art. 9, 17 Abs. 3, 19, 20 ICTR-Statut) sowie im Statut des Residualmechanismus für die beiden Strafgerichtshöfe (Art. 7, 16 Abs. 3, 18, 19 MICT-Statut), der deren Tätigkeiten zum Abschluss bringt.[3314] Höhere

3311. Vgl. Biaggini, Art. 32 BV N. 2.

3312. Weiterführend Meyer, Kommentar, Einleitung N. 89 ff.

3313. Ausführlich McDermott, S. 41 ff.; zur Bedeutung von Verfahrensrechten in den Statuten internationaler Strafverfolgungsinstitutionen für die Kooperation mit Schweizerischen Behörden s. OK-Mieli, Art. 1 IRSG N. 45.

Standards zu den Verfahrensrechten findet man im Römer Statut des Internationalen Strafgerichtshofs, denn Art. 67 Römer Statut als Zentralnorm für Verteidigungsrechte ist gemäss Art. 21 Abs. 3 Römer Statut konsistent mit den international anerkannten Menschenrechtsstandards auszulegen. Weitere Verteidigungsrechte finden sich in Art. 20 («*ne bis in idem*»), 55, 60, 63, 66 f. Römer Statut.

Für die **EU-Mitgliedstaaten** sind Grundrechte im Strafverfahren 19
ausdrücklich auf EU-Primärrecht[3315] in Art. 47-50 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRC) verankert, die mit dem Vertrag von Lissabon am 1.12.2009 in Kraft getreten ist. Diese EU-Verfahrensgarantien treten damit zu den Mindestgarantien der EMRK hinzu,[3316] gehen jedoch über einen reinen Mindeststandard hinaus.[3317]

Zur Umsetzung der GRC-Vorgaben und i.S.d. Vereinheitlichung bereits 20
vorhandener Strafverfahrensrechte (primär aus der EMRK) wurde ein **Fahrplan** («*roadmap*») **zur Stärkung der Verfahrensrechte von Verdächtigen oder Beschuldigten** in Strafverfahren[3318] lanciert, um den Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung gerichtlicher Entscheidungen und Urteile in Strafsachen sowie die polizeiliche und strafjustizielle Zusammenarbeit bei grenzüberschreitenden Sachverhalten zu stärken.[3319] Zu dessen Umsetzung wurden mehrere Richtlinien mit Mindestvorschriften für die Strafprozessordnungen der Mitgliedstaaten vorgesehen.[3320] Letztlich gilt ein neuer Mindeststandard an Verfahrensgrundrechten in den EU-Mitgliedstaaten, welcher Lücken der EMRK-Mindestgarantien ausfüllt oder letztere sogar ausbaut.[3321] Inzwischen wird über einen erweiterten Fahrplan zum Ausbau weiterer Grundrechte im Strafverfahren diskutiert.[3322]

3314 Verfahrensrechte der beschuldigten Person fanden sich bereits ausdrücklich in den Statuten der Militärgerichtshöfe von Nürnberg und Tokio, insb. in Art. 16 des Londoner Statut des Internationalen Militärtribunals sowie Art. 9 des Statuts des Internationalen Militärtribunals für den Fernen Osten.

3315 Art. 6 Abs. 1 EUV.

3316 Art. 6 Abs. 2 EUV, Art. 53 GRC.

3317 Staffler, Controlimiti, S. 167, 187 m.w.N.

3318 Entschließung des Rates vom 30. November 2009 über einen Fahrplan zur Stärkung der Verfahrensrechte von Verdächtigen oder Beschuldigten in Strafverfahren, Amtsblatt der EU C 295 v. 04.12.2009, 1.

3319 Instruktiv EnzEuR-Hauck, § 11 N. 61 ff. m.w.N.; historischer Überblick bei EnzEuR-Böse, § 1 N. 10, 18; mit spezifischem Fokus auf Verfahrensrechte bei EnzEuR-Gaede, § 8 N. 50 ff.

21 Im Übrigen sind **supranationale EU-Verfolgungsinstitutionen** wie EU-Agenturen und -Behörden aufgrund von Art. 51 Abs. 1 GRC und wegen ihrer Rechtsgrundlage an entsprechende Grund- und Verfahrensrechte gebunden. Dies gilt auch für die Europäische Staatsanwaltschaft (EUStA), die am 1. Juni 2021 ihre Arbeit aufgenommen hat.[3323] Verfahrensgarantien für Beschuldigte und die Garantie gerichtlicher Kontrolle sind namentlich in Art. 41 und 42 der EUStA-Rechtsgrundlage[3324] aufgezählt.

II. GELTUNGSBEREICH

A. Persönlicher Geltungsbereich: «Jede Person»

22 Art. 32 BV umfasst grundsätzlich alle Personen, die einer strafbaren Handlung tatsächlich bzw. aus objektiver Sicht verdächtigt erscheinen.[3325] Ergänzend zu dieser materiellen Betrachtung liegt die Beschuldigteneigenschaft formell spätestens dann vor, wenn eine amtliche Mitteilung über die vorgeworfenen Straftaten ergeht.[3326] Träger der Verfahrensgrundrechte sind deshalb alle **natürlichen Personen**, die mittels Strafanzeige oder Strafantrag bzw. im Rahmen einer behördlichen Verfahrenshandlung einer Straftat verdächtigt, beschuldigt oder angeklagt werden (Art. 111 Abs. 1 StPO).[3327]

3320 RL 2010/64/EU über das Recht auf Dolmetschleistungen und Übersetzungen im Strafverfahren; RL 2012/13/EU zum Recht des Beschuldigten auf Belehrung über seine Rechte und seine Unterrichtung über die Beschuldigung; RL 2013/48/EU über das Recht auf Zugang zum Rechtsbeistand im Strafverfahren und in Verfahren zur Vollstreckung des Europäischen Haftbefehls; RL 2016/343/EU über die Stärkung bestimmter Aspekte der Unschuldsvermutung und des Rechts auf Anwesenheit in der Verhandlung in Strafsachen; RL 2016/800/EU zu Verfahrensgarantien in Strafverfahren für Kinder, die verdächtige oder beschuldigte Personen in Strafverfahren sind; RL 2016/1919/EU zu Prozesskostenhilfe für Verdächtige oder beschuldigte Personen sowie für gesuchte Personen in Verfahren zur Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls.

3321 Cras/De Matteis, S. 153, 157 ff.

3322 S. insb. Asselineau, S. 184 ff.

3323 OK-Mieli, Art. 1 IRSG N. 48 f.

3324 VO 2017/1939/EU.

3325 BSK-Engler, Art. 111 StPO N. 2a; Kiener/Kälin/Wyttenbach, § 45 N. 4; SK-Lieber, Art. 111 StPO N. 4: «materielle Beschuldigteneigenschaft».

3326 CR-Macaluso, Art. 111 StPO N. 10; SK-Lieber, Art. 111 StPO N. 5.

3327 Botschaft Vereinheitlichung StPO (2006), S. 1128; Donatsch/Schwarzenegger/Wohlers, S. 93; CR-Macaluso/Garbarski, Art. 32 BV N. 25; Pieth, Strafprozessrecht, S. 86 f.; instruktiv Summers/Brun/Studer, S. 464, 467 ff.

Strittig ist, in welchem Umfang die Verfahrensgrundrechte nach Art. 32 BV auch beschuldigten **juristischen Personen** zukommen.[3328] Laut Schrifttum kommen Unternehmen nach Art. 112 StPO grundsätzlich die gleichen Verfahrensrechte wie natürlichen Personen zu, soweit StGB bzw. StPO keine abweichenden Vorschriften bereithalten.[3329] Deshalb sollen weite Teile der Fairnessgarantie auch hinsichtlich juristischer Personen gelten.[3330] Das BGer lässt strafrechtlich beschuldigten juristischen Personen zwar gewisse Verfahrensrechte zukommen, handhabt aber den Schutzbereich im Vergleich zu jenem natürlicher Personen differenziert und restriktiv.[3331] Aus internationaler Perspektive steht eine diesbezügliche Leitentscheidung des EGMR aus, wenngleich verschiedene Art. 6 EMRK-Garantien hinsichtlich Unternehmen für anwendbar erklärt wurden.[3332] Zu den Verfahrensrechten juristischer Personen zählen etwa die Unschuldsvermutung,[3333] der Grundsatz «*in dubio pro reo*», das Schweigerecht und die Mitwirkungsfreiheit,[3334] die Informationsrechte über die Beschuldigtenrechte und über den Inhalt des strafrechtlichen Vorwurfs, die Garantien aus dem rechtlichen Gehör sowie das Recht zur Ergreifung von Rechtsmittel.[3335] Vom Recht auf unentgeltliche Rechtspflege (Art. 130 ff., 136 ff. StPO) sollen juristische Personen ausgenommen sein.[3336] 23

Keine (unmittelbare) **Anwendung** finden die in Art. 32 BV verbrieften Verfahrensrechte auf weitere, in das Strafverfahren involvierte Personen, namentlich Zeug:innen, geschädigte Personen (Art. 115 StPO), Opfer (Art. 116 24

3328 Für eine Auswahl plakativer Echtfälle s. Niggli/Maeder, § 8 N. 126 ff. m.w.N.

3329 BSK-Engler, Art. 112 StPO N. 64 ff.; SK-Lieber, Art. 112 StPO N. 14; CR-Macaluso, Art. 112 StPO N. 33 ff.

3330 Vgl. BSK-Engler, Art. 112 StPO N. 63 ff. (N. 63: «Dem Unternehmen kommen die gleichen Verfahrensgarantien [im Strafverfahren] wie einer natürlichen Person zu»); CR-Macaluso, Art. 112 StPO N. 33 f.; CR-Macaluso/Garbarski, Art. 32 BV N. 25; Meyer, Nemo tenetur, S. 331, 345; ausführlich Baldegger, S. 590 ff.; aus dem ausländischen Schrifttum s. insbesondere Dannecker, Grundsatz, S. 991, 1006; Meyer/Hölscheidt-Kubiciel, Art. 48 EU-GRC N. 13.

3331 BGE 142 IV 207 E. 8.18.3 sowie BGE 140 II 384 E. 3.3.4 in Bezug auf die Selbstbelastungsfreiheit; kritisch Donatsch/Smokvina, S. 873, 874.

3332 Nachweise bei Meyer, Unternehmenssanktionsverfahren, S. 99, 103.

3333 Botschaft Vereinheitlichung StPO (2006), S. 1168; AB SR 2006, 992; Art. 112 N. 71 f.; SK-Wohlers, Art. 10 StPO N. 15; BSK-Tophinke, Art. 10 StPO N. 12; vgl. auch BGE 135 II 86 E. 4.2.

3334 Überblicksweise bei Staffler/Jany, Grundsatz, 169, 170 ff.

3335 Ausführlich Engler, S. 97 ff. sowie BSK-Engler Art. 112 StPO N. 64 ff.; jeweils m.w.N.

3336 Baldegger, S. 598 f. m.w.N. zum Ausnahmecharakter des Anspruchs auf unentgeltliche Rechtspflege zugunsten juristischer Personen.

Abs. 1 StPO, Art. 1 Abs. 1 OHG) sowie Privatklägerschaft (Art. 118 StPO)[3337] und jeweilige Rechtsvertretungen (Art. 127 StPO). Ferner findet Art. 32 BV nicht unmittelbare Anwendung auf die Rechtsvertretung beschuldigter Personen.[3338] Die Rechte der Verteidigerin bzw. des Verteidigers leiten sich mittelbar aus der Stellung als Rechtsbeistand der beschuldigten Person ab.

B. Sachlicher Geltungsbereich: «Strafverfahren»

1. Strafverfahren i.e.S.

25 Art. 32 BV bezieht sich auf Strafverfahren. Als solche gelten staatlichen Gerichtsverfahren, in denen die Entscheidung über die Anwendung von Normen gefällt wird, die eine **Sanktion** (namentlich Freiheitsstrafe, Geldstrafe, Busse sowie ambulante bzw. stationäre Massnahmen) vorsehen.[3339] Der sachliche Geltungsbereich erfasst sämtliche Normen, die dem Strafrecht zuzurechnen sind. Dies verdeutlicht die Rechtsprechung zu Art. 78 BGG: Der dort verwendete Begriff der Strafsache umfasst «sämtliche Entscheidungen, denen materielles Strafrecht oder Strafprozessrecht zu Grunde liegt»[3340]. Gleichwohl ist der Begriff des Strafverfahrens i.S.v. Art. 32 BV funktional zu verstehen; er umfasst alle Verfahren, die aufgrund ihrer Rechtsnatur die Verhängung von präventiven oder repressiven Sanktionen ermöglichen.[3341]

2. «Engel-Kriterien»

26 Für die Konturierung des funktionalen Begriffsverständnisses ist nach Auffassung des BGer[3342] auf die EGMR-Rechtsprechung Bedacht zu nehmen.[3343] Ausgehend vom Begriff der «strafrechtlichen Anklage» nach Art. 6 EMRK hat der Strassburger Gerichtshof ein autonomes Begriffsverständnis von Strafverfahren entwickelt.[3344] Seit dessen Leitentscheidung von 1976 wird die

---

3337 Zu den Rechten und Pflichten dieser Verfahrensbeteiligten s. Donatsch/Schwarzenegger/Wohlers, S. 100 f.

3338 BGE 130 I 65 E. 3.2; BGE 141 I 124 E. 4.2; Biaggini, Art 32 BV N. 2.

3339 BSK-Göksu, Art. 32 BV N. 2; SGK-Vest, Art. 32 BV N. 3; Donatsch/Schwarzenegger/Wohlers, S. 6 f.

3340 BGE 134 IV 36 E. 1.1; BGer 1B_4/2007 vom 20.2.2007 E. 1.2.

3341 SGK-Vest, Art. 32 BV N. 3.

3342 BGE 147 I 57 E. 5.2 u. 5.4; BGE 141 II 243 E. 3.4; BGE 140 II 384 E. 3.2.1; BGE 139 I 72 E. 2.2.2.

3343 Vgl. Donatsch/Schwarzenegger/Wohlers, S. 8 f.; ausführlich bei Stelzer-Wieckowska, S. 61 ff. m.w.N.

Zuordnung von Verfahrensarten zu «Strafverfahren» anhand der sog. «Engel-Kriterien» vorgenommen.[3345] Diese drei Kriterien werden grundsätzlich alternativ geprüft,[3346] wobei der EGMR in Einzelfällen eine kumulative Prüfung[3347] vornimmt.[3348] Wesentlich erscheint für die strafrechtliche Einordnung von staatlichen Sanktionen nach den Engel-Kriterien, inwiefern die zu prüfende Rechtsgrundlage in ihrem Normkontext ein **punitiv-abschreckendes Konzept** und eben nicht einen zivilrechtlich-ausgleichenden oder sicherheitsrechtlich-präventiven Ansatz verfolgt.[3349]

Laut dem **ersten Engel-Kriterium** kommt es auf die Zuordnung der jeweiligen Norm im nationalen Recht an, nämlich inwiefern die betreffende Vorschrift dem Strafrecht (insb. dem StGB bzw. anderen gesetzlichen Strafbestimmungen) angehört.[3350] 27

Ist das erste Kriterium unergiebig, nimmt der Gerichtshof nach dem **zweiten** und wohl wichtigsten[3351] **Engel-Kriterium** auf die Deliktsnatur Bedacht. Um die Rechtsnatur des Delikts auf seinen präventiven oder repressiven Charakter zu prüfen, werden sowohl die Rechtsfolgen- als auch die Tatbestandsseite berücksichtigt. Geprüft wird, ob die betreffende Rechtsvorschrift einen allgemeinen oder bestimmten Adressatenkreis hat, ob sie punitive oder abschreckende Zwecke verfolgt, ob sie allgemeine gesellschaftliche Interessen schützt, ob eine Schuldfeststellung für die Sanktionsverhängung erforderlich ist, ob das Verfahren von einer gesetzlich vorgesehenen, öffentlichen und zur Vollstreckung befugten Behörde eingeleitet wurde und wie andere Konventionsstaaten vergleichbare Verfahren einordnen.[3352] 28

Ergibt sich keine klare Zuordnung aus den bisherigen Kriterien, so stellt der EGMR auf das **dritte Engel-Kriterium** zur Art und Schwere der Sanktion 29

3344 EGMR *Adolf gegen Österreich*, Nr. 8269/78, 26.3.1982, N. 30; zur sog. autonomen Interpretation des EGMR s. Zünd, Begründungselemente, 3, 15 ff.

3345 EGMR *Engel und andere gegen die Niederlande*, Nr. 5100/71 und andere, 8.6.1976; N. 82; vgl. EGMR *Rola gegen Slowenien*, Nr. 12096/14 u. 39335/16, 4.6.2019, N. 56 ff. m.w.N.

3346 EGMR *Kadubec gegen Slowakei*, Nr. 27061/95, 2.9.1998, N. 52.

3347 EGMR *Bendenoun gegen Frankreich*, Nr. 12547/86, 24.2.1994, N. 47.

3348 Villiger, Handbuch, N. 474.

3349 Ebenso Meyer, Verfassungsfragen, S. 349, 363 ff.

3350 EGMR *Engel und andere gegen die Niederlande*, Nr. 5100/71 und andere, 8.6.1976; N. 82.

3351 EGMR (Grosse Kammer) *Jussila gegen Finnland*, Nr. 73053/01, 23.11.2006, N. 38.

3352 Villiger, Handbuch, N. 476 m.w.N. zur EGMR-Rechtsprechung.

und der damit verbundenen kommunikativen Wirkung eines sozialen Stigmas von Strafe ab. Dabei kommt es sowohl auf die abstrakte Sanktionsdrohung als auch auf allfällige Ersatzmassnahmen an. So hat eine geringfügige Busse auch strafrechtlichen Charakter, wenn die Nichtbezahlung zur Ersatzfreiheitsstrafe[3353] oder zur Einziehung von Sachwerten[3354] führt.

3. Strafverfahren i.w.S.

30 **Zum sachlichen Geltungsbereich** von Art. 32 BV gehören neben den Strafverfahren und Jugendstrafverfahren (Art. 3 Abs. 1 JStPO) auch Übertretungsverfahren,[3355] Verwaltungsstrafverfahren (Art. 82 VStrR) und Steuerstrafverfahren (Art. 188 Abs. 2 DBG).[3356] Zudem werden auch kartellrechtliche Sanktionen (Art. 49a KG)[3357] sowie Zollverfahren[3358] erfasst.

31 **Ausserhalb des sachlichen Geltungsbereichs** von Art. 32 BV liegen Disziplinarverfahren[3359] (soweit sie nur geringfügige Disziplinarmassnahmen verhängen), präventivpolizeiliche Massnahmen[3360] (z.B. Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit[3361]), Steuerverfahren[3362] sowie die internationale Amtshilfe in Steuerfragen.[3363] Auch das selbstständige Einziehungsverfahren wird (hinsichtlich der in Art. 32 Abs. 1 BV verankerten Unschuldsvermutung) nicht als Strafverfahren, sondern als Verfahren gegen Sachen und Werte aufgefasst.[3364]

4. Strafrechtshilfe

32 Komplex ist der sachliche Geltungsbereich von Art. 32 BV für die **internationale Rechtshilfe in Strafsachen**. Nach Ansicht von

---

3353 EGMR *Bendenoun gegen Frankreich*, Nr. 12547/86, 24.2.1994, N. 47.

3354 EGMR *Garyfallou Aebe gegen Griechenland*, Nr. 18996/91, 24.9.1997, N. 34.

3355 Bestätigt durch den EGMR *Belilos gegen die Schweiz*, Nr. 10328/83, 29.4.1988, N. 62.

3356 Biaggini, Art. 32 BV N. 2; SGK-Vest, Art. 32 BV N. 3.

3357 BGE 139 IV 72 E. 2.2.2; BGE 142 II 268 E. 4.2.5.2; BGE 144 II 246 E. 6.4.3; CR-Macaluso/Garbarski, Art. 32 BV N. 21.

3358 Vgl. EGMR *Salabiaku gegen Frankreich*, Nr. 10519/83, 7.10.1988, N. 23.

3359 BGE 128 I 348 E. 2.2, 2.4; BSK-Thommen/Faga, Art. 78 BGG N. 13; ausführlich zum Meinungsstand bezüglich des Disziplinarrechts bei Brüning, S. 439 ff.

3360 BGE 134 I 140 E. 4.3; BGE 137 I 31 E. 5.2; BGE 140 I 2 E. 6.3.

3361 Gemäss Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit (SR 120).

3362 EGMR (Grosse Kammer) *Vegotex International S.A. gegen Belgien*, Nr. 49812/09, N. 67, 75 f.

3363 BGE 139 II 404 E. 6; BSK-Kocher, Art. 84a BGG N. 36; kritisch Breitenmoser, S. 9, 36; Bonnard/Grisel, S. 361, 398; Schweizer, Jusletter vom 27.2.2012, N. 18.

Gesetzgeber[3365] und Rechtsprechung[3366] ist die Strafrechtshilfe nicht als Straf-, sondern als Verwaltungsverfahren zu klassifizieren,[3367] womit der Geltungsbereich von Art. 32 BV nicht eröffnet ist. Diese auch im Schrifttum[3368] herrschende Position lässt sich der sog. «**Rechtshilfetheorie**» zuordnen, nach welcher Strafrechtshilfe sich nicht auf einen (innerstaatlichen) Strafprozess ausrichtet, sondern lediglich durch das Ausland veranlasst wird, um das ausländische Strafverfahren zu fördern. Die Rechtshilfeleistung sei auf die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben (Umsetzung zwischenstaatlicher Zusammenarbeit; Compliance mit völkerrechtlichen Verpflichtungen) ausgerichtet.[3369]

Die Gegenauffassung (sog. «**Rechtspflegetheorie**»)[3370] befürwortet die strafprozessuale Natur der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen. Demnach tragen die Massnahmen im ersuchten Staat funktional genauso zum Strafverfahren im ersuchenden Staat bei wie eine innerstaatliche Massnahme, denn der ersuchte Staat substituiert den ersuchenden Staat und die ersuchte Massnahme bleibt innerstaatlich ein strafprozessualer Akt.[3371] Folglich wäre der Geltungsbereich von Art. 32 BV eröffnet. 33

Diese Dichotomie zwischen den Theorien fokussiert sich nur auf zwei Dimensionen der Rechtshilfe: Ersuchender und ersuchter Staat. Inzwischen hat die Diskussion durch Fokussierung auf das Individuum als dritte Dimension neue Denkanstösse erfahren. Ausgehend vom Leitbild des «international-arbeitsteiligen Strafverfahren[s]»[3372] wird der Strafrechtshilfe 34

3364 BGer 6S.68/2004 vom 9.8.2005 E. 11.2.1.

3365 Botschaft IRSG (1976), 444, 474.

3366 BGE 118 Ib 436 E. 4a; BGE 120 Ib 112 E. 4; BGE 133 IV 271 E. 2.2.2; BGE 139 I 404 E. 6; BGer 1C_171/2010 vom 6.4.2010 E. 1.2; BGer 1A.64/2001 vom 23.4.2001 E. 1c/aa.

3367 In aller Deutlichkeit BGE 127 II 104, E. 3d.

3368 Etwa BSK-Göksu, Art. 32 BV N. 2; SGK-Vest, Art. 32 BV N. 3; BSK-Thommen/Faga, Art. 78 BGG N. 16 (mit Kritik zum Rechtsschutzweg über Art. 37 Abs. 2 lit. a StBOG); BSK-Forster, Art. 84 BGG N. 1 («besonderes international-verwaltungsrechtliches Verfahren mit starker Konnexität zum Straf- und Strafprozessrecht»); Fiolka, S. 605, 616 f.; Heimgartner, Auslieferungsrecht, S. 9; CR-Moreillon, Art. 2 IRSG N. 19; Zimmermann, N. 8a.

3369 Ludwiczak Glassey, N. 30 ff.; Popp, § 2 N. 15 ff.

3370 Lammasch, *passim*; aus dem schweizerischen Schrifttum etwa Capus, S. 282 ff. m.w.N., die von der Rechtshilfe als Verfahren mit strafrechtspflegerischem Charakter spricht (S. 302 f.).

3371 Zusammenfassend zu Rechtshilfe- und Rechtspflegetheorie bei Stelzer-Wieckowska, S. 47 ff. m.w.N.

3372 Instruktiv Schomburg/Lagodny-Gless/Wahl, Einleitung N. 1 ff.; dagegen allerdings Capus, S. 302 ff.

folglich eine «**doppelte Rechtsnatur**» attestiert.[3373] Zutreffenderweise können weder Rechtshilfe- noch Rechtspflegetheorie inhaltlich die Rechtsnatur der Strafrechtshilfe umfassend abbilden; der verwaltungsrechtliche Charakter von Rechtshilfe erscheint angesichts genuin strafprozessualer Massnahmen im ersuchten Staat ebenso wenig überzeugend wie der strafprozessuale Charakter von Rechtshilfe, zumal strafrechtliche Zentralfragen im ersuchenden Staat geklärt werden. Zweifelhaft ist die Praktikabilität der Charakterisierung als Doppelnatur *sui generis*, denn diese Einordnung gibt keine Orientierung für die praktisch entscheidende Frage nach der Anwendbarkeit strafprozessualer Grundrechte im Rechtshilfeverfahren.

35 Vorzugswürdiger erscheint, die Rechtsnatur nach einzelnen Rechtshilfeformen zu differenzieren.[3374] Da die Vollstreckungshilfe nach Art. 94 ff. IRSG ein bereits abgeschlossenes Strafverfahren betrifft,[3375] kommen allein deswegen die Strafverfahrensgarantien nicht zur Anwendung. Anders sieht es bei der Auslieferung zum Zwecke der Strafverfolgung und der sog. Kleinen Rechtshilfe aus. Hier ersetzt innerstaatliche Rechtshilfe funktionell Ermittlungsmassnahmen im ausländischen Staat, was grundsätzlich für die Eröffnung des sachlichen Geltungsbereichs von Art. 32 BV spräche. Anknüpfend am Leitbild des international-arbeitsteiligen Strafverfahrens[3376] müssen **strafprozessuale Garantien im Gesamtkontext des Strafverfahrens** – und eben nicht im jeweiligen nationalen Kontext komplett und vollumfänglich – gewährleistet werden. Wenn also bei einer Gesamtbetrachtung strafprozessuale Garantien ins ausländische Strafverfahren verschoben und dort wahrzunehmen sind, ist die Nicht-Anwendbarkeit von Art. 32 BV im innerstaatlichen Rechtshilfeverfahren nicht zu beanstanden. Dieser vermittelnde Ansatz mit starker Einzelfallbetrachtung nimmt für sich in Anspruch, auf dem jüngeren EGMR-Fallrecht zu den grundrechtlichen zwischenstaatlichen Kooperationspflichten in der Rechtshilfe in Strafsachen aufzubauen.[3377]

3373 Donatsch/Heimgartner/Simonek, S. 24 (Rechtshilfe hat «hybriden» Charakter); Gless, N. 226 (Verfahren «*sui generis*» mit starker Konnexität zum Straf- und Strafverfahrensrecht); Ludwiczak Glassey, N. 26 ff.; Rusca, S. 135, 142.

3374 Ähnlich, nämlich nach Massgabe des jeweiligen Rechtshilfeaktes und des ihm zugrundeliegenden Rechtes differenzierend, bereits Popp, N. 18 f.

3375 OK-Mieli, Art. 1 IRSG N. 14 m.w.N.

3376 Gless, N. 55 ff. (insb. N. 60 ff.).

III. UNSCHULDSVERMUTUNG (ABS. 1)

Die Unschuldsvermutung ist die erste in Art. 32 BV genannte Verfahrensgarantie.[3378] Der Wortlaut von Art. 32 Abs. 1 BV orientiert sich an den internationalen Vorbildern in Art. 6 Abs. 2 EMRK und Art. 14 Abs. 2 UNO-Pakt II. Auf bundesgesetzlicher Ebene ist die Unschuldsvermutung in Art. 10 StPO verankert.[3379] Ferner weist sie zu anderen verfahrensrechtlichen Aspekten Bezüge auf, etwa zur Orientierung der Öffentlichkeit (Art. 74 Abs. 3 StPO), zur Selbstbelastungs- und Mitwirkungsfreiheit der beschuldigten Person (Art. 113 Abs. 1 StPO) sowie zu den Kosten- und Entschädigungsfolgen bei Freispruch oder Verfahrenseinstellung (Art. 426 Abs. 2 und Art. 430 Abs. 1 lit. a StPO).[3380] 36

Kern der Unschuldsvermutung ist der Schutz der **Ergebnisoffenheit des Strafverfahrens**, denn faire Strafverfahren starten ohne vorab feststehendes Ergebnis und daher mit ungewissem Ausgang. Erst regulär durchgeführte Strafverfahren bringen Gewissheit über strafrechtliche Verantwortung und Strafverhängung.[3381] 37

Aus der Unschuldsvermutung ergibt sich das Verbot des Strafcharakters[3382] von Strafverfahren: Strafen dürfen im laufenden Strafverfahren vor dem Urteilsausgang nicht vorweggenommen werden[3383]. Konsequenterweise gilt nach Art. 234 Abs. 1 StPO die strikte Trennung zwischen Verurteilten im Strafvollzug (vornehmlich zwecks Resozialisierung) und Gefangenen in strafprozessualer Haft (vornehmlich zwecks Sicherung der Anwesenheit der beschuldigten Person und der Beweiserhebung) samt unterschiedliche Ausgestaltungen des Haftregimes.[3384] 38

3377 EGMR *Stojkovic gegen Frankreich und Belgien*, Nr. 25303/08, 27.10.2011, N. 55; EGMR (Grosse Kammer) *Güzelyurtlu und andere gegen Zypern und die Türkei*, Nr. 36925/07, 29.1.2019, N. 221, 229 ff.

3378 Historisch war diese Garantie nach der aBV zwar nicht ausdrücklich normiert, jedoch in der Rechtsprechung über Art. 4 aBV anerkannt: BGE 123 I 221 E. II.3.f/aa; BGE 124 I 327 E. 4d.

3379 BSK-Göksu, Art. 32 BV N. 4.

3380 Vgl. BGer 6B_548/2018 vom 18.7.2018 E. 1.1.

3381 Stuckenberg, S. 519 ff., 530 ff.; s.a. Kiener, Unabhängigkeit, S. 335 f.

3382 Instruktiv Gaede, Sanktion, S. 917 ff.

3383 Stuckenberg, S. 534 ff., 544 ff., 557 ff.

3384 BGer 1B_52/2021 vom 24.3.2021 E. 2.3; BSK-Härri, Art. 234 StPO N. 4, 6; CR-Viredaz, Art. 234 StPO N. 4.

A. Sachlicher Schutzbereich

39 Zum sachlichen Geltungsbereich der Unschuldsvermutung ist auf die obigen Ausführungen zu verweisen. Rechtshilfeverfahren können einzelfallbezogen (insb. bei Auslieferungsverfahren zur Strafverfolgung) unter den Geltungsbereich Art. 32 BV fallen, wenn Anhaltspunkte bestehen, dass die Unschuldsvermutung im ausländischen Strafverfahren nicht hinreichend Berücksichtigung findet[3385] oder wenn sich aus dem Verhalten und Dokumenten der ausländischen Rechtshilfebehörden Hinweise auf Vorverurteilungen ergeben.[3386]

B. Zeitlicher Schutzbereich

40 Der Schutz der Unschuldsvermutung wird der betroffenen Person ab dem Zeitpunkt gewährt, ab dem sie materiell zur beschuldigten Person wird (Art. 111 StPO).[3387] Der **Beginn der Unschuldsvermutungsgarantie** fällt also mit der förmlichen Mitteilung zu Ermittlungen gegen die betreffende Person oder implizit mit der Durchführung von gegen sie als Beschuldigte gerichteten Massnahmen zusammen.[3388] Die verfahrensabschliessende (rechtskräftige) Gerichtsentscheidung über den Schuldvorwurf markiert das **Ende der Unschuldsvermutung**: Entscheidend ist, inwiefern noch ein gerichtliches Verfahren läuft, in dem sich ein Gericht noch materiell mit der Schuldfrage auseinandersetzen kann.[3389]

41 Teilweise reicht die Unschuldsvermutung über das Ende des Strafverfahrens hinaus («**zweite Schutzdimension der Unschuldsvermutung**»[3390]). Dies betrifft Fälle von Freisprüchen oder Verfahrenseinstellungen (z.B. wegen Verjährung)[3391], in denen kein Restverdacht aufrechterhalten werden darf.[3392] Kostenentscheidungen zuungunsten der freigesprochenen beschuldigten Person sind nur zulässig, wenn diese die Eröffnung des gegen sie gerichteten

---

3385 Vgl. BGE 131 II 228: Zusicherungen im Hinblick auf die Unschuldsvermutung im Zuge der Rechtshilfe mit Taiwan.

3386 Instruktiv EGMR *Ismoilov und andere gegen Russland*, Nr. 2947/06, 24.4.2008, N. 161, 166, 168 f.; vgl. in diesem Zusammenhang auch BGE 142 IV 175 E. 5.5.

3387 BSK-Engler, Art. 111 StPO N. 2a, 3; vgl. auch schon EGMR *Minelli gegen die Schweiz*, Nr. 8660/79, 25.3.1983, N. 30.

3388 BSK-Tophinke, Art. 10 StPO N. 12.

3389 BSK-Tophinke, Art. 10 StPO N. 13; EGMR Minelli gegen die Schweiz, Nr. 8660/79, 25.3.1983, N. 32, 36.

3390 Meyer, Kommentar, Art. 6 EMRK N. 348.

Strafverfahrens veranlasst oder dessen Verlauf behindert hat (Art. 426 Abs. 2 StPO).[3393]

C. Einzelne Schutzgehalte

1. Beweiswürdigung

Das BGer hat die Unschuldsvermutung insb. als **Beweiswürdigungsregel** etabliert.[3394] In einer Leitentscheidung stellte es klar, dass sich das Strafgericht «nicht von der Existenz eines für den Angeklagten ungünstigen Sachverhalts überzeugt erklären [darf], wenn bei objektiver Betrachtung erhebliche und nicht zu unterdrückende Zweifel bestehen, ob sich der Sachverhalt so verwirklicht hat».[3395] Diese Leitentscheidung spiegelt sich heute in der (vom Schrifttum zu Recht kritisierten)[3396] Formulierung von Art. 10 Abs. 3 StPO («Bestehen unüberwindbare Zweifel an der Erfüllung der tatsächlichen Voraussetzungen der angeklagten Tat, [...]») wider. Vernünftige Zweifel an der Schuld der beschuldigten Person haben sich zu ihren Gunsten auszuwirken («*in dubio pro reo*»). Dies betrifft nur Sachfragen, nicht Rechtsfragen.[3397] Praktisch wird der Verfahrensgrundsatz sehr zurückhaltend überprüft: Eine Verletzung der Beweisregel «jenseits des vernünftigen Zweifels» liegt vor, wenn die angeklagte Person verurteilt wird, «obgleich bei objektiver Würdigung des Beweisergebnisses offensichtlich erhebliche bzw. schlechterdings nicht zu unterdrückende Zweifel an [ihrer] Schuld fortbestanden».[3398] Letztlich prüft das BGer Beweiswürdigungsfragen zur Unschuldsvermutung in den engen Grenzen des Willkürschutzes.[3399] Willkür 42

3391 In der *Minelli*-Entscheidung des EGMR ging es um die Verfahrenseinstellung wegen Verjährung, wenngleich kaum Zweifel an der Täterschaft des Beschwerdeführers bestanden hatten.

3392 BGE 115 Ia 309 E. 1; BGE 116 Ia 162; BGE 144 IV 202 E. 2.2; EGMR *Minelli gegen die Schweiz*, Nr. 8660/79, 25.3.1983, N. 37; EGMR *Rigolio gegen Italien*, Nr. 20148/09, 9.3.2023, N. 84, 92 ff.; SGK-Vest, Art. 32 BV N. 22; BSK-Domeisen, Art. 426 StPO N. 24 f.

3393 Grundlegend BGE 116 Ia 162 E. 2c; instruktiv auch BGer 6B_1183/2017 vom 24.4.2018 E. 2.1; BGer 6B_548/2018 vom 18.7.2018 E. 1.1; BGer 6B_48/2020 vom 26.5.2020 E. 3.1; BGer 9B_317/2020 vom 1.7.2020 E. 6.1; BSK-Domeisen. Art. 426 StPO N. 23, 29 ff.

3394 BGE 127 I 38 E. 2.1; BGE 124 IV 86 E. 2a; BGE 120 Ia 31 E. 2c; BSK-Göksu, Art. 32 BV N. 12; vgl. auch schon Botschaft Vereinheitlichung StPO (2006), S. 1182.

3395 BGE 127 I 38 E. 2a.

3396 SGK-Vest, Art 32 BV N. 19 bevorzugt die Formulierung «jenseits vernünftiger Zweifel».

3397 BGE 139 I 72 E. 8.3.1; BGer 6B_257/2020 vom 24.6.2021 E. 4.8.1; BGer 6B_763/2020 vom. 23.3.2022 E. 3.5.1 u. 3.5.3.

liegt vor, wenn das Gericht «von Tatsachen ausgeht, die mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch stehen, auf einem offenkundigen Fehler beruhen oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderlaufen»[3400].

43 Funktional sichert dieser Schutzgehalt die **Unvoreingenommenheit** der an einer gerichtlichen Entscheidung beteiligten Personen (Art. 30 Abs. 1 BV).[3401] Diese dürfen nicht mit einer bereits abschliessend vorgefassten Meinung in das Verfahren gehen. Nur wenn Richter:innen ergebnisoffen in das Verfahren einsteigen, können Beweisanträge fair und vorgebrachte Beweise unvoreingenommen gewürdigt werden.[3402]

44 **Nicht anwendbar** ist dieser Verfahrensgrundsatz bei Abschluss der Strafuntersuchung; zwischen Verfahrenseinstellung oder Anklageerhebung ist im Zweifel für Letztere zu entscheiden («*in dubio pro duriore*», Art. 324 i.V.m. Art. 319 StPO).[3403] Anders als bei der Beweiswürdigung i.w.S. (Gesamtvorgang zur Tatsachenfeststellung) gilt bei der Beweiswürdigung i.e.S. (Sammlung und Sichtung von prozessual zulässigen Beweismitteln nach Art. 139 ff. StPO) der Verfahrensgrundsatz «*in dubio pro reo*» nicht.[3404] Erst nach der Erhebung und Sichtung aller notwendigen Beweise wird der «*in-dubio-pro-reo*»-Grundsatz anwendbar: Bleiben aufgrund der Beweislage vernünftige Zweifel an der strafrechtlichen Verantwortung der beschuldigten Person, ist sie von den Vorwürfen freizusprechen.[3405] Zudem ist der Grundsatz nicht bei Prognoseentscheidungen im Hinblick auf die Verwahrung geistig abnormer Personen[3406], bei Entscheidungen über den Sicherungsentzug[3407] oder bei präventiv-polizeilichen Massnahmen aufgrund des Konkordats über

3398 BGE 138 V 74 E. 7; BGE 145 IV 154 E. 1.1; BGer 6B_272/2020 vom 9.6.2021 E. 2.3.2; BGer 6B_763/2020 vom 23.3.2022 E. 3.4.

3399 BGE 127 I 38 E. 2a; BGE 138 V 74 E. 7; BGE 143 IV 500 E. 1.1; BGE 144 IV 345 E. 2.2.3.3; BGer 6B_689/2016 vom 14.8.2018 E. 1; BGer 6B_902/2019 vom 8.1.2020 E. 2.2.

3400 BGE 127 I 38 E. 2a.

3401 BSK-Tophinke, Art. 10 StPO N. 26 ff.; BSK-Gless, Art. 139 StPO N. 7 f., 31; Pieth, Strafprozessrecht, S. 55 f.; vgl. EGMR (Grosse Kammer) *John Murray gegen das Vereinigte Königreich*, Nr. 18731/91, 8.2.1996, N. 41 f.

3402 Instruktiv Kiener, Unabhängigkeit, 135 ff.; OK-Walther, Art. 30 N. 30 ff.

3403 BGE 137 IV 219 E. 7.2, 7.3.

3404 BGE 144 IV 345 E. 2.2.3.1.

3405 BGer 6B_288/2015 vom 12.10.2015, E. 1.5.3; BGer 6B_690/2015 vom 25.11.2015 E. 3.4.

3406 BGE 127 IV 1 E. 2a.

3407 BGE 140 II 334 E. 6.

Massnahmen gegen Gewalt anlässlich von Sportveranstaltungen[3408] anwendbar, da es hierbei nicht um strafrechtliche Schuldfragen geht.

Schwer vereinbar mit der Unschuldsvermutung ist die **antizipierte Beweiswürdigung**. Hier wird im Vorfeld richterlich entschieden, ob ein später zu erhebender Beweis voraussichtlich die dadurch belegten Aussagen stützen wird. Entgegen dem Rat des Schrifttums[3409] hat sich der Gesetzgeber entschieden, die antizipierte Beweiswürdigung (zulasten der beschuldigten Person) beizubehalten, wenngleich er diese in Art. 139 Abs. 2 sowie Art. 318 Abs. 2 StPO zurückhaltend geregelt hat.[3410] Problematisch ist vor allem, dass dies die mittels Unschuldsvermutung verbriefte Ergebnisoffenheit von Sachverhaltsermittlungen beschränkt.[3411] Gleichwohl befürworten die Rechtsprechung[3412] und ein Teil des Schrifttums[3413] die Zulässigkeit der Antizipation von Beweiswürdigung, wenn das Gericht «ohne Willkür in vorweggenommener Beweiswürdigung annehmen kann, dass seine Überzeugung durch weitere Beweiserhebung nicht geändert würde»[3414]. Wesentlich für die Zulässigkeit ist nach ständiger Rechtsprechung, dass das Gericht aufgrund bereits abgenommener Beweise zu einer entsprechenden, willkürfrei zustande gekommenen Überzeugung gelangt.[3415] Die bundesgerichtliche Kontrolle zieht sich auf eine Willkürprüfung zurück (Art. 9 BV).[3416] Zu einer restriktiveren Handhabung hingegen mahnt ein anderer Teil der Literatur.[3417] Die antizipierte Beweiswürdigung im Strafverfahren soll allenfalls bei unbestrittenen Sachverhaltselementen zur Entlastung der beschuldigten Person möglich sein.[3418] 45

3408 BGE 137 I 31 E. 5.2; BGE 140 I 2 E. 6.

3409 Vgl. Pieth, Beweisantrag, S. 352 f.; Riklin, Strafprozessrechtsreform, S. 371, 403; Vest, S. 781, 799.

3410 Botschaft Vereinheitlichung StPO (2006), S. 1182.

3411 BSK-Gless, Art. 139 StPO N. 49; Pieth, Beweisantrag, S. 12 ff., 274 ff., 288 ff.; Vest, S. 792 ff

3412 BGE 143 III 73 E. 5.2.2; BGE 136 I 229 E. 5.3; BGE 134 I 140 E. 5.1.

3413 Donatsch/Cavegn, S. 158, 164.

3414 BGE 136 I 29 E. 5.3; vgl. auch BGer 6B_90/2016 vom 18.5.2016 E. 1.2.

3415 BGE 97 I 217 E. 4; BGer 6B/159/2021 vom 8.12.2021 E. 2.3.3 (m.w.N.); SGK-Vest, Art 32 BV N. 18.

3416 BGE 115 Ia 8 E. 3a; BGE 124 I 208 E. 3 u. 4; BGE 124 I 274 E. 5a; BGE 113 IV 171 E.4.

3417 Pieth, Strafprozessrecht, S. 188 f. m.w.N.

3418 BSK-Gless, Art. 139 StPO N. 50, 51; Pieth, Strafprozessrecht, S. 188.

2. Beweislastverteilung

46 Im Sinne einer Beweislastregel gewährleistet die Unschuldsvermutung, dass der verfahrensführende Staat die **Verantwortung für den Schuldnachweis** trägt: Die Strafverfolgungsbehörden müssen die Schuld der beschuldigten Person nachweisen.[3419] Umgekehrt hat die beschuldigte Person nicht ihre Unschuld zu beweisen; eine solche Beweislastumkehr wäre grundsätzlich unzulässig.[3420] Dies impliziert etwa das Verbot, aus ihrem Schweigen negative Schlussfolgerungen abzuleiten.[3421] Weil die Beweislast den verfahrensführenden Staat trifft und sich damit Zweifel zugunsten der beschuldigten Person auswirken, steht die Beweislastregel in engem Zusammenhang mit der Beweiswürdigungsregel.

47 Gleichwohl wirkt die Unschuldsvermutung nicht absolut: Sie verbietet nicht bestimmte **Vermutungen im materiellen Strafrecht**. So sind Straftatbestände wie abstrakte Gefährdungsdelikte[3422], Vorfeldkriminalisierungen[3423] oder Besitzdelikte[3424] mit der Unschuldsvermutung vereinbar. Dasselbe gilt gemäss Schrifttum für die Konstruktion von Beweislastumkehrungen bei Ehrverletzungsdelikten nach Art. 173 Ziff. 2 StGB.[3425]

48 Auch im **prozessualen Strafrecht** gilt die Unschuldsvermutung nicht absolut, sondern bietet Raum für gesetzlich verankerte Vermutungs- und Beweisregeln. Deren Zulässigkeit hängt von ihrer Widerlegbarkeit im Verfahren ab; massgebend ist, ob eine gerichtliche Beweiswürdigung zugelassen und die Möglichkeit der beschuldigten Person zum Gegenbeweis zulänglich ist.[3426] Ferner müssen diese Vermutungsregeln einer zulässigen

---

3419 Grundlegend BGE 120 Ia 31 E. 2c; BGer 6B_404/2018 vom 19.7.2018 E. 1.2; BGE 147 I 57 E. 5.1.; EGMR *Rigolio gegen Italien*, Nr. 20148/09, 9.3.2023, N. 83 m.w.N.; BSK-Göksu, Art. 32 BV N. 9 ff.

3420 BGE 127 I 38 E. 2a; BGer 6B_58/2016 vom 18.8.2016 E. 2.1; EGMR *Telfner gegen Österreich*, Nr. 33501/96, 20.3.2001, N. 15.

3421 BGE 138 IV 47 E. 2.6.1; BGE 121 II 273 E. 3; EGMR *Telfner gegen Österreich*, Nr. 33501/96, 20.3.2001, N. 15 ff.; Graf, Schweigen, S. 189, 193; CR-Macaluso, Art. 113 StPO N. 8.

3422 Etwa Raufhandel nach Art. 133 StGB.

3423 Etwa Terrorismusfinanzierung nach Art. 260^{quinquies} StGB.

3424 Etwa Drogenbesitz nach Art. 19 Ziff. 1 lit. d BetmG.

3425 BSK-Riklin, Art. 173 StGB N. 13; PK-Trechsel/Lieber, Art. 173 StGB N. 14; BSK-Tophinke, Art. 10 StPO N. 22; SK-Wohlers, Art. 10 StPO N. 8; a.A. Schubarth, Kommentar, Art. 173 StGB N. 63 f.

Zielsetzung dienen und vernünftigerweise eingrenzbar sein.[3427] Gerade in den praktisch bedeutsamsten Fällen, nämlich bei der Einziehung von Erträgen aus vermuteter krimineller Tätigkeit (Art. 70 Abs. 1 StGB), geht das BGer von einer Beweislastumkehr aus,[3428] was im Schrifttum zutreffend kritisiert wird.[3429] Strafprozessuale Duldungspflichten i.S.v. Art. 113 Abs. 1 Satz 3 StPO (oder gar minimale Mitwirkungspflichten wie etwa beim Test von Atem- oder Blutalkohol) verstossen nicht gegen die Unschuldsvermutung.[3430]

Letztlich richtet sich die Unschuldsvermutung in Art. 32 Abs. 1 BV sowohl an die Strafverfolgungsbehörden[3431] als auch an die **Gesetzgebungsorgane**: Es obliegt der legislativen Gewalt, grundrechtskonforme Beweis- und Vermutungsregeln festzulegen.[3432] 49

3. Selbstbelastungs- und Mitwirkungsfreiheit

Eng mit der Unschuldsvermutung und der ihr immanenten Beweislastverteilung hängt der Grundsatz «*nemo tenetur se ipsum accusare*» zusammen,[3433] der einfachgesetzlich primär in Art. 113 Abs. 1 StPO verankert ist.[3434] Die «*nemo tenetur*»-Garantie enthält im Wesentlichen zwei Schutzgehalte. Einerseits ist die beschuldigte Person im Strafverfahren nicht verpflichtet, auszusagen oder zu ihrer Belastung beizutragen (**Selbstbelastungsfreiheit**).[3435] Andererseits steht es der beschuldigten Person frei, mit den Strafverfolgungsbehörden zu kooperieren (**Mitwirkungsfreiheit**). Insofern dürfen die Behörden also nicht auf 50

3426 EGMR *Salabiaku gegen Frankreich*, Nr. 10519/83, 7.10.1988, N. 28.

3427 EGMR *Janosevic gegen Schweden*, Nr. 34619/97, 23.7.2002, N. 101.

3428 BGer 6B_1322/2020 vom 16.12.2021 E. 5.3;

3429 Kritisch BSK-Baumann, Art.70/71 StGB N. 39.

3430 BSK-Küffer, Art. 104 StPO N. 13; EGMR *Grayson und Barnham gegen das Vereinigte Königreich*, Nr. 19955/05, 15085/06, 23.9.2008, N. 43 ff.; EGMR *Tirado Ortiz und Lozano Marin gegen Spanien*, Nr. 43486/98, 15.6.1999, N. 1.

3431 Vgl. CR-Macaluso/Garbarski, Art. 32 BV N. 34.

3432 Ähnlich CR-Macaluso/Garbarski, Art. 32 BV N. 29.

3433 Trotz ihrer Verwandtschaft stehen diese Garantien nicht in einem Ableitungsverhältnis zueinander, s.a CR-Macaluso/Garbarski, Art. 32 BV N. 64 (der die nemo tenetur Garantie aus dem Recht auf effektive Verteidigung ableitet). Konsequenterweise wird nicht die Unschuldsvermutung verletzt, wenn Beweise unter Verletzung der Selbstbelastungsfreiheit gewonnen werden: Meyer, Kommentar, Art. 6 EMRK N. 180.

3434 Statt vieler s. Graf, Schweigen, S. 189 ff. sowie Summers/Brun/Studer, S. 464, 487 ff.

3435 BGE 103 IV 8 E. 3; BGE 106 Ia 7 E. 4; BGE 109 Ia 166 E. 2b; BGE 121 II 273 E. 3a; BGE 130 I 126 E. 2.1; BGE 144 I 126 E. 4.1; BGE 148 IV 221, E. 2.2.

Beweismittel zurückgreifen, die insb. durch Zwang oder Druck gegen den Willen der beschuldigten Person erlangt worden sind.[3436] Die «*nemo tenetur*»-Garantie schützt die Rolle der beschuldigten Person als strafprozessuales Rechtssubjekt[3437] und damit ihren Autonomieanspruch im Verfahren.[3438]

51 Art. 6 Abs. 2 EMRK behandelt das staatliche Verbot, die beschuldigte Person zur Mitwirkung an ihrer Überführung in irgendwelcher Form zu zwingen,[3439] weshalb Selbstbezichtigungen in der EGMR-Rechtsprechung zentral sind.[3440] Demgegenüber ist die innerstaatliche Garantie in Art. 113 Abs. 1 StPO weiter, da sie die beschuldigte Person vor Mitwirkungszwang, sich selbst im Strafverfahren zu ent- bzw. belasten, schützt.[3441] Rechtsgut ist folglich **die freie Entscheidung der beschuldigten Person** über die eigene Selbstbezichtigung[3442] und eigene Entlastungsaussagen.[3443] Die beschuldigte Person darf gemäss Art. 3 Abs. 2 lit. d und Art. 140 StPO weder direkt (z.B. durch Folter, Drohung oder Täuschung) noch indirekt zur Aussage oder Mitwirkung gezwungen werden.[3444] Bereits die Androhung nachteiliger Folgen wegen Aussageverweigerung ist unzulässig.[3445] Zudem muss die beschuldigte Person über ihr Recht auf Selbstbelastungs- und Mitwirkungsfreiheit frühzeitig belehrt werden (Art. 158 Abs. 1 lit. b StPO). Vor diesem Hintergrund bezeichnet Wohlers die «*nemo-tenetur*»-Garantie

3436 BGE 131 IV 36 E. 3.1; BGE 142 IV 207 E. 8.3.1; BGE 147 I 57 E. 5.1; BGer 6B_825/2010 vom 27.4.2011 E. 3.3.

3437 Böse, S. 167 f.; vgl. auch Bommer, S. 196, 201.

3438 BSK-Engler, Art. 113 StPO N. 3; Donatsch/Schwarzenegger/Wohlers, S. 25; Pieth, Strafprozessrecht, S. 56 f.; Meyer, Kommentar, Art. 6 EMRK N. 181, 194 («kommunikative Autonomie»); überblicksweise zur Ratio des Grundsatzes bei Heneghan, S. 969, 972 m.w.N.

3439 EGMR *Heany und McGuinnes gegen Irland*, Nr. 34720/97, 21.12.2000, N. 40; kritisch hingegen Seiler, Schweigerecht, S. 11, 15 f., der die Ableitbarkeit des strafprozessualen Schweigerechtes aus der EMRK verneint.

3440 Ashworth, S. 18; vgl. zuletzt EGMR *De Legé gegen die Niederlande*, Nr. 58342/15, 4.10.2022, N. 64 ff.

3441 BGE 109 Ia 166 E. 2b; Pieth, Strafprozessrecht, S. 56.

3442 SK-Wohlers, Art. 3 StPO N. 28; s.a. EGMR *Allan gegen das Vereinigte Königreich*, Nr. 48539/99, 5.11.2002, N. 44, 50.

3443 Ausführlich BSK-Gless, Art. 140 StPO N. 66 ff.

3444 BGE 144 I 242 E. 1.2.1; BGE 147 I 57 E. 5.1; zum Zusammenhang zwischen der Selbstbelastungsfreiheit (Art. 113 StPO) und verbotenen Beweiserhebungsmethoden (Art. 140 StPO) s. BSK-Gless, Art. 140 StPO N. 8.

3445 Pieth, Strafprozessrecht, S. 57.

treffend als Beweismethodenverbot.[3446] Missachtungen dieses Verfahrensrechts können zu Beweisverwertungsverboten führen.[3447]

Bei der strafprozessualen Mitwirkungsfreiheit unterscheiden Schrifttum und Rechtsprechung zwischen unzulässigem Zwang und zulässigen passiven Duldungspflichten.[3448] Kritisch diskutiert werden aktive Mitwirkungspflichten der beschuldigten Person (wie etwa Urinprobe, Kniebeugen, 3D-Gesichtsvermessung),[3449] weil funktional eine Aushöhlung des Selbstbelastungsfreiheit drohe.[3450] Kernanliegen der Mitwirkungsfreiheit ist jedoch der **Schutz der beschuldigten Person vor willentlicher Mitwirkung an ihrer eigenen Überführung**. Insofern sind Zwangsmassnahmen mit Eingriffen in die körperliche Substanz der betroffenen Person nach Art. 196 ff. StPO zulässig, solange deren Existenz nicht von ihrem Willen abhängen.[3451] Demnach ist die Urinprobe zulässig,[3452] der Einsatz eines Lügendetektors hingegen nicht.[3453] 52

4. Öffentliche und private Vorverurteilung

Adressaten der Unschuldsvermutung sind primär die Strafverfolgungsbehörden. Sie sollen im laufenden Strafverfahren kein Verhalten aufweisen, welcher auf eine Festlegung zur Schuld der beschuldigten Person hindeutet.[3454] Dies gilt sowohl für offizielle Stellungnahmen (**Gerichtsberichterstattung**) als auch für informelle Äusserungen.[3455] Der öffentliche Eindruck zur gerichtlichen Tätigkeit ist nur gewährleistet und die Beweiswürdigung des Strafgerichts unvoreingenommen, 53

3446 SK-Wohlers, Art. 3 StPO N. 26.

3447 Vgl. Bommer, S. 196, 204 f.; BSK-Engler, Art. 113 StPO N. 7b ff.; BSK-Gless, Art. 139 StPO N. 17 ff.

3448 Staffler/Jany, Grundsatz, 169, 171 f. m.w.N.; EGMR *De Legé gegen die Niederlande*, Nr. 58342/15, 4.10.2022, N. 69 ff. bezüglich der Vorlagepflicht von Dokumenten im Steuerverfahren.

3449 OGer ZH UH130060 vom 3.5.2013.

3450 SGK-Vest, Art. 32 BV N. 8 m.w.N.; vgl. Wohlers/Godenzi, S. 1045, 1057 f.

3451 EGMR (Grosse Kammer) *O'Halloran und Francis gegen das Vereinigte Königreich*, Nr. 15809/02, 25624/02, 29.6.2007, N. 47; EGMR (Grosse Kammer) *Saunders gegen das Vereinigte Königreich*, Nr. 19187/91, 17.12.1996, N. 68 ff.

3452 BGE 145 IV 50 E. 3.6.

3453 BGE 109 Ia 273 E. 7.

3454 EGMR *Lavents gegen Lettland*, Nr. 58442/00, 28.11.2002, N. 127.

3455 EGMR *Daktaras gegen Litauen*, Nr. 42095/98, 11.10.2000, N. 42, 44.

wenn behördliche Äusserungen, die Zweifel an der Unschuld einer freigesprochenen Person aufkommen lassen oder auf eine Vorverurteilung hinauslaufen, unterbleiben[3456]. Zudem soll vor dem Vorverurteilungsdruck geschützt werden, der entsteht, wenn die Öffentlichkeit durch behördliches Verhalten vorzeitig den Eindruck von der Schuld der beschuldigten Person erhält. Verboten sind demnach behördliche (selbst unbewusste[3457]) Äusserungen vor und während des Strafverfahrens, welche die Schuld der beschuldigten Person als erwiesen darstellen, obwohl diese noch nicht gerichtlich feststeht.[3458]

54 Insofern ist die aktive **Öffentlichkeitskommunikation der Strafverfolgungsbehörden**, die dem legitimen Informationsbedürfnis der Allgemeinheit (garantiert in Art. 17 BV bzw. speziell im Strafverfahren in Art. 74 StPO[3459]) Rechnung trägt, durchaus delikat, [3460] gerade wenn sie jenseits der Medien durch eigene ergänzende[3461] Justizkommunikation erfolgt. Durch aktive Medienarbeit lässt sich nicht jegliche Beeinflussung ausschliessen,[3462] weshalb es grosser Umsicht, Sorgfältigkeit und Zurückhaltung in der Kommunikation durch die Strafverfolgungsbehörden bedarf;[3463] dabei ist insb. auf die Betonung der Vorläufigkeit der jeweiligen Informationen Wert zu legen. Zulässig erscheint die Bekanntgabe von Ermittlungsmassnahmen und des Tatverdachts gegenüber einer Person.[3464] Unzulässig hingegen ist deren vorverurteilende Zurschaustellung, deren Bezeichnung als «Täter:in» oder allgemeinhin jegliche meinungssteuernde Berichterstattung, die den Eindruck erweckt, er/sie sei bereits erwiesenermassen der Täterschaft überführt. Gerade wegen der massiven stigmatisierenden Wirkung und der Einschränkung weiterer Grundrechte (insb. Recht auf Privat- und Familienleben und Schutz der Ehre vor Verleumdung) sollte auf Namensnennungen verzichtet werden.[3465] Verfahrenssichernde Massnahmen

---

3456 Biaggini, Art. 32 BV N. 5 m.w.N.

3457 Jositsch, S. 115, 124 ff.

3458 EGMR *Schenk gegen die Schweiz*, Nr. 10862/84, 12.7.1988, N. 51.

3459 Instruktiv Thommen/Seelmann, S. 334, 335 f., 344 ff.

3460 Instruktiv Welte, S. 280 ff. m.w.N.

3461 Auf diesen Ergänzungscharakter aktiver Justizkommunikation pocht BSK-Saxer, Art. 74 StPO N. 5.

3462 Jositsch, ZStrR 2004, 115, 125.

3463 BSK-Saxer, Art. 74 StPO N. 23; OK-Walther, Art. 30 N. 35; Welte, S. 319 ff.

3464 EGMR *Fatullayev gegen Aserbaidschan*, Nr. 40984/07, 22.4.2010, N. 159.

3465 Vgl. EGMR *Karaman gegen Deutschland*, Nr. 17103/10, 27.2.2014, N. 70.

mit grosser bildlicher Suggestivkraft, wie besondere Gefangenenkleidung, Metallkäfige oder Glaskabinen, sind trotz der Spannungsfelder mit der Unschuldsvermutung zumindest unter dem Gesichtspunkt dieser Garantie zu rechtfertigen, wenn ihr Sicherheitscharakter im Vordergrund steht und der Freispruch als Möglichkeit offenbleibt. Allerdings können derartige Massnahmen andere grundrechtliche Bestimmungen verletzen (etwa das Verbot unmenschlicher Behandlung).[3466]

Neben 55
den Strafverfolgungsbehörden ist die Unschuldsvermutung auch durch **andere staatliche Autoritäten** zu gewährleisten.[3467] Unterstellungen oder Behauptungen zur (noch nicht festgestellten) Schuld durch öffentliche Amtsträger und Bedienstete verleiten die Öffentlichkeit zur Annahme, die erhobenen Vorwürfe würden tatsächlich feststehen. Dies wiederum setzt das befasste Gericht unter Vorverurteilungsdruck und unterminiert sowohl die prozessuale Stellung der beschuldigten Person als auch ihren Leumund.[3468] Schliesslich besteht die Gefahr, dass in hierarchischen Behördenstrukturen die vorverurteilenden Aussagen hochrangiger Beamter von untergeordneten Bediensteten als Weisungen interpretiert werden.[3469]

Politischen Akteuren ist hingegen mehr Spielraum einzuräumen, selbst 56
wenn sie ein öffentliches Amt bekleiden. Im Interesse einer liberalen Demokratie sollten in der politischen Auseinandersetzung provokante Äusserungen zu laufenden Strafverfahren Platz haben.[3470] Allerdings ist nach dem jeweiligen Kontext der Äusserungen zu differenzieren: Tätigt der politische Mandatstragende seine Äusserungen im Kontext der jeweiligen staatlichen Amtsausübung, gilt das oben gesagte. Ausserhalb dieses Äusserungskontexts fällt der Massstab der Unschuldsvermutung zugunsten des politischen Meinungskampfes geringer aus.

Vorverurteilende Medienberichterstattung oder diffamierende Kampagnen 57
durch **Private** können das verfahrensführende Gericht in seiner

3466 OK-Heri, Art. 10 BV N. 96.

3467 Instruktiv Harding, S. 16 ff.; EGMR *Allenet de Ribemont gegen Frankreich*, Nr. 15175/89, 7.8.1995: französischer Innenminister; EGMR *Butkevicius gegen Litauen*, Nr. 48297/99, 26.3.2002: Parlamentspräsident.

3468 Meyer, Kommentar, Art 6 EMRK N. 337.

3469 EGMR *Butkevicius gegen Litauen*, Nr. 48297/99, 26.3.2002, N. 53.

3470 Vgl. Hettich/Schelker, S. 67 ff.

Unvoreingenommenheit beeinträchtigen.[3471] Dann wird sowohl die Unschuldsvermutung nach Art. 32 Abs. 1 BV als auch das Recht auf Privatleben des Betroffenen bzw. dessen Persönlichkeitsschutz (Art. 13 BV) verletzt. Gleichwohl fällt die private Medienberichterstattung in den Schutzbereich der Medienfreiheit i.S.v. Art. 17 BV, die als kritisch analysierende, freie und bewertende Presse für die liberale Demokratie wichtige und legitime Informationsinteressen der Allgemeinheit bedient (sog. *public watchdog*).[3472] Insofern bedarf es sorgfältiger Abwägung in zwei Richtungen: Journalist:innen sollen kritisch-analytisch über Tatvorwurf und Persönlichkeit der beschuldigten Person berichten (**Verdachtsberichterstattung**), jedoch keine Kampagne gegen eine beschuldigte Person führen dürfen,[3473] die in einer objektiven Betrachtungsweise die Besorgnis über eine Vorverurteilung als gerechtfertigt erscheinen lässt.[3474] Überdies greift bei verurteilungssteuernder Berichterstattung die durch das BGer anerkannte **staatliche Verpflichtung** zur Ergreifung geeigneter **Gegenmassnahmen**, um die Berichterstattung innerhalb der Grenzen gebotener Sachlichkeit zurückzuführen.[3475] Insofern kann die Schutzpflicht der verfahrensleitenden Strafverfolgungsbehörden es erfordern, aktiv in die Berichterstattungen einzugreifen um die mit der Unschuldsvermutung verbundenen Garantien zu gewährleisten.[3476] Appelle an die Selbstverantwortung von Medienschaffenden genügen zumeist nicht.[3477] Bei gravierender Verletzung von Verfahrensfairness und Unschuldsvermutung ist im Extremfall eine Verfahrenseinstellung angezeigt.[3478]

3471 BSK-Göksu, Art. 32 BV N. 6; empirisch erscheint dies allerdings schwer nachweisbar, vgl. Riklin, Vorverurteilung, S. 65, 69; instruktiv zu den Medieneinflüssen auf die Justiz bei Kiener, Unabhängigkeit, S. 207 ff.

3472 BGE 137 I 16 E. 2.4; Brunner, S. 90, 91 ff.; Hettich/Schelker, S. 65 f., 67 ff.; Hürlimann, S. 97, 100; Michlig, S. 60 ff.

3473 EGMR *Natsvlishvili und Togonidze gegen Georgien*, Nr. 9043/05, 29.4.2014, N. 105.

3474 Instruktiv Michlig, S. 75 ff.

3475 BGE 116 Ia 14 E. 7; BGE 116 IV 31 E. 5a; eine ähnliche Pflicht der staatlichen Behörden identifizieren CR-Macaluso/Garbarski, Art. 32 BV N. 31, die in diesem Zusammenhang von «horizontalen Wirkungen» des Art. 32 BV sprechen.

3476 EGMR *Craxi gegen Italien (Nr. 1)*, Nr. 34896/97, 5.12.2002, N. 98 ff.

3477 Zeller, S. 366 ff.

3478 Wohlers, StV 2005, 186, 189 f.

IV. INFORMATIONSANSPRUCH (ABS. 2 SATZ 1)

Art. 32 Abs. 2 Satz 1 BV erfordert in Anlehnung an Art. 6 Abs. 3 lit. a EMRK und Art. 14 Abs. 3 lit. a UNO-Pakt II, in einem Frühstadium des Strafverfahrens die beschuldigte Person detailliert über Art und Grund der gegen sie erhobenen Beschuldigungen in einer für sie verständlichen Sprache zu unterrichten. Damit konkretisiert Art. 32 Abs. 2 BV den Anspruch auf rechtliches Gehör[3479] nach Art. 29 BV bzw. Art. 3 Abs. 2 lit. c StPO und hängt mit der strafprozessualen Anklagemaxime gemäss Art. 9 StPO zusammen.[3480] Kernanliegen des Informationsrechts ist, die betroffene Person in die Lage zu versetzen, ihre **Verteidigung vorzubereiten**[3481] und zu ihrer **Verteidigung zu befähigen**.[3482] Insofern steht dieser Informationsanspruch in funktionalem Verhältnis zum effektiven Verteidigungsrecht in Art. 32 Abs. 2 Satz 2 BV und schützt vor Überrumpelung.[3483] Im Wesentlichen[3484] erstreckt sich der Informationsanspruch der beschuldigten Person auf: 58

- Art und Bewertung der vorgebrachten Anschuldigungen (Art. 158 Abs. 1 lit. a StPO; s.a. Art. 143 Abs. 1 lit. b StPO);
- die zustehenden Rechte (Art. 143 Abs. 1 lit. c, Art. 158 Abs. 1 lit. a-d StPO; s.a. Art. 143 Abs. 1 lit. c StPO);
- das Akteneinsichtsrecht (Art. 101, Art. 107 Abs. 1 lit. a, Art. 225 Abs. 2 StPO).

A. Zeitpunkt der Unterrichtung

Gemäss Art. 32 Abs. 2 Satz 1 BV sollen der «angeklagten» Person «möglichst rasch» Informationen über die gegen sie erhobenen Beschuldigungen zukommen. Damit soll der betreffenden Person zu einem frühzeitigen Verfahrensstadium, wo Entscheidungen über die Verteidigungsstrategie noch effektiv offenstehen, die **Wahrnehmung effektiver Verteidigungsrechte ermöglicht werden**. Der Angeklagtenbegriff des Art. 32 Abs. 2 Satz 1 BV ist 59

3479 Botschaft BV 1999 (1996), S. 187; Bommer, S. 196, 198; Garland, S. 180 f.

3480 BGE 149 IV 121, E. 1.2; CR-Macaluso/Garbarski, Art 32 BV N. 56.

3481 Biaggini, Art 32 BV N. 8; CR-Macaluso/Garbarski, Art 32 BV N. 55.

3482 So BGer 6B_460/2020 vom 10.3.2021 E. 1.4; BGE 143 IV 63 E. 2.2; EGMR (Grosse Kammer) *Pélissier und Sassi gegen Frankreich*, Nr. 25444/94, 25.3.1999, N. 54; vgl. bereits Erni, Verteidigungsrechte, S. 229, 231 im Kontext von Art. 31 Abs. 2 BV.

3483 Trechsel, Verteidigungsrechte, S. 337, 343.

3484 Instruktiver Überblick bei Bommer, S. 196, 198 ff. sowie Grodecki, S. 20 ff.

von der förmlichen Anklageerhebung losgelöst,[3485] da die Informationsrechte während der Ermittlungsphase bestehen.[3486] Entscheidend ist die **Beschuldigteneigenschaft** gemäss Art. 111 StPO.[3487] Der Beginn des Orientierungsanspruchs wird durch die implizite (z.B. Vornahme einer Massnahme) oder explizite Kenntnisnahme der betroffenen Person markiert, dass Ermittlungen gegen sie laufen. Dies ist spätestens bei der ersten Vernehmung der Fall (Art. 158 StPO).[3488] Unterbleibt die Orientierung, sind Beweise aus der Einvernahme absolut unverwertbar (Art. 158 Abs. 2 i.V.m. Art. 141 Abs. 1 StPO).[3489]

60 Aufgrund berechtigter Strafverfolgungsinteressen, etwa bei Gefährdung des Ermittlungserfolgs durch Vereitelungsversuche der beschuldigten Person, kann das Recht auf Unterrichtung **Beschränkungen** unterliegen.[3490] Gleichwohl ist die Unterrichtungspflicht mit der Wahrnehmung effektiver Verteidigungsrechte in Verbindung zu setzen. Deshalb stossen die Beschränkungen an ihre Grenzen, wenn durch sie die Schwächung der Verteidigung beabsichtigt wird oder Nachteile für das spätere Strafverfahren drohen. Wird der strafbehördliche Untersuchungserfolg nur wegen der Ausübung prozessualer Rechte bedroht, ist dem Informationsanspruch Vorrang einzuräumen.[3491] Während im ordentlichen Strafverfahren die Informationspflicht nach Art. 158 f. StPO aufgrund der ausdrücklichen behördlichen Verpflichtungen nach Art. 219 Abs. 1 und 2 StPO speditiv erfolgt,[3492] ergeben sich zum Verwaltungsstrafverfahren gravierende rechtsstaatliche Bedenken,[3493] weil die beschuldigte Person gemäss Art. 39 Abs. 3 i.V.m. Art. 55

3485 EGMR *Corigliano gegen Italien*, Nr. 8304/78, 10.12.1982, N. 35; EGMR *Padin Gestoso gegen Spanien*, Nr. 39519/98, 8.12.1998, N. 7; a.A. aber Fawcette, S. 184.

3486 Vgl. BSK-Ruckstuhl, Art. 158 StPO N. 7 ff.

3487 SK-Lieber, Art. 141 StPO N. 7.

3488 Karpenstein/Mayer-Meyer, Art. 6 EMRK N. 191; die formelle Anklageerhebung ist damit der späteste Zeitpunkt, indem die Information über Grund und Art der strafrechtlichen Vorwürfe der betroffenen Person zur Kenntnis gebracht werden kann: EGMR *Kamasinski gegen Österreich*, Nr. 9783/82, 19.12.1989, N. 78 ff.

3489 Zu den Konsequenzen dieser Unverwertbarkeit CR-Macaluso/Garbarski, Art 32 BV N. 60 m.w.N.

3490 Schär, S. 141, 146 ff.; vgl. auch Karpenstein/Mayer-Meyer, Art. 6 EMRK N. 195.

3491 Vgl. EGMR *Imbrioscia gegen die Schweiz*, Nr. 13972/88, 24.11.1993, N. 43.

3492 Insofern erscheint das Beispiel von BSK-Göksu, Art 32 BV N. 13 wenig praxistauglich.

3493 Treffend CR-Macaluso/Garbarski, Art 32 BV N. 59: unvereinbar mit Art. 32 Abs. 2 BV und Art. 6 EMRK.

VStrR länger als 72 Stunden ohne Beiziehung eines Rechtsbeistandes und ohne Unterrichtung über die Vorwürfe inhaftiert bleiben kann.[3494]

Unterliegt die Unterrichtungspflicht **Verzögerungen**, muss die Mitteilung so nachgeholt werden, dass hinreichend Gelegenheit zur Verfahrensvorbereitung bleibt.[3495] Die inhaltlichen Anforderungen zur Orientierung sind je nach Verfahrensstadium unterschiedlich (Mitteilung der Anklagepunkte bei der ersten Anhörung nach Art. 158 StPO; Anklageschrift nach Art. 325 Abs. 1 lit. f StPO[3496]). Es kann angezeigt sein, das Verfahren auszusetzen, um den Vorbereitungen durch die Verteidigung hinreichend Zeit einzuräumen. Aus konventionsrechtlicher Perspektive können Nachteile der beschuldigten Person allenfalls durch den Instanzenzug geheilt werden.[3497] Die Heilungsmöglichkeiten durch spätere Information wird vom EGMR grosszügig gehandhabt.[3498] 61

B. Inhaltliche Anforderungen an die Unterrichtung

Inhaltlich erstreckt sich das Recht auf Unterrichtung auf die Mitteilung des **vorgeworfenen Sachverhalts** (Beschreibungen zu Ort, Zeit und Gegenstand der vorgeworfenen Straftat)[3499] sowie die (vorläufige) **rechtliche Bewertung**[3500]der Strafverfolgungsbehörden.[3501] 62

Tatvorwurf und dessen strafrechtliche Einordnung dürfen nicht nur abstrakt mitgeteilt werden. Für die «umfassende» Unterrichtung der beschuldigten Person ist die Bekanntgabe **detaillierter Informationen** erforderlich,[3502] welche sich nach den Umständen des Einzelfalls und nach dem jeweiligen Verfahrensstadium bemisst.[3503] Zu prüfen ist, inwiefern die beschuldigte 63

3494 Ausführlich Eicker/Achermann/Lehner, S. 1450, 1458 ff.

3495 EGMR *Borisova gegen Bulgarien*, Nr. 56891/00, 21.12.2006, N. 43 ff.

3496 BGer 6B_651/2018 vom 17.10.2018 E. 3.3 m.w.N.

3497 EGMR *Dallos gegen Ungarn*, Nr. 29082/95, 1.3.2001, N. 47 ff.; vgl. hierzu Trechsel, Verteidigungsrechte, S. 337, 345.

3498 EGMR *Brozicek gegen Italien*, Nr. 10964/84, 19.12.1989, N. 42.

3499 BGE 141 IV 132 E. 3.4.1; BGE 143 IV 63 E. 2.2; BGer 6B_1404/2020 vom 17.1.2022 E. 1.3; BGer 6B_1003/2020 vom 21.4.2021 E. 1.2.1; BGer 6B_318/2020 vom 13.3.2021 E. 2.2; BGer 6B_63/2020 vom 10.3.2021 E. 2.2.; EGMR (Grosse Kammer) *Pélissier und Sassi gegen Frankreich*, Nr. 25444/94, 25.3.1999, N. 51 ff.; CR-Macaluso/Garbarski, Art 32 BV N. 56.

3500 EGMR *Brozicek gegen Italien*, Nr. 10964/84, 19.12.1989, N. 42.

3501 Biaggini, Art 32 BV N. 7; BSK-Göksu, Art. 32 BV N. 13; CR-Macaluso/Garbarski, Art 32 BV N. 56; Bommer, S. 196, 199 f.

Person mittels Unterrichtung Inhalt und Umfang der strafrechtlichen Vorwürfe verstehen und ihre Verteidigung innert angemessener Zeit vorbereiten kann.[3504] Nicht verlangt wird die Aufzählung konkreter Beweismittel.[3505]

64 Der Kenntnisstand des Ermittlungsverfahrens über die Faktenlage und rechtliche Beurteilung kann sich durch **Zeitfortschritt** der Sachverhaltsklärung verändern. Wenn sich dadurch Grund oder Art der Beschuldigung ändern, muss die Strafverfolgungsbehörde erneut informieren.[3506] Nur dann kann sich die beschuldigte Person wirksam auf neue oder veränderte Vorbringen vorbereiten.[3507]

C. Form und sprachliche Verständlichkeit

65 Grundsätzlich muss die Orientierung nicht schriftlich, sondern darf mündlich ergehen.[3508] Entscheidend ist, dass die Effektivität des Schutzzwecks nicht ausgehöhlt wird,[3509] was bspw. bei einer mündlichen Unterrichtung in einem komplex gelagerten Sachverhalt der Fall wäre. Angesichts der Bedeutung des Informationsanspruchs für die Effektivität der Verteidigung und der psychologischen Ausnahmesituation, in der sich die beschuldigte Person im Strafverfahren befindet, erscheint die rein mündliche Orientierung unangemessen. Zu fordern ist die **schriftliche Unterrichtung** über den vorgeworfenen Sachverhalt.[3510]

3502 BGer 6B_646/2017 vom 1.5.2018 E.5.1; BSK-Ruckstuhl, Art. 158 StPO N. 22; Erni, Verteidigungsrechte, S. 229, 233 f.; vgl. EGMR (Grosse Kammer) *Pélissier und Sassi gegen Frankreich*, Nr. 25444/94, 25.3.1999, N. 51 f.; EGMR (Grosse Kammer) *Sejdovic gegen Italien*, Nr. 56581/00, 1.3.2006), N. 89.

3503 BGer 6B_1262/2015 vom 18.4.2016 E.3.2.

3504 EGMR *Miraux gegen Frankreich*, Nr. 73529/01, 26.9.2006, N. 32.

3505 BGer 6B_518/2014 vom 4.12.2014 E.1.4 (keine Verpflichtung der Strafverfolgungsbehörde, ihr gesamtes Wissen vor der ersten Einvernahme offen zu legen); EGMR *Colozza gegen Italien*, Nr. 9024/80, 12.2.1985, N. 28 f.; EGMR *Rubinat gegen Italien*, Nr. 9317/81, 12.2.1985, N. 15 f.

3506 SK-Godenzi, Art. 158 StPO N. 15; BSK-Ruckstuhl, Art. 158 StPO N. 13 f.; EGMR (Grosse Kammer) *Pélissier und Sassi gegen Frankreich*, Nr. 25444/94, 25.3.1999, N. 51 ff.

3507 EGMR *Mattoccia gegen Italien*, Nr. 23969/94, 25.7.2000, N. 61; ähnlich CR-Macaluso/Garbarski, Art 32 BV N. 57.

3508 EGMR (Grosse Kammer) *Pélissier und Sassi gegen Frankreich*, Nr. 25444/94, 25.3.1999, N. 53; EGMR, *Drassich gegen Italien (Nr. 2)*, Nr. 25575/04, 22.2.2018, N. 66.

3509 EGMR *Miraux gegen Frankreich*, Nr. 73529/01, 26.9.2006, N. 32.

3510 CR-Macaluso/Garbarski, Art 32 BV N. 58 m.w.N.

Unabdingbar ist die **direkte und persönliche Unterrichtung der beschuldigten Person**,[3511] die ihr und ihrer Verteidigung förmlich zukommen muss.[3512] Die alleinige Unterrichtung des Rechtsbeistandes genügt nicht, denn das Informationsrecht will die prozessuale Subjektstellung der beschuldigten Person schützen.[3513] 66

Die Orientierung muss verständlich sein, damit die beschuldigte Person ihre Verteidigung effektiv organisieren kann. Daher muss die Unterrichtung in einer ihr **verständlichen Sprache** erfolgen.[3514] Herausforderungen bestehen, wenn die beschuldigte Person aufgrund psychischer Probleme Schwierigkeiten hat, die Vorwürfe zu verstehen.[3515] Neben der Vorgehensweise laut Art. 155 Abs. 2 StPO erscheint es zielführend, wie bei hör- bzw. sprechbehinderten Verfahrensbeteiligten nach Art. 143 Abs. 7 StPO eine schriftliche Mitteilung zu verfassen oder den Beizug einer geeigneten Person zu ermöglichen. 67

Das Postulat verständlicher Orientierung kann den Beizug einer Übersetzung nach Art. 68 Abs. 2 StPO erfordern,[3516] wenn die beschuldigte Person die Gerichtssprache offensichtlich nicht versteht.[3517] Ein Anspruch auf Übersetzung in die eigene Muttersprache besteht nicht; es genügt die Übersetzung in eine für die betroffene Person verständliche Sprache.[3518] Die beschuldigte Person muss allerdings ihren Übersetzungsbedarf bei nicht übersetzten Verfahrensschritten signalisieren.[3519] Von einem **Übersetzungsanspruch der Mitteilung oder der Anklageschrift** sieht nicht nur Art. 68 Abs. 2 StPO,[3520] sondern auch die EGMR-Rechtsprechung bisher ab, wenngleich der Gerichtshof vor damit einhergehenden Nachteilen für die beschuldigte Person warnt.[3521] Ein Anspruch auf schriftliche 68

3511 EGMR *Mattoccia gegen Italien*, Nr. 23969/94, 25.7.2000, N. 65.
3512 EGMR (Grosse Kammer) *Pélissier und Sassi gegen Frankreich*, Nr. 25444/94, 25.3.1999, N. 55.
3513 Wohl auch Villiger, Handbuch, N. 580.
3514 BGer 6B_446/2019 vom 5.7.2019 E. 1.3; BSK-Häring, Art. 143 StPO N. 4 f.; EGMR *Brozicek gegen Italien*, Nr. 10964/84, 19.12.1989, N. 41.
3515 BGE 145 IV 197 E. 1.3.4; EGMR *Vaudelle gegen Frankreich*, Nr. 35683/97, 30.1.2001, N. 65.
3516 BGE 143 IV 117 E. 3.1; BGE 145 IV 197 E. 1.3.3; CR-Macaluso/Garbarski, Art 32 BV N. 57; Boll, S. 261 ff.
3517 EGMR *Brozicek gegen Italien*, Nr. 10964/84, 19.12.1989, N. 41.
3518 BGer 6B_446/2019 vom 5.7.2019 E. 1.3.
3519 BGE 145 IV 197 E. 1.3.3; CR-Macaluso/Garbarski, Art 32 BV N. 57.
3520 BGE 143 IV 117 E. 3.1; BSK-Urwyler, Art. 68 StPO N. 6, 8.
3521 EGMR (Grosse Kammer) *Hermi gegen Italien*, 18114/02, 18.10.2006, N. 68.

Übersetzung erscheint jedoch für den Schutzzweck von Art. 32 Abs. 2 BV unausweichlich und angesichts moderner IT-Hilfsmittel zur automatisierten Übersetzung niederschwellig realisierbar.[3522]

V. EFFEKTIVE VERTEIDIGUNG (ABS. 2 SATZ 2)

69 Art. 32 Abs. 2 Satz 2 BV garantiert der beschuldigten Person die Geltendmachung der ihr zustehenden Verteidigungsrechte. Obwohl keine einzelnen Verteidigungsrechte ausdrücklich genannt werden, ist das Kernanliegen effektiver Verteidigung, der beschuldigten Personen konkret-praktische Verfahrensrechte zur Verteidigung zukommen zu lassen,[3523] um ihre **wirksame Teilhabe am Strafverfahren** zu gewährleisten.[3524] Wirksame Teilhabe heisst, in die Lage versetzt werden, sich konkret und effektiv gegen Vorwürfe der Strafverfolgungsbehörden wehren zu können.[3525] Hierfür bedarf es konkreter Verteidigungsrechte[3526] und angemessener Rahmenbedingungen.

70 Für die einzelnen Verteidigungsrechte ist auf die strafprozessuale Fachliteratur zu verweisen. Konkrete **Mindestvorgaben** zu strafprozessualen Verteidigungsrechten werden in **Art. 6 Abs. 3 EMRK** aufgezählt: Effektive Verteidigung erfordert insb. hinreichend Zeit und Gelegenheit zur Verfahrensvorbereitung, Selbstverteidigung bzw. Verteidigung durch den Rechtsbeistand über die Wahl- oder Amtsverteidigung, Konfrontation mit Belastungs- und Entlastungszeugen sowie allenfalls unentgeltlichen Beizug einer Dolmetscherin oder eines Dolmetschers.[3527]. Die Mindestvorgaben internationaler und verfassungsrechtlicher Herkunft werden auf gesetzlicher Ebene in der StPO konkretisiert.[3528] Nach legislativem Willen sind die strafrechtlichen Verfahrensgarantien über die Mindestvorgaben hinaus zu erweitern.[3529]

3522 Ausführlich Staffler, Sprachunterstützung, S. 21, 46 f.

3523 SGK-Vest, Art. 32 BV N. 29.

3524 CR-Macaluso/Garbarski, Art 32 BV N. 62; Gaede, Fairness, *passim*.

3525 BGer 6B_460/2020 vom 10.3.2021 E. 5.3: Anspruch der beschuldigten Person «auf sachkundige, engagierte und effektive Wahrnehmung ihrer Parteiinteressen.»

3526 CR-Macaluso/Garbarski, Art 32 BV N. 61: Verteidigungsrechte als «conditio sine qua non» des fairen Strafverfahrens.

3527 Biaggini, Art. 32 BV N. 9; ausf. Staffler, Sprachunterstützung, S. 21 ff.

3528 Einen Überblick gibt CR-Macaluso/Garbarski, Art 32 BV N. 64.

3529 So auch BSK-Göksu, Art. 32 BV N. 17 f.; CR-Macaluso/Garbarski, Art 32 BV N. 64.

Zu den **Rahmenbedingungen** effektiver Verteidigung gehört, dass die beschuldigte Person über den sachbezogenen Informationsanspruch (Art. 32 Abs. 2 Satz 1 BV) hinaus über ihre Verteidigungsrechte angemessen orientiert wird. Da Strafverfahren überaus komplex sind[3530] und für betroffene Personen gravierende Konsequenzen bereithalten, braucht die beschuldigte Person häufig Unterstützung eines Rechtsbeistandes im gesamten Strafverfahren, um sich angemessen verteidigen zu können. Schliesslich muss für eine effektive Verteidigung das konkrete Strafverfahren gesamthaft fair sein. 71

A. Orientierung über Verteidigungsrechte

Damit die beschuldigte Person die ihr zustehenden Verteidigungsrechte wirksam ausüben kann, muss sie diese kennen.[3531] Zumal Art. 32 Abs. 2 Satz 1 BV allein von der Orientierung über die erhobenen Beschuldigungen spricht, stützt sich der Anspruch der nicht-festgenommenen (Art. 31 Abs. 2 BV)[3532] beschuldigten Person auf **Orientierung über ihre Verteidigungsrechte** durch die Strafverfolgungsbehörden auf Art. 32 Abs. 2 Satz 2 BV i.V.m. Art. 158 Abs. 1 lit. b-d StPO.[3533]Diese hat ab der ersten Einvernahme zu erfolgen (Art. 158 Abs. 1 StPO), sodass insb. auf die Beschuldigtenstellung i.S.v. Art. 111 StPO abzustellen ist.[3534] Sowohl aus menschenrechtlichen Gründen als auch angesichts der psychologischen Ausnahmesituation für die beschuldigte Person[3535] ist es geboten, diese ab Ankunft auf der Polizeidienststelle, etwa im Rahmen der polizeilichen Anhaltung nach Art. 215 Abs. 1 lit. b, c StPO, über ihre Rechte aufzuklären.[3536] 72

Nach dem Willen des Gesetzgebers[3537] soll die einmalige Orientierung der beschuldigten Person über ihre Verteidigungsrechte genügen.[3538] Dies 73

3530 Vgl. EGMR *S.C. gegen das Vereinigte Königreich*, Nr. 60958/00, 15.6.2004, N. 29.

3531 Ebenso Boll, S. 211; Garland, S. 157 f.

3532 Ausführlich zu den Orientierungspflichten der festgenommenen Person nach Art. 31 Abs. 2 BV s. Zimmerlin, Miranda-Warning, S. 311, 317 ff.

3533 Vgl. Urwyler, Verteidigung, S. 171 f.

3534 Überblicksweise bei SK-Godenzi, Art. 158 StPO N. 6 ff.

3535 Bernhard, S. 231 m.w.N.

3536 Ebenso die Europäische Kommission zur Verhütung von Folter, Rapport au Conseil fédéral suisse relatif à la visite effectuée en Suisse par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains au dégradants (CPT) du 10 au 20 octobre 2011, CPT/Inf (2012) 26, Rz. 24 ff.

3537 SK-Godenzi, Art. 158 StPO N. 14.

überzeugt schon aufgrund der Diskrepanz zu den Hinweispflichten zwischen beschuldigter Person und anderen Verfahrensbeteiligten nicht.[3539] Vielmehr statuiert Art. 158 Abs. 1 StPO einen **Mindeststandard** für die durch die Strafverfolgungsbehörden vorzunehmende[3540] Rechtsbelehrung der beschuldigten Person in der ersten Einvernahme, während Art. 143 Abs. 1 lit. c StPO ausdrücklich eine umfassende Rechtsbelehrung fordert[3541]. Diese ist unabhängig vom Kenntnisstand der beschuldigten Person über ihre Verfahrensstellung, ihre Verfahrensrechte oder den Verfahrensgegenstand zu erteilen.[3542] Besonderes Augenmerk ist auf die Qualität der Belehrung zu legen, damit das Recht auf wirksame Verteidigung nicht ausgehöhlt wird.[3543]

B. Rechtsbeistand

74 Kernanliegen des Rechts auf einen Rechtsbeistand ist, der beschuldigten Person die Möglichkeit zu eröffnen am eigenen Strafverfahren informiert teilzuhaben und ihre Positionen im Verfahren bzw. im Urteilsbegründungsprozess hinreichend Gewicht zu verleihen. Die Verteidigung im Strafverfahren ist allein ihren Interessen verpflichtet (Art. 128 StPO).[3544] Insofern hat jede beschuldigte Person das Recht, sich selbst zu verteidigen oder eine:n Verteidiger:in beizuziehen.[3545] Sie kann eine von ihr selbst gewählte und bezahlte Verteidigung zuziehen (Art. 127 Abs. 5, Art. 129 StPO).[3546] Dies gilt auch für strafrechtliche Bagatellverfahren,[3547] laut BGer jedoch nicht für psychiatrische Begutachtungen der beschuldigten Person.[3548] Der Rechtsbeistand der beschuldigten Person ist als **Unterstützung des**

3538Botschaft Vereinheitlichung StPO (2006), S. 1192; BGer 6B_646/2017 vom 1.5.2018 E. 5.3; CR-Verniory, Art. 158 StPO N. 25.

3539Erni, Verteidigungsrechte, S. 229, 232; ausführlich zum Meinungsstand SK-Godenzi, Art. 158 StPO N. 14 m.w.N.

3540Zu dieser nicht unproblematischen behördlichen Belehrungskompetenz s. Garland, 170 ff.

3541SK-Godenzi, Art. 158 StPO N. 5, 17.

3542SK-Godenzi, Art. 158 StPO N. 18; a.M. Bommer, S. 196, 205 Fn. 69.

3543In der Literatur diskutiert wird dabei insb. die Rechtsbelehrung über die Kostentragungspflicht, s. dazu Wohlers, Fair Trial, S. 207, 208 u. SK-Godenzi, Art. 158 StPO N. 26.

3544Instruktiv Jeanneret, Le défenseur, S. 333 ff.

3545BGE 138 I 97 E. 4.1.1.

3546BGer 1B_289/2012 und 1B_291/2012 vom 28.6.2012 E. 2.3.2.

3547BGE 109 Ia 239 E. 5c.

3548BGE 144 I 253; a.A. Urwyler, Verteidigung, *passim*; zusammenfassend Urwyler, Teilnahmerecht, S. 49 ff.

Prozesssubjekts zur Verwirklichung seiner Teilhaberechte zu klassifizieren.[3549] Die wesentlichen Entscheidungen über die Verteidigungsstrategie obliegen der beschuldigten Person, die hierfür über eine entsprechende Informations- und Kenntnisbasis verfügen muss.[3550]

1. Selbstverteidigung

Vorbehaltlich der Fälle von Pflichtverteidigung steht der beschuldigten Person nach Wunsch das Recht auf **Selbstverteidigung** zu (Art. 129 Abs. 1 StPO).[3551] Wählt sie die Selbstverteidigung, hat sie entsprechende Handlungspflichten im Hinblick auf den Strafprozess sorgfältig wahrzunehmen. Dazu muss sie angemessene Möglichkeiten zur Akteneinsicht und Zugang zu Rechtstexten sowie Lehrbüchern haben.[3552] 75

Die informierte beschuldigte Person kann entscheiden, die Vorwürfe und Ausführungen der Anklage prozessual nicht zu bestreiten und am Verfahren mit einer **Prozessstrategie der Wehrlosigkeit** teilzuhaben.[3553] Entscheidend ist dann, dass sie die Reichweite ihrer Verteidigungsstrategie erkannt hat und als informiertes Prozesssubjekt an ihrem eigenen Strafverfahren wie sie es wünscht teilhaben kann. 76

Die Strafverfolgungsbehörden (insb. das Gericht) dürfen prüfen, ob es im Interesse der Rechtspflege angezeigt erscheint, trotz Selbstverteidigungswunsch einen Rechtsbeistand zu bestellen (insb. wenn die beschuldigte Person sich nicht selbst verteidigen kann).[3554] Im Falle fehlender Postulationsfähigkeit (Art. 130 lit. c StPO) sind die Strafverfolgungsbehörden zur entsprechenden Überprüfung verpflichtet (Art. 131 Abs. 1 StPO). Die Bestellung des **Rechtsbeistandes gegen den Willen der beschuldigten** 77

3549 J.P. Müller, Gerechtigkeit, S. 179: Anwalt als «Argumentations- und Artikulationshilfe für die Betroffenen [... als] notwendige Bedingung einer Rechtsprechung, in der sich Einsicht in das Richtige nur aus dem kontradiktorischen Gespräch unter Gleichen (Gebot der Symmetrie) eröffnet.»; treffend Wohlers, Pflicht, S. 55 («Verteidigung als Prozesssubjektsgehilfe der beschuldigten Person») mit einer mit einer partnerschaftlichen Konzeption des Verteidigerverhältnisses (70 ff.); instruktiv Gaede, Fairness, S. 517 ff., 528 ff.

3550 Meyer, Kommentar, Art. 6 EMRK N. 411.

3551 BGE 138 I 97 E. 4.1.1; vgl. auch EGMR *Foucher gegen Frankreich*, Nr. 22209/93, 18.3.1997, N. 35 f.

3552 So etwa Ambos, S. 583, 603 f.

3553 Welp, S. 101, 120 f.

3554 Hier wird den innerstaatlichen Gerichten ein breiter Wertungsspielraum eingeräumt: EGMR (Grosse Kammer) *Correia de Matos gegen Portugal*, Nr. 56402/12, 4.4.2018, N. 123 m.w.N.

Person ist ein schwerwiegender Eingriff in ihre Verteidigung, kann aber zulässig sein, wenn dies im Interesse der Rechtspflege notwendig erscheint und die beschuldigte Person weiterhin auf ihr eigenes Strafverfahren einwirken kann.[3555] Legitim (bzw. im Falle der notwendigen Verteidigung geboten) ist die zwangsweise Bestellung etwa dann, wenn im konkreten Einzelfall die Akteneinsicht nur der Verteidigung, nicht aber der beschuldigten Person zukommen kann.[3556] Der zwangsweise bestellte Rechtsbeistand darf die Verteidigung der informierten beschuldigten Person nicht nachteilig beeinflussen.[3557]

2. Notwendige Verteidigung

78 In den von Art. 130 StPO aufgezählten Fällen ist der Rechtsbeistand durch eine:n Verteidiger:in zwingend notwendig.[3558] Die Zwangsverteidigung begrenzt das Recht auf Selbstverteidigung im Strafprozess.[3559] Ihre *raison d'être* wird vielfältig diskutiert und teilweise als staatliche Fürsorgepflicht (Art. 132 Abs. 1 lit. a StPO)[3560] zur Abhilfe mangelnder Rechtskenntnisse und prozessualer Verteidigungsfähigkeiten, zur Wahrheitsfindung sowie zur Justizförmigkeit des Strafverfahrens interpretiert.[3561] Ist die Bestellung eines Rechtsbeistands angezeigt, ist dessen zwangsweise Beiordnung selbst dann zulässig[3562], wenn die beschuldigte Person diese ablehnt,[3563] da nach herrschender Ansicht nicht auf notwendige Verteidigung verzichtet werden kann.[3564] Der notwendige Verteidigungsbeistand kann laut BGer bei

3555 EGMR *Lagerblom gegen Schweden*, Nr. 26891/95, 14.1.2003, N. 50 ff.
3556 Meyer, Kommentar, Art. 6 EMRK N. 414 ff.
3557 EGMR *Croissant gegen Deutschland*, Nr. 13611/88, 25.9.1992, N. 28 ff.
3558 BGE 95 I 356 E. I.2; BGE 145 IV 407 E. 1.3.1; Bernhard/Homberger, S. 220 sprechen diesbezüglich vom Leitmotiv, dass der beschuldigten Person «durch das Strafverfahren besonders weitreichende Konsequenzen drohen».
3559 Gaede, Fairness, S. 559 f.
3560 BGE 143 I 164 E. 2.3.1; BGer 6B_334/2013, 6B_355/2013 vom 14.11.2013 E. 4.4.1.
3561 Ausführlich Bläsi, S. 9 ff.
3562 Instruktiv zur Rechtspraxis bei Summers/Garland/Studer, S. 133 ff.
3563 EGMR (Grosse Kammer) *Correia de Matos gegen Portugal*, Nr. 56402/12, 4.4.2018, N. 160 ff.
3564 BGE 131 I 350 E. 2.1; Wohlers, Rechtsfolgen, S. 366, 368 f.

Missbrauch der Verteidigungsrechte verwirkt werden,[3565] was in der Literatur zu Recht kritisch aufgefasst wird.[3566]

Für das Gebot effektiver Verteidigung nach Art. 32 Abs. 2 Satz 2 BV[3567] ist der **Bestellzeitpunkt** des Rechtsbeistands entscheidend. Dieser wird allgemeinhin von Art. 131 Abs. 1 StPO als «unverzüglich» beschrieben[3568] und für das Vorverfahren in Art. 131 Abs. 2 StPO näher umschrieben.[3569] 79

3. Wahlverteidigung

Die beschuldigte Person hat grundsätzlich das Recht auf **Wahl-** bzw. Privatverteidigung, also auf einen Rechtsbeistand durch eine:n Strafverteidiger:in ihrer Wahl (Art. 129 StPO).[3570] Der Kern der Wahlverteidigung besteht in der selbständigen Wahl und Mandatierung des Rechtsbeistandes der beschuldigten Person im Strafverfahren.[3571] Innerstaatlich verweist Art. 127 Abs. 5 StPO zum Rechtsbeistand der beschuldigten Person auf das schweizerische Anwaltsrecht, das die berufsmässige Vertretung vor Gericht gemäss Art. 2 Abs. 1 BGFA grundsätzlich der Anwaltschaft vorbehält.[3572] Davon unberührt bleibt die Ausnahme in Art. 127 Abs. 5 letzter Satz StPO, die sich auf kantonale Sonderbestimmungen bei der Verteidigung in Übertretungsstrafverfahren bezieht.[3573] 80

4. Amtsverteidigung

Als Kontrapunkt zur Wahlverteidigung versteht sich die **amtliche Verteidigung**. Hier wird die Verteidigung nicht von der beschuldigten Person, sondern von einer Behörde bestellt. Die Entschädigung übernimmt dabei die 81

3565 So BGE 131 I 185 E. 3.2.4 – dies betraf einen Beschuldigten, der auf die Inanspruchnahme des freigewählten Verteidigers für die angesetzte Verhandlung verzichtete, obwohl er grundsätzlich an ihm festhielt, und gleichzeitig die Bestellung eines anderen Verteidigers durch das Gericht bzw. die Vertagung der Verhandlung verlangte.

3566 BSK-Thommen, Art. 3 StPO N. 91.

3567 Für den Zusammenhang zwischen dem Gebot effektiver Verteidigung (Art. 32 Abs. 2 BV) und Art. 132 f. StPO s. BGE 141 I 124 E. 4.2; BGE 139 IV 113 E. 4.3; BGer 6B_4/2021 vom 2.6.2021 E. 4.2.

3568 Instruktiv Bläsi, S. 57 ff.

3569 Garland, S. 162 ff.

3570 Bommer, S. 196, 214.

3571 Vgl. BGer 6B_960/2019 vom 4.2.2020 E. 2.1.

3572 BGer 6B_195/2020 E. 1.2.1, 1.2.1; BGer 1B_59/2018 vom 31.5.2018 E. 2.4.

3573 BSK-Ruckstuhl, Art. 127 StPO N. 21.

öffentliche Hand (Art. 135 StPO).[3574] Trotz der unterschiedlichen Begründung des Rechtsverhältnisses zwischen beschuldigter Person und Verteidigung bestehen für den Rechtsbeistand dieselben Sorgfaltspflichten,[3575] dieselbe Unabhängigkeit gegenüber dem Staat[3576] und dieselbe einseitige Interessenswahrnehmung für die beschuldigte Person[3577] wie bei der Wahlverteidigung. Amtliche Verteidigung erstreckt sich auf das Verfahren erster und zweiter kantonaler Instanz. Für die strafrechtliche Beschwerde ans Bundesgericht wird das Recht auf Amtsverteidigung durch das BGer (wohl konventionswidrig[3578]) verneint,[3579] im Schrifttum hingegen bejaht.[3580]

82 Obwohl die verfahrensleitende Behörde die Verteidigung bestellt,[3581] gilt das **Recht auf Wahl eines Rechtsbeistands** in gewissem Umfang auch bei der amtlichen Verteidigung. Zwar besteht kein Anspruch auf eine:n Verteidiger:in freier Wahl (Art. 133 Abs. 2 StPO), doch sind die Präferenzen der beschuldigten Person hinreichend zu berücksichtigen,[3582] was ein Vorschlagsrecht für den amtlichen Rechtsbeistand impliziert.[3583] Insofern darf die Verfahrensleitung die durch die beschuldigte Person vorgeschlagene Wunschvertretung nur aus objektiven Gründen ablehnen.[3584] Nur so kann die Vertrauensbeziehung zwischen Mandantschaft und Rechtsbeistand aufgebaut und das Recht der informierten Teilnahme der beschuldigten Person (Art. 134

3574 Instruktiv zur Rechtspraxis bei Seitz, S. 33 ff.

3575 BGE 120 Ia 48 E. 2b/bb.

3576 BGE 143 III 10 E.3.2.1; BGer 1C_340/2018 vom 7.3.2019 E.5.5.

3577 Jeanneret, Le défenseur, S. 333 f.

3578 EGMR *Maxwell gegen das Vereinigte Königreich*, Nr. 18949/91, 28.10.1994, N. 40; EGMR *Boner gegen das Vereinigte Königreich*, Nr. 18711/91, 28.10.1994, N. 43; EGMR *Shulepov gegen Russland*, Nr. 15435/03, 26.6.2008, N. 32; EGMR *Sinichkin gegen Russland*, Nr. 20508/03, 8.4.2010, N. 34; EGMR *Dovzenko gegen die Ukraine*, Nr. 36650/03, 12.1.2012, N. 61; EGMR *Nikolayenko gegen die Ukraine*, Nr. 39994/06, 15.11.2012, N. 63.

3579 BGE 146 IV 364 E. 1.2 in Bezug auf die notwendige amtliche Verteidigung.

3580 Überblicksweise bei Bernhard/Homberger, S. 221, 222 ff. m.w.N.

3581 Bommer, S. 196, 217 f.; zur Problematik, wonach sich der fallführende Staatsanwalt seinen «Gegner» (in der Person des amtlichen Verteidigers) selbst auswählen kann, s. Erni, Unabhängigkeit, S. 280, 281.

3582 BGE 139 IV 133 E. 4.3; EGMR *Lagerblom gegen Schweden*, Nr. 26891/95, 14.1.2003, N. 54.

3583 BSK-Ruckstuhl, Art. 133 StPO N. 7; s.a. EGMR (Grosse Kammer) *Dvorski gegen Kroatien*, Nr. 25703/11, 20.10.2015, N. 81 f., 94 ff.; EGMR *Pavlenko gegen Russland*, Nr. 42371/02, 1.4.2010, N. 98.

3584 BGE 139 IV 133 E. 4.3; BSK-Ruckstuhl, Art. 133 StPO N. 8b; SK-Lieber, Art. 133 StPO N. 4 f., der eine Begründungspflicht zulasten der Verfahrensleitung bezüglich der sachlichen Gründe über das Nicht-Entsprechen des Wunsches statuiert.

Abs. 2 StPO) gewahrt werden.[3585] Kritisch ist, dass die Sprachkompetenz der Amtsverteidigung kein wesentliches Auswahlkriterium darstellt.[3586] und dass konventionsrechtlich keine Notwendigkeit zur Konsultation der beschuldigten Person vor Bestellung ihres Rechtsbeistandes besteht.[3587] Im Übrigen implizieren Vorschlagsrecht und Vertrauensbeziehung das grundsätzliche – wenngleich nach Art. 134 Abs. 2 StPO mit hohen Hürden versehene[3588] – Recht der beschuldigten Person, einen Rechtsbeistandswechsel herbeizuführen; allerdings sind dadurch Einschränkungen hinzunehmen, die die Verfahrensdurchführung sichern sollen.[3589]

Art. 132 Abs. 1 lit. a StPO regelt die **notwendige amtliche Verteidigung**, welche grundsätzlich vier Fälle betrifft. Erstens liegt eine notwendige amtliche Verteidigung vor, wenn die Person zwar selbst ihre Verteidigung bestimmen kann, ihre Bestellung aber trotz Aufforderung unterlässt (Art. 132 Abs. 1 lit. a Ziff. 1 StPO). Zweitens besteht eine solche, wenn bei notwendiger Verteidigung in einem laufenden Strafverfahren das Mandat der Wahlverteidigung entzogen oder niedergelegt und trotz Aufforderung kein neuer Rechtsbeistand ernannt wird (Art. 132 Abs. 1 lit. a Ziff. 2 StPO). Drittens liegt eine Umwandlung in notwendige amtliche Verteidigung vor, wenn im Zuge notwendiger Verteidigung die beschuldigte Person zwar zunächst eine Wahlverteidigung bestellt, wegen feststehender Mittellosigkeit diese aber nicht bezahlen kann.[3590] Viertens gebietet der Grundsatz wirksamer Verteidigung, dass eine amtliche Verteidigung trotz bestehender Wahlverteidigung bestellt wird, wenn diese ihre Beistandspflichten in gravierender Weise verletzt.[3591] 83

Wenn die beschuldigte Person mittellos und es im Interesse der Rechtspflege erforderlich ist, hat der Staat ihr einen **unentgeltlichen Verteidigungsbeistand** zu vermitteln (Art. 132 Abs. 1 lit. b StPO). Das in der StPO verankerte Institut der unentgeltlichen Verteidigung in Strafsachen setzt die Vorgaben aus Art. 29 Abs. 3 BV speziell für die Erfordernisse eines fairen 84

3585 Vgl. Stratenwerth, S. 217 f.
3586 EGMR *Lagerblom gegen Schweden*, Nr. 26891/95, 14.1.2003, N. 57 ff.
3587 EGMR *Franquesa Freixa gegen Spanien*, Nr. 53590/99, 21.11.2000, N. 1.
3588 BSK-Ruckstuhl, Art. 134 StPO N. 6 ff.
3589 Z.B. kein Aufschub nach Wechsel des Wahlverteidigers: EKMR *Frerot gegen Frankreich*, Nr. 24667/94, 20.5.1996.
3590 BGer 1B_461/2016 vom 9.2.2017 E. 2.2.2; BSK-Ruckstuhl, Art. 132 StPO N. 3.
3591 BGE 124 I 185 E. 3b; BGE 131 I 350 E. 4.1; SGK-Vest, Art. 32 BV N. 30.

Strafverfahrens nach Art. 32 Abs. 2 BV um. Erste Voraussetzung hierfür ist die **Mittellosigkeit;**[3592] der Grund für diese ist unerheblich. Besteht die Mittellosigkeit nur teilweise, kann der Staat die Bestellung des Rechtsbeistandes von einer Selbstbeteiligung der beschuldigten Person abhängig machen.[3593] Die Zuerkennung der unentgeltlichen Bestellung impliziert nicht zwingend die dauerhafte Freistellung von den Verteidigungskosten: Verbessert sich die finanzielle Lage der einst mittellosen beschuldigten Person nach ihrer Verurteilung, ist die Erhebung von Verteidigungskosten für die nicht mehr mittellose verurteilte Person zulässig.[3594] Diesem Grundsatz trägt Art. 135 Abs. 4 StPO entsprechend Rechnung, der die Rückerstattungspflicht der Kosten amtlicher Verteidigung bei Wegfall der Bedürftigkeit vorsieht.[3595] Die zweite Voraussetzung ist die Erforderlichkeit der Verteidigung zur **Wahrung der Interessen** der beschuldigten Person (Art. 132 Abs. 2 StPO, «*interests of justice*»), deren Auslegung an der bundesgerichtlichen Praxis zu Art. 29 Abs. 3 BV auszurichten ist. Dieses Erfordernis richtet sich innerhalb der Grenzen von Art. 132 Abs. 2 StPO nach der realistischen Chance auf wirksame Verteidigung und, folglich, inwiefern der beschuldigten Person eine konkrete und effektive Verteidigung zukommt.[3596] Für das Rechtsmittelverfahren erscheint die Verteidigungsbestellung zwingend.[3597] Liegen beide Voraussetzungen vor, ist der Staat verpflichtet, der nicht vertretenen beschuldigten Person eine Strafverteidigung beizustellen,[3598] sobald dies zur Wahrnehmung der Verteidigungsrechte erforderlich

---

3592 EGMR *Artico gegen Italien*, Nr. 6694/74, 13.5.1980, N. 34.

3593 EGMR *Morris gegen das Vereinigte Königreich*, Nr. 38784/97, 26.2.2002, N. 80 f., 88 ff.

3594 EGMR *Croissant gegen Deutschland*, Nr. 13611/88, 25.9.1992, N. 35 ff.; Trechsel, Verteidigungsrechte, S. 337, 362.

3595 Zur Kostenpraxis s. BSK-Ruckstuhl, Art 135 StPO N. 24 f.

3596 Diese Chance bemisst sich anhand des konkreten Falls nach der Unfähigkeit der beschuldigten Person zur Selbstverteidigung, EGMR *R.D. gegen Polen*, Nr. 29692/96, 34612/97, 18.12.2001, N. 48 ff.; der rechtlichen oder faktischen Komplexität, EGMR *R.D. gegen Polen*, Nr. 29692/96, 34612/97, 18.12.2001, N. 48; Callewaert, S. 366, 369; der Art der potentiellen (und höchstmöglichen) Strafe, EGMR *Quaranta gegen die Schweiz*, Nr. 12744/87, 24.5.1991, N. 33; EGMR *Mato Jara gegen Spanien*, Nr. 43550/98, 4.5.2000, N. 1a; EGMR *Perks und andere gegen das Vereinigte Königreich*, Nr. 25277/94 u.a., 12.10.1999, N. 76; Villiger, Strassburg, S. 279, 298; bzw. der persönlichen Befähigung und Umstände der betreffenden Person, EGMR *Quaranta gegen die Schweiz*, Nr. 12744/87, 24.5.1991, N. 35 f.

3597 BGE 129 I 281 E. 4.3; EGMR *Granger gegen das Vereinigte Königreich*, Nr. 11932/86, 28.3.1990, N. 42 ff.

3598 Der Wahlverteidiger hat allerdings gegenüber der amtlichen Verteidigungsbestellung Vorzug; EGMR *Croissant gegen Deutschland*, Nr. 13611/88, 25.9.1992, N. 29.

erscheint[3599] (gemäss Art. 131 StPO bereits im Ermittlungsverfahren). Grundsätzlich ausgeschlossen bleibt die amtliche Verteidigung gemäss Art. 132 Abs. 2 i.V.m. Abs. 3 StPO für sog. **Bagatellfälle**, deren Voraussetzungen exemplarisch im Gesetz aufgezählt werden. Durch diese Gesetzesformulierung (Abs. 2: «namentlich»; Abs. 3: «jedenfalls») bleibt die amtliche Verteidigung trotz Unterschreitung der Bagatellgrenzen ausnahmsweise möglich.[3600]

5. Rechtsbeistand erster Stunde

Das Recht auf anwaltlichen Beistand ab der ersten polizeilichen Befragung bzw. ersten staatsanwaltlichen Einvernahme (sog. «**Anwalt der ersten Stunde**»), welches auf Art. 159 StPO gründet, ist ein wichtiger Eckpfeiler für die Realisierung der strafprozessualen Waffengleichheit[3601] und damit des fairen Strafverfahrens.[3602] Dieser Anspruch entsteht mit der Inhaftierung bzw. zu Beginn der ersten Einvernahme (Art. 143 Abs.1 lit. c, Art. 158 Abs. 1 lit. c StPO).[3603] Funktional gilt das Recht auf Verteidigungsbeistand bereits im Ermittlungsverfahren; die beschuldigte Person hat in der ersten polizeilichen Vernehmung das Recht auf Zugang zu einem Rechtsbeistand.[3604] Da in Ermittlungsverfahren und insb. in der ersten Vernehmung entscheidende Weichenstellungen für die Strafverteidigung im konkreten Fall vorgenommen werden, wird aus dem Recht auf Rechtsbeistand der ersten Stunde auch ein Recht auf dessen Anwesenheit im Zuge der polizeilichen Vernehmung abgeleitet.[3605] Deshalb ist der Zugang zur Verteidigung entscheidend für die Bewertung des Geständnisses der beschuldigten Person und dessen Erlangung unter Verstoss gegen die Selbstbelastungsfreiheit.[3606] 85

Das Zugangsrecht zur Verteidigung gilt allerdings nicht absolut.[3607] Zwingende Umstände des konkreten Einzelfalls (z.B. terroristische 86

3599 EGMR (Grosse Kammer) *John Murray gegen das Vereinigte Königreich*, Nr. 18731/91, 8.2.1996, N. 70.

3600 Vgl. BGer 1B_23/2016 vom 8.2.2016 E. 2.5; BGer 1B_402/2015 vom 11.1.2016 E. 3.5.

3601 Garland, S. 154 ff.; Jeanneret, L'avocat, S. 44 ff. (zusammenfassend S. 48).

3602 Instruktiv Boll, S. 73 ff.

3603 Überblicksweise bei Wohlers, Fair Trial, S. 207, 211.

3604 EGMR (Grosse Kammer) *Salduz gegen die Türkei*, Nr. 36391/02, 27.11.2008, N. 52; ausführlich zur Entwicklung bei Schlegel, S. 163 ff.

3605 EGMR *Panovits gegen Zypern*, Nr. 4268/04, 11.12.2008, N. 66 f.: «assistance during an applicant's interrogation», «assistance during questioning»; instruktiv Schlegel, S. 335 ff.

3606 EGMR *Pavlenko gegen Russland*, Nr. 42371/02, 1.4.2010, N. 101.

Gefahrenabwehr)[3608] können eine **Einschränkung** erforderlich machen,[3609] wobei die diesbezügliche Darlegungspflicht den Staat trifft. Selbst wenn eine Einschränkung gerechtfertigt erscheint, kann das Strafverfahren in seiner Gesamtfairness betroffen sein, wenn die Verteidigungsrechte der betroffenen Person nachhaltig und erheblich beeinträchtigt sind.[3610] Ferner ist das Recht auf anwaltlichen Beistand in der Polizeivernehmung **verzichtbar**.[3611] Angesichts der einschüchternden Situation, in der sich dort eine beschuldigte Person befindet,[3612] und unter Bedachtnahme auf deren schwierige Beweisbarkeit, sind laut EGMR hohe Anforderungen an den wirksamen Verzicht zu stellen: Die beschuldigte Person muss sich der Tragweite eines Verzichtes hinreichend bewusst sein.[3613]

6. Verteidigungskommunikation

87 Art. 159 Abs. 2 und Art. 235 Abs. 4 Satz 1 StPO garantieren das Recht der (inhaftierten) beschuldigten Person auf Kontakt mit ihrem Rechtsbeistand.[3614] Bei fremdsprachigen Personen bedarf dies des **Beizugs einer übersetzenden Person** zu Verteidigungsgesprächen.[3615] Die beschuldigte Person darf persönlich oder schriftlich mit ihrem Rechtsbeistand ohne Kontrolle bzw. Beaufsichtigung kommunizieren.[3616] Inhaltlich unterliegt die Verteidigung dabei nicht einem Verbot (insb. nicht über die Schweigepflicht nach Art. 73 Abs. 2 StPO), ihre:n Mandant:in über den Inhalt von Dokumenten aus den Strafakten zu unterrichten; dies würde ihre Berufsregeln unzulässigerweise einschränken.[3617]

3607 Allerdings sind Einvernahmen ohne den Hinweis auf das Recht eines Anwalts der ersten Stunde nach Art. 158 Abs. 1 lit. b, 2 StPO i.V.m. Art. 141 Abs. 1 StPO absolut unverwertbar.

3608 EGMR (Grosse Kammer) *Ibrahim und andere gegen das Vereinigte Königreich*, Nr. 50541/08, 13.9.2016, N. 199 ff.

3609 EGMR (Grosse Kammer) *Salduz gegen die Türkei*, Nr. 36391/02, 27.11.2008, N. 55 ff.; Jeanneret, L'avocat, S. 44, 45 m.w.N.

3610 EGMR *Pavlenko gegen Russland*, Nr. 42371/02, 1.4.2010, N. 97, 101.

3611 Ausführlich Boll, S. 269 ff.; vgl. auch Chen, Verzicht, 33 ff.

3612 Schlegel, S. 150 f.

3613 EGMR (Grosse Kammer) *Salduz gegen die Türkei*, Nr. 36391/02, 27.11.2008, N. 59; Boll, S. 271 f. m.w.N. zur EGMR-Rechtsprechung.

3614 Boll, S. 139 ff.; Bommer, S. 196, 218 f.; Garland, S. 156.

3615 Überzeugend Boll, S. 261 ff.

3616 BGE 121 I 164 E. 2c.

3617 BGE 146 IV 218 E. 3.2.3.

Diese Kommunikation ist nur ausnahmsweise zu beschränken, wenn ein begründeter **Verdacht auf Missbrauch** besteht.[3618] Um den Ausnahmecharakter dieser Einschränkung zu bewahren, bedarf es der Genehmigung durch das Zwangsmassnahmengericht (Art. 235 Abs. 4 Satz 2 StPO). Zwingende Sicherheitsinteressen, die in Extremfällen flankierende Massnahmen erfordern, dürfen allerdings nicht die Vertraulichkeit der mündlichen oder schriftlichen Kommunikation zwischen Verteidigung und Mandant:in tangieren.[3619] 88

7. Schlechtverteidigung

Wirksame Verteidigung ist nicht allein durch die Bestellung oder Präsenz des anwaltlichen Beistandes garantiert;[3620] sie erfordert auch, dass der Rechtsbeistand die Rechte der beschuldigten Person effektiv wahrnimmt.[3621] Deshalb ergibt sich aus Art. 32 Abs. 2 BV (i.V.m. Art. 29 Abs. 3 BV und Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK) ein Anspruch der beschuldigten Person auf sachkundige, engagierte und effektive Wahrnehmung ihrer Parteiinteressen.[3622] Insofern wird infolge der StPO-Revision (Art. 133 Abs. 2 StPO) die Eignung der amtlichen Verteidigung berücksichtigt. Wie allerdings mit **Schlechtverteidigung** umzugehen ist, ist in der Praxis nicht restlos geklärt. Zwar kann die schwerwiegende Vernachlässigung von Berufs- und Standespflichten durch den Rechtsbeistand eine gerichtlich feststellbare Verletzung der Verteidigungsrechte der beschuldigten Person bewirken,[3623] jedoch führt nicht jede suboptimale Verteidigung zur Bejahung ihrer Unwirksamkeit.[3624] Ausschlaggebend ist, inwiefern die beschuldigte Person durch den Rechtsbeistand ihre Verteidigungsrechte (ohne unvertretbare Fehler) wahrnehmen konnte und ob der Rechtsbeistand (in Absprache mit ihr) eine bewusst gewählte Strategie zur Verteidigung vollzogen hat.[3625] 89

Sowohl BGer[3626] als auch EGMR[3627] nehmen an, dass Versäumnisse des Rechtsbeistands grundsätzlich der beschuldigten Person zuzurechnen sind. 90

3618 BGE 121 I 164 E. 2c.
3619 SGK-Vest, Art. 32 BV N. 37.
3620 EGMR *Imbrioscia gegen die Schweiz*, Nr. 13972/88, 24.11.1993, N. 38.
3621 EGMR *Artico gegen Italien*, Nr. 6694/74, 13.5.1980, N. 33 ff.
3622 BGer 6B_28/2018 vom 7.8.2018 E. 8.3; instruktiv Wohlers, Pflicht, S. 55, 59 ff.
3623 BGE 143 I 184 E. 2.2.2; BGE 138 IV 161 E. 2.4; BGE 131 I 185 E. 3.2.3; BGE 126 I 194 E. 3d; BGE 120 Ia 48 E. 2b/bb; BGer 6B_4/2021 vom 2.6.2021 E. 4.2.
3624 EGMR *Kamasinski gegen Österreich*, Nr. 9783/82, 19.12.1989, N. 65.

Die einzige vom BGer anerkannte Ausnahme gilt für grobe Fehler im Rahmen der notwendigen Verteidigung.[3628] Allerdings ist zu bedenken, dass die beschuldigte Person fachlich nicht in der Lage ist, ihren Rechtsbeistand zu überwachen.[3629] Insofern erscheint eine Interventionspflicht des Staates zur Sicherstellung effektiver Verteidigung ambivalent: Die Schutzbedürftigkeit der betreffenden Person steht der staatlichen Nichteinmischung in ihre Verteidigungsangelegenheiten gegenüber, wobei sich letztere sowohl aus der Autonomie der betreffenden Person und der Anwaltschaft als auch aus der Parteilichkeit der Strafverfolgungsbehörden ergibt.[3630] Konventionsrechtlich ist eine Schutzpflicht des Staates, Fehler von Wahl- oder Pflichtverteidigung zu beseitigen oder zu verhindern, schwer konzipierbar; gerade die Unabhängigkeit der Anwaltschaft spricht gegen eine staatliche Wächterschaft mit Interventionsbefugnissen.[3631] Gleichwohl ist mit dem BGer[3632] und dem Schrifttum[3633] eine **Überwachungspflicht der Strafverfolgungsbehörden zur grundsätzlichen Wirksamkeit der Verteidigung** zu befürworten. Als Exzesskontrolle greift sie nur bei offenkundig gravierendem Fehlverhalten[3634] und ist vom jeweiligen Verfahrenskontext abhängig, da je nach Prozessphase Verteidigungsversäumnisse heilbar sind.[3635] Als schwere Pflichtverletzungen durch die Verteidigung gelten laut BGer krasse Frist- und Terminversäumnisse, Fernbleiben von wichtigen Zeugeneinvernahmen, mangelnde Sorgfalt bei der Vorbereitung von Einvernahmen und anderen Prozesshandlungen sowie fehlende Vorsorge für Stellvertretungen.[3636] Laut EGMR sind etwa die Untätigkeit der Strafverteidigung,[3637] die

3626 BGE 143 I 284 E. 1.3 m.w.N.

3627 EGMR *Kamasinski gegen Österreich*, Nr. 9783/82, 19.12.1989, N. 65.

3625 MüKo-Gaede, Art. 6 EMRK N. 223; Gaede, Fairness, S. 895 ff.

3628 BGE 143 I 284 E. 1.3 u. 2.2 m.w.N.; anschaulich KassGer ZH AC110010 vom 1.6.2012.

3629 Kritisch daher Ashworth, S. 77, 272 ff., 290 f. und MüKo-Gaede, Art. 6 EMRK N. 229 f.

3630 Gaede, Schätze, S. 21, 47 ff. m.w.N.

3631 EGMR (Grosse Kammer) *Sejdovic gegen Italien*, Nr. 56581/00, 1.3.2006, N. 95.

3632 BGE 138 IV 161 E. 2.4; BGE 131 I 350 E. 4.1 u. 4.2; BGE 124 I 185 E. 3b; BGer 6B_4/2021 vom 2.6.2021 E. 4.2; BGer 6B_909/2018 vom 23.1.2019 E. 1.2.

3633 Karpenstein/Mayer-Meyer, Art. 6 EMRK N. 224.

3634 EGMR (Grosse Kammer) *Sejdovic gegen Italien*, Nr. 56581/00, 1.3.2006), N. 95; EGMR *Smyk gegen Polen*, Nr. 8958/04, 28.7.2009, N. 54 ff.

3635 Siehe beispielsweise Art. 358 Abs. 2 StPO mit der Nachbesserungsmöglichkeit für Rechtsmittelbegründungen; vgl. Graf, Verteidigung, S. 228 ff.

3636 BGE 143 I 284 E. 2.2.2 f.; BGE 120 Ia 48 E. 2c/d; BGer 6B_4/2021 vom 2.6.2021 E. 4.2; BGer 6B_1447/2020 vom 19.4.2021 E. 3.2; BGer 6B_1028/2019 vom 13.12.2021 E. 1.3.1; BGer 6B_909/2018 vom 23.1.2019 E. 1.2; BGer 6B_307/2016 vom 17.6.2016 E. 2.2.

Nichtanwesenheit bei der Beschuldigtenvernehmung im Ermittlungsverfahren[3638] oder die Nichtergreifung von Rechtsmitteln (trotz entsprechendem Wunsch der beschuldigten Person)[3639] als schwerwiegende Vernachlässigung von Verteidigungsaufgaben aufzufassen.

C. Gesamtfairness

Wirksame Teilhabe am Strafverfahren ist nur möglich, wenn das gesamte Strafverfahren fair ist. Dazu bedarf es der Balance zwischen **unterschiedlichen legitimen Interessen**, namentlich jener der Strafverfolgung, der beschuldigten Person sowie weiterer, verfahrensinvolvierter Personen unter Berücksichtigung der **Besonderheiten des Strafverfahrens**. In gewissen Fällen führt diese Interessensbalance dazu, dass der beschuldigten Person gravierende Nachteile im Strafverfahren aufgebürdet werden, etwa durch Einschränkung von Verteidigungsrechten. Dann stellt sich die Frage, ob das Strafverfahren dennoch insgesamt fair war. Da es sich hierbei um eine legitimationstheoretische Zentralfrage des Strafverfahrens handelt,[3640] verwundert es nicht, dass die Fairness des konkreten Strafverfahrens konventionsrechtlich abgesichert ist und der Kontrolle des EGMR unterliegen kann. 91

Methodisch befasst sich der EGMR zuerst mit strafprozessualen Einzelgarantien, bevor er in einem letzten Schritt die Balance aller involvierten Interessen im Zuge der sog. **Gesamtfairness des Strafverfahrens** prüft.[3641] Insofern unterzieht der EGMR potentiell fairnessgefährdenden Eingriffen einer Globalwertung zur Fairness des gesamten Strafverfahrens (einschliesslich des Ermittlungs- und Rechtsmittelverfahrens)[3642] und berücksichtigt dabei auch innerstaatliche Heilungs- und Wiedergutmachungsversuche.[3643] Die Gesamtfairness wird ferner bei speditiv durchgeführten Strafverfahren[3644] (z.B. *plea bargaining*[3645] 92

3637 EGMR *Artico gegen Italien*, Nr. 6694/74, 13.5.1980, N. 33, 36.
3638 EGMR *Imbrioscia gegen die Schweiz*, Nr. 13972/88, 24.11.1993, N. 41.
3639 EGMR *Andreyev gegen Estland*, Nr. 48132/07, 22.11.2011, N. 74.
3640 Statt vieler s. Summers, Influence, 281 ff.
3641 Gaede, Fairness, S. 427 ff.; Gless, N. 87 f.; CR-Macaluso/Garbarski, Art. 32 BV N. 60, 70.
3642 EGMR *Schenk gegen die Schweiz*, Nr. 10862/84, 12.7.1988, N. 46; EGMR (Grosse Kammer) *Pélissier und Sassi gegen Frankreich*, Nr. 25444/94, 25.3.1999, N. 45 f.; EGMR (Grosse Kammer) *Taxquet gegen Belgien*, Nr. 926/05, 16.11.2010, N. 84; EGMR *Kashlev gegen Estland*, Nr. 22574/08, 26.4.2016, N. 39; Summers, Fair trial, S. 169 ff.

oder abgekürzten Strafverfahren)[3646] nach der Willkür von Verkürzungen von Fairnessgarantien – etwa zum Beweisrecht[3647] – kontrolliert.[3648] Deshalb muss ein allfälliger Verzicht auf Vorteile bzw. Ansprüche der Fairnessgarantie – der aus freien Stücken[3649] ausdrücklich oder stillschweigend zu erklären ist – mit einem Mindestmass an der Verzichtsschwere entsprechenden Garantien verbunden sein.[3650] Zudem dürfen dem Verzicht keine wichtigen öffentlichen Interessen entgegenstehen.[3651] Neben den staatlichen Verfolgungsinteressen berücksichtigt der EGMR in seiner Gesamtfairnessprüfung auch die Perspektive der beschuldigten Person. Damit soll sie vor rechtsmissbräuchlicher Anwendung von Prozessvorschriften geschützt werden.[3652] Analoges gilt, wenn sich aufgrund ihrer speziellen Vulnerabilität ein besonderer Schutzbedarf ergibt (etwa bei der Strafverfolgung potentieller Opfer von Menschenhandel)[3653].

3643 EGMR (Grosse Kammer) *Öcalan gegen die Türkei*, Nr. 46221/99, 12.5.2005, N. 140 ff.; aus der Literatur s. Karpenstein/Mayer-Meyer, Art. 6 EMRK N. 266 f.; ausführlich Stelzer-Wieckowska, S. 232 ff. m.w.N.

3644 Vgl. Recommendation No. R (87) 18 of the Committee of Ministers to Member States concerning the Simplification of Criminal Justice.

3645 EGMR *Natsvlishvili und Togonidze gegen Georgien*, Nr. 9043/05, 29.4.2014, N. 90 f.; instruktiv Meyer, Plea Bargaining, S. 427 ff.

3646 EGMR *Di Martino und Molinari gegen Italien*, Nr. 15931/15, 16459/15, 25.3.2021, N. 29 f; siehe insb. die rechtsvergleichende Studie in EGMR *Natsvlishvili und Togonidze gegen Georgien*, Nr. 9043/05, 29.4.2014, N. 62 ff.

3647 Vgl. EGMR (Grosse Kammer) *Al-Khawajs und Tahery gegen das Vereinigte Königreich*, Nr. 26766/05, 15.12.2011, N. 131; EGMR (Grosse Kammer) *Schatschaschwili gegen Deutschland*, Nr. 9154/10, 15.12.2015, N. 123.

3648 EGMR (Grosse Kammer) *Scoppola gegen Italien (Nr. 2)*, Nr. 10249/03, 17.9.2009, N. 139; vgl. auch EGMR (Grosse Kammer) *Lhermitte gegen Belgien*, Nr. 34238/09, 29.11.2016, N. 67: Fairness als «vital safeguard against arbitrariness».

3649 EGMR *Pishchalnikov gegen Russland*, Nr. 7025/04, 24.9.2009, N. 78: «knowing and intelligent waiver».

3650 EGMR *Poitrimol gegen Frankreich*, Nr. 14032/88, 23.11.1993, N. 31.

3651 EGMR (Grosse Kammer) *Sejdovic gegen Italien*, Nr. 56581/00, 1.3.2006), N. 86; zum Ganzen s. BGer 6B_1394/2020 vom 13.12.2021 E. 1.2.2 m.w.N. (in Bezug auf das Konfrontationsrecht); aus der Literatur s. etwa Chen, Verzicht, S. 33 ff.; Zimmerlin, Verzicht, N. 538 f.; Wohlers, Rechtsfolgen, S. 366, 368 ff.; aus der Strassburger Rechtsprechung s. EGMR (Grosse Kammer) *Hermi gegen Italien*, 18114/02, 18.10.2006, N. 73; EGMR (Grosse Kammer) *Dvorski gegen Kroatien*, Nr. 25703/11, 20.10.2015, N. 100; EGMR (Grosse Kammer) *Murtazaliyeva gegen Russland*, Nr. 36658/05, 18.12.2018, N. 117 f.; EGMR *Dijkhuizen gegen die Niederlande*, Nr. 61591/16, 8.6.2021, N. 58.

3652 Art. 3 Abs. 2 lit. b StPO; vgl. EGMR *Coëme und andere gegen Belgien*, Nr. 32492/96, 22.6.2000, N. 102.

VI. GERICHTLICHE ÜBERPRÜFUNG (ABS. 3)

Art. 32 Abs. 3 BV garantiert jeder verurteilten Person das Recht auf Urteilsüberprüfung durch ein höheres Gericht.[3654] Diese Norm lehnt sich an Art. 2 EMRK ZP VII sowie Art. 14 Abs. 5 UNO-Pakt II an.[3655] Die Benennung der **judikativen Rechtsmittelgarantie** durch Art. 32 Abs. 3 BV erscheint bedeutsam, 93

weil ihr Anliegen über die Fairnessgarantie der EMRK hinausgeht. [3656] Denn Art. 6 EMRK gewährleistet nur eine Überprüfung der strafrechtlichen Anklage und nicht der gerichtlichen Verurteilung. Auch Art. 13 EMRK (Beschwerderecht) deckt dies nicht ab, denn diese Garantie gewährleistet nur eine Überprüfungsinstanz und nicht zwingend eine gerichtliche Überprüfung. [3657] Selbst die Rechtsweggarantie in Art. 29a BV beinhaltet keinen Anspruch auf einen gerichtlichen Instanzenzug.[3658] Insofern ist Art. 32 Abs. 3 BV mit der Rechtsweggarantie (Art. 29a BV)[3659] und den gerichtlichen Verfahrensgarantien (Art. 30 BV) verknüpft.[3660] Die Ausnahme in Art. 32 Abs. 3 Satz 2 BV hat für die strafrechtliche Rechtsprechung hingegen keine Bedeutung mehr.[3661]

Verfassungstheoretisch ergibt sich die Bedeutung gerichtlicher Überprüfung rechtsstaatlicher Strafverfahren wegen der Invasivität strafrechtlicher Grundrechtseingriffe und der daran anknüpfenden institutionellen Perspektive zur **richterlichen Unabhängigkeit** (Art. 191c BV). (Straf-)Gerichte sind im Rechtsstaat gegenüber anderen Staatsorganen unabhängig. Für ihre Legitimation ist ausschlaggebend, inwiefern sie konkrete Einzelfallentscheidungen ohne sachfremde Einflüsse in einem fairen 94

3653 EGMR *V.C.L. und A.N. gegen das Vereinigte Königreich*, Nr. 77587/12, 74603/12, 16.2.2021, N. 199 ff.

3654 BGE 147 IV 518 E. 3.1.

3655 Botschaft BV 1999 (1996), S. 187; CR-Macaluso/Garbarski, Art. 32 BV N. 66; s.a. BGer 6B_1261/2021 vom 5.10.2022 E. 1.3.1

3656 Villiger, Handbuch, N. 944.

3657 Kiener, Unabhängigkeit, S. 36 («keine Gerichtsgarantie»); Karpenstein/Mayer-Sinner, Art. 2 EMRK ZP VII N. 1; Villiger, Handbuch, N. 945.

3658 Biaggini, Art. 32 BV N. 13; CR-Macaluso/Garbarski, Art. 32 BV N. 65 zu; BSK-Waldmann, Art. 29a BV N. 5.

3659 OK-Kradolfer, Art. 29a BV N. 1 ff.

3660 CR-Macaluso/Garbarski, Art. 32 BV N. 65; OK-Kradolfer, Art. 29a BV N. 36.

3661 Biaggini, Art. 32 BV N. 14 («unvollständig» und im Übrigen heute «überflüssig»); BSK-Göksu, Art. 32 BV N. 21 («obsolet»); siehe bereits Botschaft BV 1999 (1996), S. 188.

(gerechten[3662]) Verfahren nach rechtlichen Gesichtspunkten herbeiführen können.[3663] Treffend hat Kiener den gerichtlichen Rechtsschutz in den Kontext einer institutionellen Grundrechtsgarantie gestellt: Das gerichtliche Überprüfungsrecht ist nicht nur zur Achtung der Gewaltenteilung (Art. 30 BV)[3664], sondern auch als «Ausdruck einer menschengerechten Behördenorganisation» (Art. 191c BV) essentiell.[3665]

95 Die Konzentration der strafjustiziellen Kompetenz in den Händen unabhängiger Gerichtsbarkeit erscheint angesichts der unterschiedlichen Interessen und Grundrechte aller Verfahrensbeteiligten von grosser Bedeutung. Gerade für die erstinstanzlich verurteilte Person ist eine gerichtliche Entscheidungsüberprüfung essentiell, zumal die Strafjustiz mit ihrer Verfolgungs-, Ermittlungs- und Anklagefunktion (Staatsanwaltschaft) und Aufklärungs-, Rechtsschutz- und Entscheidungsfunktion (Strafgerichte) trotz rechtsstaatlicher Sicherungen «ein riskantes Unterfangen bleibt».[3666] Die gerichtliche Überprüfung kann Risiken (lediglich) eindämmen, die sowohl Mitwirkungs- und Abwehrrechte der beschuldigten Person als auch jene Garantie betreffen, wonach staatliche Verfolgung und Bestrafung allein unter Einhaltung der Gesetze zu erfolgen hat. Die **Gewährleistung eines gerichtlichen Überprüfungsmechanismus** beinhaltet das Verbot einer Urteilskorrektur durch nicht-gerichtliche Behörden.[3667]

96 Die Garantie des strafgerichtlichen Instanzenzugs widerspricht nicht dem Grundsatz (institutioneller) Unabhängigkeit der vorangehenden Gerichtsinstanzen.[3668] Vielmehr sichert Art. 32 Abs. 3 BV die judikative Unabhängigkeit innerhalb der Staatsorganisation ab. Richter:innen bringen

---

3662 Griffel, N. 9.

3663 BSK-Koller, Art. 2 BGG N. 2; BSK-Wiprächtiger, Art. 4 StPO N. 3; ausführlich Kiener, Erosionen, S. 515, 519 ff.; im Kontext des Strafverfahrens s. Summers, Influence, S. 275, 304 ff.; vgl. auch Mahlmann, Strafrecht, 9, 38, wonach der Instanzenzug «Mechanismen der Selbstkontrolle im Strafrechtssystem [etabliert], die [...] der Autonomie von Menschen dienen.»

3664 BSK-Reich, Art. 30 BV N. 5 zu sowie Art. 191c BV N. 9; BSK-Koller, Art. 2 BGG N. 5; OK-Walther, Art. 30 N. 57.

3665 Instruktiv Kiener, Unabhängigkeit, S. 225 ff. (Zitat: 227; zitiert ohne Hervorhebungen im Original); BSK-Reich, Art. 191c BV N. 7 f.; BSK-Koller, Art. 2 BGG N. 6, 8, 15; BSK-Wiprächtiger, Art. 4 StPO N. 5, 6.

3666 Treffend Pieth, Strafprozessrecht, S. 294.

3667 Vgl. CR-Macaluso/Garbarski, Art. 32 BV N. 66.

3668 Kiener, Unabhängigkeit, S. 242 f.

unvermeidbar subjektive Ansichten und Wertungen[3669] in die judikativen Entscheidungsprozesse ein.[3670] Deshalb bedarf es institutioneller und organisatorischer Massnahmen, um subjektive Einflüsse in der Gerichtsentscheidung einzuhegen. Nur dann kann von einer rechtsstaatlichen Justizförmigkeit gerichtlicher Entscheidungen gesprochen werden. Diese Einhegung erfolgt durch Teilnahmerechte der Verfahrensbeteiligten (**Stärkung der Diskursivität des konkreten Verfahrens**) und durch Involvierung mehrerer Personen als Entscheidungsträger im konkreten Verfahren (**Pluralisierung richterlicher Subjektivität**).[3671] Neben Verfahrensöffentlichkeit und Kollegialentscheidung bietet der gerichtliche Instanzenzug eine staatsorganisatorische Absicherung der grundrechtlichen Gerichtsgarantie.[3672]

A. Rechtsmittelgarantie

Art. 32 Abs. 3 BV setzt die Verurteilung der betroffenen Person voraus; entsprechend gelten die Ausführungen zum sachlichen Geltungsbereich. Das Recht auf doppelten Instanzenzug in Strafsachen kommt nach Ansicht des BGer allein verurteilten Personen zu.[3673] Dessen Kontrollumfang ist weder verfassungs- noch konventionsrechtlich vorgeschrieben.[3674] Es ist dem Gesetzgeber überlassen, 97

- ob er eine zweite Rechts- und Tatsacheninstanz (Berufung) oder eine alleinige auf Rechtskontrolle beschränkte Beschwerde (Revision) schafft,[3675]
- ob die Einlegung des Rechtsmittels von einer vorgeschalteten Zulässigkeitsprüfung abhängt,[3676] oder

3669 Ein Beispiel ist etwa der sog. «Perseveranzeffekt», nämlich die Beeinflussung von Richter:innen durch den Inhalt der Ermittlungsakten; instruktiv Schünemann, Richter, S. 159 ff.; im digitalen Kontext Staffler/Jany, Künstliche Intelligenz, S. 164, 175 f.

3670 Der Einsatz von Künstlicher Intelligenz im strafjustiziellen Bereich ist ein Versuch, diesen «Defiziten» zu begegnen, s. Christoph, S. 59, 60 f.

3671 Treffend Kiener, Unabhängigkeit, S. 336; s.a. BSK-Wiprächtiger, Art. 4 StPO N. 14.

3672 Kiener, Unabhängigkeit, S. 337 f., 338 ff., 341 f.

3673 BGer 6B_253/2021 vom 22.10.2021 E. 2.2; BGer 6B_977/2020 vom 27.1.2022 E. 2.2; BGer 6B_1325/2020 vom 18.5.2022 E. 2.4.

3674 BGE 129 I 281 E. 4.3; BGer 6B_1261/2021 vom 5.10.2022 E. 1.3.1; Biaggini, Art. 32 BV N. 13; Botschaft BV 1999 (1996), S. 188.

3675 BGE 129 I 281 E. 4.3; CR-Macaluso/Garbarski, Art. 32 BV N. 66 ff. mit einem Literaturüberblick.

- ob er eine Bagatellschwelle vorsieht.[3677]

98 Die Verwirkung eines Rechtsmittels kann nur bei einem unentschuldigtem «Totalversäumnis» sowohl des Rechtsbeistands als auch (!) der beschuldigten Person eintreten.[3678] Wird die beschuldigte Person in einem Abwesenheitsverfahren trotz Rechtsbeistand verurteilt,[3679] so muss sie gemäss Art. 368 StPO die Möglichkeit einer Überprüfung der Verurteilung haben.[3680]

B. Rechtsweggarantie

99 Wie Vest treffend hervorhebt, enthält Art. 32 Abs. 3 BV zusätzlich eine Rechtsweggarantie, die Art. 29a BV vorzeichnet.[3681] Aus Art. 29a, 32 Abs. 3 und 191b BV i.V.m. Art. 80 Abs. 2 BGG ergibt sich die Pflicht für die Kantone, einen judikativen Rechtsweg für Strafverfahren vorzusehen (**Pflicht der Doppelinstanzlichkeit**).[3682] Inhaltlich gewährleistet das Recht auf gerichtliche Überprüfung den Anspruch auf ein **Rechtsmittel mit Devolutiveffekt**, also eine Sachentscheidung durch eine im Instanzenzug übergeordnete Gerichtsinstanz.[3683]

100 Diese Rechtsweggarantie ist **verzichtbar**,[3684] das Überspringen einer gerichtlichen Instanz ist mit Zustimmung des Betroffenen zulässig.[3685] Auch bei Absprachen im Strafverfahren ist ein Verzicht auf das Rechtsmittel zulässig, sofern die beschuldigte Person ihren Verzicht aufgrund einer informierten und freiwilligen Entscheidung über ihr Grundrecht auf Urteilsüberprüfung trifft und wesentliche öffentliche Interessen nicht dagegensprechen.[3686]

3676 BGE 128 I 237 E. 3; EGMR *Hubner gegen Österreich*, Nr. 34311/96, 31.8.1999.

3677 EGMR *Kindlhofer gegen Österreich*, Nr. 20962/15, 26.10.2021, N. 42 f.

3678 BGE 133 I 12 E. 4 u. 5.

3679 Instruktiv zum Abwesenheitsverfahren OK-Weingart, Art. 366 StPO N. 1 ff.

3680 OK-Weingart, Art. 368 StPO N. 1 ff.; EGMR *Medenica gegen die Schweiz*, Nr. 20491/92, 14.6.2001, N. 54; EGMR *Krombach gegen Frankreich*, Nr. 29731/96, 13.2.2001, N. 85, 96 ff.

3681 Vgl. BGer 1B_224/2020 vom 12.5.2021 E. 3.1; instruktiv zur Rechtsweggarantie bei Griffel, N. 16 ff.

3682 Der Grundsatz der Doppelinstanzlichkeit ergibt sich aus Art. 80 Abs. 2 BGG, nicht jedoch aus der BV; vgl. aber BGE 147 IV 167 E. 1.5.1; BGE 148 IV 124 E. 2.6.3, die auf Art. 80 Abs. 2 BGG und Art. 32 Abs. 3 BV abstellen.

3683 Karpenstein/Mayer-Sinner, Art. 2 EMRK ZP VII N. 6.

3684 EGMR *Litwin gegen Deutschland*, Nr. 29090/06, 3.11.2011, N. 47.

3685 SGK-Vest, Art. 32 BV N. 49.

Zum Autor

Dr. iur. Lukas Staffler, LL.M. (London), ist Oberassistent für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Universität Zürich, Senior Lecturer am MCI | The Entrepreneurial School (Österreich), zugelassener Rechtsanwalt|Avvocato (RAK Bolzano|Bozen, Italien) Counsel|Rechtsanwalt bei AWZ Rechtsanwälte in Innsbruck, Österreich. Seine Schwerpunkte in Lehre und Forschung liegen insb. in der Internationalisierung und Europäisierung des Strafrechts.

EMPFOHLENE WEITERFÜHRENDE LEKTÜRE

Gaede Karsten, Fairness als Teilhabe – Das Recht auf konkrete und wirksame Teilhabe durch Verteidigung gemäß Art. 6 EMRK, Berlin 2007.

Grodecki Stéphane, Portée pratique de principe de l'accusation, forumpoenale 2015, S. 20–26.

Jeanneret Yvan, Le défenseur et l'autorité pénale: confiance ou méfiance?, forumpoenale 2015, S. 333–337.

Thurnherr, Daniela, Verfahrensgrundrechte, in: Diggelmann Oliver/Randall Maya Hertig/Schindler, Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Bd. II, Zürich 2020, 1477–1498.

Wohlers, Wolfgang, Fair Trial – Grundpfeiler oder Feigenblatt? Bedeutung und Funktion des Fairnessgebots im Strafprozess, forumpoenale 2019, 207–214.

LITERATURVERZEICHNIS

Albrecht Peter-Alexis, Die vergessene Freiheit: Strafrechtsprinzipien in der europäischen Sicherheitsdebatte, 3. Aufl., Berlin 2011.

Ambos Kai, Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte und die Verfahrensrechte: Waffengleichheit, partizipatorisches Vorverfahren und Art. 6 EMRK, ZStW 2003, S. 583–637.

Ashworth Andrew, Human Rights, Serious Crime and Criminal Procedure, London 2002.

3686 EGMR *Natsvlishvili und Togonidze gegen Georgien*, Nr. 9043/05, 29.4.2014, N. 96; ausführlich Meyer, Plea Bargaining, S. 427, 428 ff.

Asselineau Vincent, Agenda 2020: A new Roadmap on minimum standards o certain procedural safeguards, New Journal of European Criminal Law 2018, S. 184–190.

Aubert Jean-François/Cagianut Francis/Höhn Ernst/Schweizer Rainer J./ Vallender Klaus (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft vom 19. Mai 1874, Basel-Zürich-Bern 1987-1996 (zit.: Aubert/Cagianut/Höhn/Schweizer/Vallender- Bearbeiter:in).

Baade Björnstjern, Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte als Diskurswächter, Heidelberg 2017.

Baldegger Mirjam, Menschenrechtsschutz für juristische Personen in Deutschland, der Schweiz und den Vereinigten Staaten, Berlin 2017.

Barth Tano, La maîtrise des faits par l'avocat, Bern 2022.

Bernhard Stephan, Take Care – Fürsorge als Basis der Verteidigung, forumpoenale 2015, S. 231–236.

Bernhard Stephan/Homberger Benedikt, Amtliche Verteidigung vor Bundesgericht – Zugleich eine Besprechung von BGE 149 IV 364, forumpoenale 2021, S. 220–226.

Biaggini, Giovanni, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017.

Bläsi Linda, Der Zeitpunkt der Bestellung der notwendigen Verteidigung, Zürich 2019.

Boll Damian, „Verteidigung der ersten Stunde“ gemäss schweizerischer StPO, Zürich 2020.

Bommer Felix, Parteirechte der beschuldigten Person bei Beweiserhebung in der Untersuchung, recht 2010, S. 196–220.

Bonnard Yves/Grisel Guillaume, L'Accord UBS: spécificités, validité, conformité aux droits de l'homme, RDAF 2010, S. 361–400.

Böse Martin (Hrsg.), Enzyklopädie Europarecht, Band 11: Europäisches Strafrecht, 2. Aufl, Baden-Baden 2021 (zit.: EnzEuR-Bearbeiter:in).

Böse Martin, Wirtschaftsaufsicht und Strafverfolgung. Die verfahrensübergreifende Verwendung von Informationen und die Grund- und Verfahrensrechte des Einzelnen, Tübingen 2005.

Breitenmoser Stephan, Neuere Rechtsentwicklungen in den Bereichen der internationalen Amts- und Rechtshilfe, in: Ehrenzeller Bernhard (Hrsg.), Aktuelle Fragen der internationalen Amts- und Rechtshilfe, St. Gallen 2005, S. 9–40.

Brüning Janique, Das Verhältnis des Strafrechts zum Disziplinarrecht. Unter besonderer Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Grenzen staatlichen Strafens, Baden-Baden 2017.

Brunner Andreas, Die verlorene Ehre der Medien!?, forumpoenale 2013, S. 90–96.

Callewaert Johan, Die EMRK und die Verfahrensgarantien / Probleme der Anwendung des Art. 6 EMRK, EuGRZ 1996, S. 366–369.

Capus Nadja, Strafrecht und Souveränität: Das Erfordernis der beidseitigen Strafbarkeit in der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen, Bern / Baden-Baden 2010.

Chen Zhuoli, Der Verzicht auf Verfahrensrechte durch die beschuldigte Person im Schweizerischen Strafprozess, Zürich 2014 (zit.: Chen, Verzicht).

Chen Zhuoli, Die verspätete Rüge von Beweisverwertungsverboten im Strafprozess, forumpoenale 2012, S. 163–166 (zit.: Chen, Rüge).

Christoph Stefan, Gedanken zum Einsatz künstlicher Intelligenz „auf der Richterbank“ in Strafverfahren - Vielversprechender Effektivitätsbooster oder problematischer Subsumtionsautomat, in: Giannini Alessandro/Ibold Victoria/Köpferl Georg/Neßeler Karin/Neumann Laura/Niedernhuber Tanja/Peters Kristina/Steenbreker Thomas (Hrsg.), Strafrecht im Angesicht der Digitalisierung, Baden-Baden 2022, S. 59–78.

Cras Steven/De Matteis Luca, The Directive on Interpretation and Translation in Criminal Proceedings, eucrim 2010, S. 153–162.

Dannecker Christoph, Konturierung prozessualer Gewährleistungsgehalte des nemo tenetur-Grundsatzes anhand der Rechtsprechung des EGMR, ZStW 2015, S. 991–1017 (zit.: Dannecker, Konturierung).

Dannecker Christoph, Der nemo tenetur-Grundsatz – prozessuale Fundierung und Geltung für juristische Personen, ZStW 2015, S. 370–409 (zit.: Dannecker, Grundsatz).

Donatsch Andreas/Arnold Irene, Auswirkungen der EMRK auf das schweizerische Strafprozessrecht, in: Jaag Tobias/Kaufmann Christine (Hrsg.): 40 Jahre Beitritt der Schweiz zur EMRK, Zürich 2015, S. 91–113.

Donatsch Andreas/Cavegn Claudine, Ausgewählte Fragen zum Beweisrecht nach der schweizerischen Strafprozessordnung, ZStrR 2008, S. 158–173.

Donatsch Andreas/Heimgartner Stefan/Simonek Madeleine, Internationale Rechtshilfe unter Einbezug der Amtshilfe in Steuerrecht, 3. Aufl. Zürich 2014.

Donatsch Andreas/Schwarzenegger Christian/Wohlers Wolfgang, Strafprozessrecht, 2. Aufl., Zürich 2014.

Donatsch Andreas/Smokvina Jasmina, Der "Nemo-tenetur-Grundsatz im Strafverfahren gegen Unternehmen: insbesondere unter Berücksichtigung der Kombination von Verwaltungs- und Strafverfahren, in: Weber Rolf H./Stoffel Walter A./Chenaux Jean-Luc/Sethe Rolf (Hrsg.), Aktuelle Herausforderungen des Gesellschafts- und Finanzmarktrechts: Festschrift für Hans Caspar von der Crone zum 60. Geburtstag, Zürich 2017, S. 863–878.

Donatsch Andreas/Lieber Viktor/Summers Sarah/Wohlers Wolfgang (Hrsg.), Schulthess Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung StPO, 3. Aufl., Zürich 2020 (zit.: SK- Bearbeiter:in).

Ehrenzeller, Benhard/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/Genf 2023 (zit.: SGK-Bearbeiter:in).

Eicker Andreas, Zum Vorentwurf für eine gesamtschweizerische Strafprozessordnung, Staatsanwaltliche Kompetenz-Konzentration und ihre Kompensationsmöglichkeiten im Ermittlungsverfahren, AJP 2003, S. 13–22.

Eicker Andreas/Achermann Jonas/Lehner Julia, Zur Zulässigkeit eines Rückgriffs auf Bestimmungen der StPO im Verwaltungsstrafverfahren, AJP 2013, S. 1450–1466.

Elster Jon, Tyranny and Brutality of the Majority, in: Novak Stéphanie/Elster Jon (Hrsg.), Majority Decisions, Cambridge 2014, S. S. 159–176.

Engler Marc, Die Vertretung des beschuldigten Unternehmens, Zürich 2008.

Erni Lorenz, Unabhängigkeit der Strafverteidigung, forumpoenale 2018, S. 280–285 (zit.: Erni, Unabhängigkeit).

Erni Lorenz, Die Verteidigungsrechte in der Eidg. Strafprozessordnung, insbesondere zum „Anwalt der ersten Stunde, ZStrR 2007, S. 229–241 (zit.: Erni, Verteidigungsrechte).

Esser Robert, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht, Berlin 2002.

Fassbender Benjamin, Verfassung als plurales Gefüge, in: Diggelmann Oliver/Randall Maya Hertig/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Bd. I, Zürich 2020, S. 187–205.

Fawcette James Edmund Sandford, The application of the European Convention on Human Rights, 2. Aufl., Oxford 1987.

Fiolka Gerhard, Das „Vertrauensprinzip" in der Rechtshilfe als organisierte Unverantwortlichkeit, in: Jositsch Daniel/Schwarzenegger Christian/Wohlers Wolfgang (Hrsg.), Festschrift für Andras Donatsch, Zürich 2017, S. 605–617.

Gaede Karsten, Sanktion durch Verfahren, ZStW 2017, S. 911–960 (zit.: Gaede, Sanktion).

Gaede Karsten, Ungehobene Schätze in der Rechtsprechung des EGMR für die Verteidigung? Argumentationspotentiale und Verteidigungschancen des Art. 6 EMRK, in: Gaede Karsten/Meyer Frank/Schlegel Stephan (Hrsg.), HRRS-Festgabe für Gerhard Fezer, Hamburg 2008, S. 21–51 (zit.: Gaede, Schätze)

Gaede Karsten, Fairness als Teilhabe – Das Recht auf konkrete und wirksame Teilhabe durch Verteidigung gemäß Art. 6 EMRK, Berlin 2007 (zit.: Gaede, Fairness).

Gärditz Klaus F., Demokratische Sonderstellung des Strafrechts?, in: Bäcker Matthias/Burchard Christoph (Hrsg.), Strafverfassungsrecht, Tübingen 2022, S. 15–51.

Garland Lorenz, Waffengleichheit im Vorverfahren, Berlin / Bern 2019.

Geth Christopher, Strafe auf Verdacht, ZStrR 2022, S. 383–402.

Gless Sabine, Internationales Strafrecht, 3. Aufl., Basel 2021.

Grabenwarter Christoph, Wirkungen eines Urteils des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte – am Beispiel des Falls M. gegen Deutschland, JZ 2010, S. 857–869.

Grabenwarter Christoph/Pabel Katharina, Europäische Menschenrechtskonvention, 7. Aufl., München 2021.

Graf Damian K., Schweigen ist Blei: Aussageverweigerung als Schuldindiz im Strafprozessrecht?, SJZ 2015, S. 189–193 (zit.: Graf, Schweigen).

Graf Titus, Effiziente Verteidigung im Rechtsmittelverfahren, Zürich 2000 (zit.: Graf, Verteidigung).

Griffel Alain, Rechtsschutz, in: Diggelmann Oliver/Randall Maya Hertig/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Bd. II, Zürich 2020, S. 1073–1093.

Grodecki Stéphane, Portée pratique de principe de l'accusation, forumpoenale 2015, S. 20–26.

Harding Nicolas, Staatliche Öffentlichkeitsarbeit in sozialen Netzwerken, Tübingen 2023.

Heimgartner Stefan, Auslegungs- und Rechtsfindungsmethodik im Strafprozessrecht, AJP 2016, S. 3–13 (zit.: Heimgartner, Rechtsfindungsmethodik).

Heimgartner Stefan, Auslieferungsrecht, Zürich 2002 (zit.: Heimgartner, Auslieferungsrecht).

Heneghan Sean, Das Bundesgericht und die verdeckte Ermittlung, AJP 2022, S. 969–983.

Hettich Peter/Schelker Mark, Medien im digitalen Zeitalter, Zürich 2016.

Hottelier Michel, Verfahrensgarantien, in: Thürer Daniel/Aubert Jean-François/Müller Jörg Paul (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, S. 809–822.

Hürlimann Brigitte, « Die verlorene Ehre der Medien!? Interessen der Strafverfolgung und der Parteien „contra“ Anspruch der Medien auf Information, forumpoenale 2013, S. 97–103.

Jeanneret Yvan, Le défenseur et l’autorité pénale: confiance ou méfiance?, forumpoenale 2015, S. 333–337 (Jeanneret, Le défenseur).

Jeanneret Yvan, L'avocat de la première heure dans le CPP: une innovation déjà dépassée?, forumpoenale 2011, S. 44–49 (zit. : Jeanneret, L’avocat).

Jeanneret Yvan/Kuhn André/Perrier Depeursinge Camille (Hrsg.), Commentaire Romand Code de procédure pénale suisse, 2e édition, Basel 2019 (zit.: CR-Bearbeiter:in)

Jositsch Daniel: Medienarbeit als Bestandteil der Strafverteidigung, ZStrR 2004, S. 115–139.

Karpenstein Ulrich/Mayer Franz C. (Hrsg.), EMRK Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten Kommentar, 3. Aufl., München 2022 (zit.: Karpenstein/Mayer-Bearbeiter:in).

Keller Helen/Kühne Daniela, Zur Verfassungsgerichtsbarkeit des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, ZaöRV 2016, S. 245–307.

Kiener Regina, «Erst die Gerichte, der Rest folgt nach». Erosionen der Rechtsstaatlichkeit in Staaten des Europarates, ZSR 141 I (2022), S. 515–533 (zit.: Kiener, Erosionen).

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. 53–89 (zit.: Kiener, Der Einfluss).

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

Kiener Regina/Kälin Walter/Wyttenbach Judith, Grundrechte, 3. Aufl., Bern 2018.

Kley Andreas/Sigrist Martin: Der Beitritt der Schweiz zur EMRK – Vorbereitung und Umsetzung des Beitritts vor und nach 1974, in: Jaag Tobias/Kaufmann Christine (Hrsg.): 40 Jahre Beitritt der Schweiz zur EMRK, Zürich 2015, S. 17–52.

Knauer Christoph (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, Band 3/2, München 2018 (zit.: MüKo-Bearbeiter:in).

Koch Sonja (Hrsg.), Onlinekommentar zur Strafprozessordnung (zit.: OK-Bearbeiter:in).

Kotzur Markus, Rechtsstaat als Sammelbegriff, in: Rosenau Hennig/Kunig Philip/Yildiz Ali Kemal (Hrsg.), Rechtsstaat und Strafrecht, Tübingen 2021, S. 9–21.

Lammasch Heinrich, Das Recht der Auslieferung wegen politischer Verbrechen, Wien 1884.

Ludwiczak Glassey Maria, Entraide judiciaire internationale en matière pénale, Précis de droit suisse, Bâle 2018.

Mahlmann Matthias, Strafrecht und Demokratie, in: Staffler Lukas/Ege Gian/Jany Oliver u.a. (Hrsg.), Strafrecht und Demokratie, Baden-Baden 2023, 9–42 (zit.: Mahlmann, Strafrecht).

Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Commentaire Romand – Constitution fédérale, 1. Aufl., Bâle 2021 (zit.: CR-Bearbeiter:in).

Mattmann Jascha/Eschle David/Rader Franziska/Walser Simone/Thommen Marc, Heimliche Verurteilungen. Empirische Erkenntnisse und konventionsrechtliche Bedenken zur fiktiven Zustellung von Strafbefehlen, ZStrR 2021, S. 253–278.

McDermott Yvonne, Fairness in International Criminal Trials, Oxford 2016.

Meyer Frank, Verfassungsfragen der Einziehung, in: Bäcker Matthias/Burchard Christoph (Hrsg.), Strafverfassungsrecht, Tübingen 2022, S. 359–393 (zit.: Meyer, Verfassungsfragen).

Meyer Frank, Unternehmenssanktionsverfahren und nemo tenetur-Schutz nach der EU-Grundrechtecharta, Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht 2022, S. 99–106 (zit.: Meyer, Unternehmenssanktionsverfahren).

Meyer Frank, Nemo tenetur Geltung und Ausübung in einem künftigen Unternehmensstrafverfahren. Zur (Un)Vereinbarkeit des Verbandsstrafrechts mit Grundprinzipien des tradierten Individualstrafrechts, in: Lehmkuhl Marianne Johanna/Wohlers Wolfgang (Hrsg.), Unternehmensstrafrecht.

Materielle und prozessuale Aspekte, Basel/Baden-Baden 2020, S. 331–359 (zit.: Meyer, Nemo tenetur).

Meyer Frank, Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, Band X: EMRK, 5. Aufl., Köln 2019 (zit.: Meyer, Kommentar)

Meyer Frank, Plea Bargaining und EMRK, in: Jositsch Daniel/Schwarzenegger Christian/Wohlers Wolfgang (Hrsg.), Festschrift für Andreas Donatsch, Zürich 2017, S. 427–442 (zit: Meyer, Plea Bargaining).

Meyer Frank, Neues zu den Rechtsfolgen unzulässiger Tatprovokation, forumpoenale 2015, S. 176–178 (Meyer, Tatprovokation).

Meyer Jürgen/Hölscheidt Sven (Hrsg.), Charta der Grundrecht der Europäischen Union, 5. Aufl., Baden-Baden 2019 (zit.: Meyer/Hölscheidt-Bearbeiter:in).

Michlig Matthias, Öffentlichkeitskommunikation der Strafbehörden unter dem Aspekt der Amtsgeheimnisverletzung (Art. 320 StGB), Zürich 2013.

Moreillon Laurent (Hrsg.), Commentaire romand, Entraide internationale en matière pénale, Basel/Genf/München 2004 (zit.: CR-Bearbeiter:in)

Moeckli Daniel, Das populistische Verständnis von (direkter) Demokratie als Herausforderung für den Rechtsstaat, ZSR 141 I (2022), S. 593–610 (zit.: Moeckli, Verständnis).

Moeckli Daniel, Internationale Gerichte: Garanten der Stabilität oder undemokratische politische Akteure?, ZBl 2018, S. 74–82 (zit.: Moeckli, Gerichte).

Müller Jörg Paul, Verwirklichung der Grundrechte nach Art. 35 BV – Der Freiheit Chancen geben, Bern 2018 (zit.: Müller, Verwirklichung).

Müller Jörg Paul, Demokratische Gerechtigkeit: Eine Studie zur Legitimität rechtlicher und politischer Ordnung, München 1993 (zit.: Müller, Gerechtigkeit).

Niggli Marcel Alexander/Maeder Stefan, Unternehmensstrafrecht, in: Ackermann Jürg-Beat (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht der Schweiz. Hand- und Studienbuch, 2. Aufl., Bern 2021.

Niggli Marcel Alexander/Uebersax Peter/Wiprächtiger Hans/Kneubühler Lorenz (Hrsg.), Basler Kommentar Bundesgerichtsgesetz, 3. Aufl., Basel 2018 (zit.: BSK-Bearbeiter:in).

Niggli Marcel Alexander/Heer Marianne/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar Schweizerische Strafprozessordnung/Jugendstrafprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2014 (zit.: BSK- Bearbeiter:in).

Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (Hrsg.), Basler Kommentar Internationales Strafrecht (IRSG, GwÜ), Basel 2015 (zit.: BSK-Bearbeiter:in).

Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar Strafrecht (StGB/JStGB), 4. Aufl., Basel 2018 (zit.: BSK-Bearbeiter:in).

Packer Herbert, Two models of the criminal process, University of Pennsylvania Law Review 113 (1964), S. 1–68.

Pieth Mark, Schweizerisches Strafprozessrecht, 3. Aufl., Basel 2016 (zit: Pieth, Strafprozessrecht).

Pieth Mark, Der Beweisantrag des Beschuldigten im Schweizer Strafprozessrecht, Basel / Frankfurt a.M. 1984 (zit.: Pieth, Beweisantrag).

Popp Peter, Grundzüge der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen, Basel / Genf/ München 2001.

Riklin Franz, Strafprozessrechtsreform in Österreich und der Schweiz. Eine vergleichende Betrachtung, ZStrR 2001, S. 371–409 (zit.: Riklin, Strafprozessrechtsreform).

Riklin Franz, Vorverurteilung durch die Medien, Anmerkungen zu zwei Urteilen des Bundesgerichts, recht 1991, S. 65–76 (zit.: Riklin, Vorverurteilung).

Robles Planas, Ricardo, Das Wesen der Strafrechtsdogmatik, ZIS 2010, S. 357–365.

Roos Eveline/Fingerhuth Thomas, Fairness im Haftverfahren aus der Sicht der Verteidigung, forumpoenale 2019, S. 458–462.

Roxin Claus/Schünemann Bernd, Strafverfahrensrecht, 29. Aufl., München 2017.

Rusca Michele, Le misure provvisionali nell'assistenza internationale in materia penale, ZSR 116 II (1997), S. 135–154.

Schär, Caroline, Die Beschränkung von Teilnahmerechten und deren strafprozessuale Folgen, ZStrR 2019, S. 141–166.

Schlegel Stefan, Die Verwirklichung des Rechts auf Wahlverteidigung. Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum schweizerischen und deutschen Recht, Zürich 2010.

Schlegel Stefan/Ammann Odile (Hrsg.), Onlinekommentar zur Bundesverfassung (zit.: OK-Bearbeiter:in).

Schmid Niklaus/Jositsch Daniel, Schweizerische Strafprozessordnung Praxiskommentar, 3. Aufl., Zürich / St. Gallen 2017.

Schomburg Wolfgang/Lagodny Otto/Gless Sabine/Hackner Thomas/Trautmann Sebastian (Hrsg.), Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 6. Aufl., München 2020 (zit.: Schomburg/Lagodny-Bearbeiter:in).

Schorkopf Frank, Menschenrechte und Mehrheiten, ZaöRV 2022, S. 19–46.

Schubarth Martin, Verfassungsgerichtsbarkeit. Rechtsvergleichend – historisch – politologisch – soziologisch – rechtspolitisch unter Einbezug der europäischen Gerichtshöfe, insbesondere des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, 2. Aufl., Bern 2017 (zit. Schubarth, Verfassungsgerichtsbarkeit).

Schubarth Martin, Kommentar zum schweizerischen Strafrecht – schweizerisches Strafgesetzbuch. Delikte gegen die Ehre, den Geheim- oder Privatbereich und gegen die Freiheit, Bern 1984 (zit.: Schubarth, Kommentar).

Schünemann Bernd, Vom schwindenden Beruf der Rechtswissenschaft unserer Zeit, speziell der Strafrechtswissenschaft, in: Hilgendorf Eric/Schulze-Fielitz Helmuth (Hrsg.), Selbstreflexion der Rechtswissenschaft, 2. Aufl., Tübingen 2021, S. 259–279 (zit.: Schünemann, Strafrechtswissenschaft).

Schünemann Bernd, Der Richter im Strafverfahren als manipulierter Dritter?, StV 2000, S. 159–165 (zit.: Schünemann, Richter).

Schweizer Rainer, Zulassung sog. Gruppenanfragen ohne zurechenbare Verdachtsgründe in der Steuerstrafrechtshilfe gegenüber den USA, Jusletter vom 27.2.2012.

Seiler Hansjörg, Einfluss des europäischen Rechts und der europäischen Rechtsprechung auf die schweizerische Rechtspflege, ZBJV 2014, S. 265–368 (zit.: Seiler, Einfluss).

Seiler Hansjörg, Das (Miss-)Verhältnis zwischen strafprozessualem Schweigerecht und verwaltungsrechtlicher Mitwirkungs- und Auskunftspflicht, recht 2005, S. 11–20 (zit.: Seiler, Schweigerecht).

Seitz Florian, Die Entschädigung der amtlichen Verteidigung, Zürich 2021.

Staffler Lukas, Hoffnung auf Freiheit. Überlegungen zur lebenslangen Freiheitsstrafe und ihrer menschenrechtlichen Grenze, ZStrR 2022, S. 428–450 (zit.: Staffler, Hoffnung).

Staffler Lukas, Recht auf Sprachunterstützung im Strafverfahren nach Art. 6 Abs. 3 lit. e EMRK, ZStrR 2020, S. 21–48 (zit.: Staffler, Sprachunterstützung).

Staffler Lukas, Opferschutz und Verjährung im Spiegel der EGMR-Judikatur: Überlegungen zu den opferbezogenen Schutzpflichten im staatlichen Strafrechtssystem, in: Abraham Markus/Bublitz Jan Christoph/Geneuss Julia/Krell Paul/Wegner Kilian (Hrsg.), Verletzte im Strafrecht, Baden-Baden 2020, S. 53–73 (zit.: Staffler, Opferschutz).

Staffler Lukas, Controlimiti als Integrationsfaktor für die Europäisierung von Strafrecht, in: Wiedemann Maria Giovanna Cubeddu/Kindler Peter/Berlingieri Giorgio/Rudek Robert (Hrsg.), Jahrbuch für Italienisches Recht, Bd. 31, Tübingen 2018, S. 167–200 (zit.: Staffler, Controlimiti).

Staffler Lukas/Jany Oliver, Der nemo-tenetur-Grundsatz im schweizerischen Strafverfahrensrecht – für natürliche und juristische Personen, Zeitschrift für Internationale Strafrechtswissenschaft 2023, S. 169–175 (zit.: Staffler/Jany, Grundsatz).

Staffler Lukas/Jany Oliver, Künstliche Intelligenz und Strafrechtspflege – eine Orientierung, Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik 2020, S. 164–177 (zit.: Staffler/Jany, Künstliche Intelligenz).

Staffler Lukas/Ludwiczak Glassey Maria (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen (zit.: OK-Bearbeiter:in).

Stelzer-Wieckowska Marta, Die kleine Rechtshilfe in Strafsachen: grundrechtliche Stellung der betroffenen Person, Zürich/Basel/Genf 2022.

Stratenwerth Günter, Darf der Verteidiger dem Beschuldigten raten zu schweigen, SJZ 1978, S. 217–219.

Stuckenberg Carl-Friedrich, Untersuchungen zur Unschuldsvermutung, Berlin 1998.

Summers Sarah, Trials and Punishment in the Rule of Law: The Influence of the ECHR on Criminal Law and Process, ZSR 141 II (2022), S. 275–354 (zit.: Summers, Influence).

Summers Sarah, Fair trials: the European criminal procedural tradition and the European Court of Human Rights, Oxford 2007 (zit: Summers, Fair trials).

Summers Sarah/Brun Delphine/Studer David, La place de l'accusé dans le procès: présence, interprétation et communication, ZStrR 2016, S. 464–495.

Summers Sarah/Garland Lorenz/Studer David, Das Recht auf Verteidigung – Anspruch und Wirklichkeit, ZStrR 2016, S. 133–170.

Thommen Marc, Gerechtigkeit und Wahrheit im modernen Strafprozess, recht 2014, S. 264–276 (zit.: Thommen, Gerechtigkeit).

Thommen Marc, Kurzer Prozess – Fairer Prozess? Strafbefehls- und abgekürzte Verfahren zwischen Effizienz und Gerechtigkeit, Bern 2013 (zit.: Thommen, Kurzer Prozess).

Thommen Marc/Seelmann Martin, Unschuldsvermutung und Amtsgeheimnis, sui generis 2018, S. 334–349.

Thurnherr Daniela, Verfahrensgrundrechte, in: Diggelmann Oliver/Randall Maya Hertig/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Bd. II, Zürich 2020, S. 1477–1498.

Tophinke Esther, Das Grundrecht der Unschuldsvermutung. Aus historischer Sicht und im Lichte der Praxis des Schweizerischen Bundesgerichts, der EMRK-Organe und des UNO-Menschenrechtsausschusses, Bern 2000.

Trechsel Stefan, Human Rights in Criminal Proceedings, Oxford 2005 (zit.: Trechsel, Human Rights).

Trechsel, Stefan, Die Verteidigungsrechte in der Praxis zur Europäischen Menschenrechtskonvention, ZStrR 1979, S. 337–392 (zit.: Trechsel, Verteidigungsrechte).

Trechsel Stefan, Der Einfluß der EMRK auf das Strafrecht und Strafverfahrensrecht der Schweiz, ZStW 1988, S. 667–711 (zit.: Trechsel, EMRK).

Trentmann Christian, Die Grundlagen des Rechtsstaatsbegriffs, JuS 2017, S. 979–983.

Tschentscher Axel, Schutzpflichten, in: Diggelmann Oliver/Randall Maya Hertig/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Bd. II, Zürich 2020, S. 1317–1343.

Uffer Matthias, Die Grundrechtskollision. Ein Beitrag zu einer folgenethischen Grundrechtsdogmatik, Baden-Baden 2021.

Urwyler, Thierry, Das Teilnahmerecht der Verteidigung am Explorationsgespräch des psychiatrischen Sachverständigen mit der beschuldigten Person im Lichte der EMRK, ex ante 2019, S. 49–54 (zit.: Urwyler, Teilnahmerecht).

Vest Hans, Das Beweisantragsrecht des Beschuldigten oder der langwierige Abschied vom Inquisitionsmodell, in: Donatsch Andreas u.a. (Hrsg.), Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte: Festschrift für Stefan Trechsel zum 65. Geburtstag, Zürich 2002, S. 781–800.

Viganò, Francesco, L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali, in: Studi in onore di Mario Romano, Band IV, Napoli 2011, S. 2645–2704.

Villiger Mark E., Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in Schweizer Fällen, 3. Aufl, Zürich/Basel/Genf 2020 (zit.: Villiger, Handbuch).

Villiger Mark E., „Strassburg" und die schweizerische Strafrechtspflege, ZStrR 1995, S. 279–293 (zit: Villiger, Strassburg).

Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney, Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar Bundesverfassung, Basel 2015 (zit.: BSK-Bearbeiter:in).

Welp Jürgen, Der Verteidiger als Anwalt des Vertrauens, ZStW 1978, S. 101–131.

Welte Eliane, Information der Öffentlichkeit über die Tätigkeit der Strafjustiz, Zürich 2016.

Wohlers Wolfgang, Informelle Urteilsabsprachen, in: Stuckenberg Carl-Friedrich/Gärditz Klaus Ferdinand (Hrsg.), Strafe und Prozess im freiheitlichen Rechtsstaat, Festschrift für Hans-Ullrich Paeffgen zum 70. Geburtstag am 2. Juli 2015, Berlin 2015, S. 621–635 (zit.: Wohlers, Urteilsabsprachen).

Wohlers, Wolfgang Fair Trial – Grundpfeiler oder Feigenblatt? Bedeutung und Funktion des Fairnessgebots im Strafprozess, forumpoenale 2019, S. 207–214 (zit.: Wohlers, Fair Trial).

Wohlers Wolfgang, Die Pflicht der Verteidigung zur Wahrung der Interessen der beschuldigten Person, ZStrR 2012, S. 55–75 (zit.: Wohlers, Pflicht).

Wohlers Wolfgang, Rechtsfolgen der Nichtbeanstandung von Verfahrensfehlern durch die Verteidigung, forumpoenale 2010, S. 366–371 (zit.: Wohlers, Rechtsfolgen).

Wohlers Wolfgang, Notwendige Verteidigung im Ermittlungsverfahren – die Bedeutung des Rechts auf konkrete und wirksame Verteidigung i.S.d. Art. 6 Abs. 3 lit. c) EMRK als Maßstab für die Auslegung des § 141 Abs. 3 StPO, in: Rogall Klaus u.a. (Hrsg.), Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag, Neuwied 2004, S. 713–731 (zit.: Wohlers, Verteidigung).

Wohlers Wolfgang/Godenzi Gunhild: Strafbewehrte Verhaltenspflichten nach Verkehrsunfällen – unzulässiger Zwang zur Selbstbelastung, AJP 2005, S. 1045–1061.

Zeller Franz: Zwischen Vorverurteilung und Justizkritik: verfassungsrechtliche Aspekte von Medienberichten über hängige Gerichtsverfahren, Bern 1998.

Zimmerlin Sven, Miranda-Warning und andere Unterrichtungen nach Art. 31 Abs. 2 BV, ZStrR 2003, S. 311–335 (zit.: Zimmerlin, Miranda-Warning).

Zimmerlin Sven, Der Verzicht des Beschuldigten auf Verfahrensrechte im Strafprozess. Zugleich ein Beitrag zum Grundrechtsverzicht, Zürich 2008 (zit.: Zimmerlin, Verzicht).

Zimmermann, Robert, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 5. Aufl., Bern 2019.

Zünd Andreas, Begründungselemente in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, ZSR 142 I (2023), S. 3–20 (zit.: Zünd, Begründungselemente).

Zünd Andreas, Rechtsstaat und Menschenrechte, ZSR 141 I (2022), S. 497–514 (zit.: Zünd, Rechtsstaat).

MATERIALIENVERZEICHNIS

Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20.11.1996, BBl 1997 I 1–642.

Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21.12.2005, BBl 2006 1085–1388.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 42 BV

Eine Kommentierung von Christina Neier

ZITIERVORSCHLAG

Christina Neier, Kommentierung zu Art. 42 BV, in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (Hrsg.), Onlinekommentar zur Bundesverfassung

Kurzzitat: OK-Neier, Art. 42 BV N. XXX.

3. Titel: Bund, Kantone und Gemeinden

1. Kapitel: Verhältnis von Bund und Kantonen

1. Abschnitt: Aufgaben von Bund und Kantonen

Art. 42 Aufgaben des Bundes

[1] Der Bund erfüllt die Aufgaben, die ihm die Bundesverfassung zuweist.

[2] ...

GLIEDERUNG

I. Entstehungsgeschichte 793
II. Kontext 795
A. Föderalismustheoretische Kontextualisierung 795
B. Rechtsvergleichende Kontextualisierung 796
III. Kommentar i.e.S. 799
A. Kompetenzrechtliche Grundbegriffe 799
B. Bundesaufgaben und Bundeskompetenzen 801
C. Aufgabenzuweisung durch die Bundesverfassung 803
D. Übersicht über die Bundesaufgaben 805
Weitere empfohlene Lektüre 806
Literaturverzeichnis 808
Materialienverzeichnis 812

I. ENTSTEHUNGSGESCHICHTE

Seit der **Totalrevision** im Jahr 1999 regelt die Bundesverfassung unter dem 3. Titel «Bund, Kantone und Gemeinden» im 1. Abschnitt des 1. Kapitels zum «Verhältnis von Bund und Kantonen» die Aufgaben des Bundes (Art. 42 BV) und die Aufgaben der Kantone (Art. 43 BV). Zudem erfasst dieser Abschnitt seit 2008 Grundsätze zur Aufgabenzuweisung und Aufgabenerfüllung (Art. 43*a* BV). Entsprechende Vorgängerregelungen sind in früheren Fassungen der Bundesverfassung nicht zu finden. 1

Der **Verfassungsentwurf 1995** stellte noch die Kantone in den Mittelpunkt und bestimmte in Art. 32 Abs. 1: «Die Kantone sind zuständig für alle Aufgaben, die nicht durch die Bundesverfassung dem Bund übertragen sind.» Gemäss den Erläuterungen wird mit dieser Aufgabenverteilung – in Verbindung mit Art. 3 VE 1995[3687] – die «staatsausgestaltende Grundentscheidung für den Föderalismus als konkretes politisches Prinzip in moderner Ausgestaltung»[3688] festgehalten. Zu den Aufgaben des Bundes nahm der Entwurf – anders als der geltende Art. 42 BV – nicht ausdrücklich Stellung; diese ergäben sich aus der Auslegung der Bundesverfassung.[3689] Dem ist beizupflichten, weshalb bis heute die eigenständige Bedeutung des Art. 42 BV offen ist (vgl. N. 19 f.). 2

In der Vernehmlassung wurde kritisiert, das Verhältnis von Art. 32 Abs. 1 VE 1995 zu Art. 3 VE 1995 sei «unklar».[3690] Denn letztere Bestimmung statuierte ebenso die subsidiäre Generalkompetenz der Kantone.[3691] Der Bundesrat wollte dieser Kritik Rechnung tragen[3692] und formulierte im **Verfassungsentwurf 1996** die föderalismusrelevanten Bestimmungen neu. Die Bestimmung über die Stellung der Kantone (Art. 32 Abs. 1 VE 1995) wurde im Wortlaut dahingehend geändert, dass die Kantone im Rahmen der Bundesverfassung über alle Hoheitsrechte verfügen, die sie zur Wahrnehmung 3

3687 Art. 3 VE 1995: «Die Kantone sind souverän, soweit ihre Souveränität nicht durch die Bundesverfassung beschränkt ist, und üben als solche alle Rechte aus, welche nicht der Bundesgewalt übertragen sind.».
3688 Erläuterungen VE 1995, S. 68.
3689 Erläuterungen VE 1995, S. 68.
3690 Vernehmlassungsverfahren, S. 88.
3691 Siehe Fn. 1.
3692 Botschaft VE 1996, S. 131.

ihrer Aufgaben benötigen (Art. 35 VE 1996).[3693] Damit regelte diese Bestimmung nicht mehr die föderale Kompetenzverteilung, sondern die Aufgabenwahrnehmung durch die Kantone. Die Aufgaben des Bundes wurden neu in Art. 3 Abs. 2 VE 1996 umschrieben: «Der Bund erfüllt die Aufgaben, die ihm die Bundesverfassung zuweist». Dieser Wortlaut wurde beibehalten und findet sich heute in Art 42 BV. Die Änderung der Systematik – von Art. 3 Abs 2 VE 1996 zu Art. 42 BV – geht auf den Ständerat zurück, der in den parlamentarischen Beratungen die Auffassung vertrat, es handle sich lediglich um eine Konkretisierung des Föderalismusprinzips.[3694]

4 Mit dem Verfassungsentwurf 1996 erhielt darüber hinaus der **Subsidiaritätsgrundsatz** Eingang in die Diskussion. Neu sollte der Bund gemäss Art. 34 Abs. 3 VE 1996 zur Beachtung des Subsidiaritätsgrundsatzes verpflichtet sein. Der Vorschlag des Bundesrates, den Begriff der Subsidiarität in Art. 34 Abs. 3 VE 1996 begrifflich zu verankern, erschien dem Ständerat allerdings für unklar und vieldeutig.[3695] Er zog es vor, die Subsidiarität wie folgt zu umschreiben: «Er [der Bund] übernimmt nur diejenigen Aufgaben, die einer einheitlichen Regelung bedürfen.». Eine Kommissionsminderheit hätte die Streichung des Wortes «nur» befürwortet, um das Subsidiaritätsprinzip positiv zum Ausdruck zu bringen.[3696] Im Nationalrat setzte sich zunächst die ausdrückliche Verankerung des Subsidiaritätsgrundsatzes im Sinne des bundesrätlichen Entwurfs durch.[3697] Erst in der Einigungskonferenz verständigten sich Ständerat und Nationalrat schliesslich auf die «ausgedeutschte»[3698] Formulierung, wobei das Wort «nur» aus der ursprünglichen Fassung des Ständerates gestrichen wurde. Verortet wurde diese neue Formulierung zum Subsidiaritätsgrundsatz in Art. 42 Abs. 2 BV.

5 Die Umschreibung des Subsidiaritätsgrundsatzes vermochte die Unklarheiten dieser Regelung jedoch nicht zu beseitigen. Durch die Streichung des Wortes «nur» wurde zwar der Eindruck vermieden, dem Bund könnten lediglich jene Aufgaben zugewiesen werden, die einer einheitlichen Regelung bedürfen.[3699]

3693 Siehe heute Art. 43 BV: «Die Kantone bestimmen, welche Aufgaben sie im Rahmen ihrer Zuständigkeiten erfüllen.».

3694 AB 1998 SR S. 25.

3695 AB 1998 SR S. 61.

3696 Vgl. Voten Aeby und Leuenberger, AB 1998 SR S. 62.

3697 Vgl. jedoch Votum Leuba, AB 1998 NR S. 250, welcher für die vom Ständerat vorgeschlagene Fassung plädierte.

3698 AB 1998 SR S. 61.

Mit diesem zweiten Absatz konnte Art. 42 BV aber nunmehr dahingehend verstanden werden, als dass der Bund sowohl die ihm von der Bundesverfassung zugewiesenen Aufgaben erfüllt (Abs. 1) als auch jene Aufgaben, die eine Vereinheitlichung verlangen (Abs. 2).[3700] Eine zusätzliche eigenständige Kompetenzgrundlage für Bundesaufgaben war nach überwiegender Meinung mit Abs. 2 indessen nicht intendiert.[3701] Mit der am 1. Januar 2008 in Kraft getretenen **Föderalismusreform** zur Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen wurde dieser Absatz schliesslich aufgehoben. Seither ist der Grundsatz der Subsidiarität in Art. 5*a* BV *expressis verbis* verankert und in Art. 43*a* Abs. 1 BV konkretisiert.

II. KONTEXT

A. Föderalismustheoretische Kontextualisierung

Es gibt verschiedene **Arten der föderativen Kompetenzverteilung**. Die gängigste Verteilungstechnik (siehe N. 7-11) folgt der Dichotomie von titulierten (benannten) bzw. enumerierten Kompetenzen und Residualkompetenzen: Für die eine Ebene werden die Kompetenzen ausdrücklich bezeichnet, während der anderen Ebene alle übrigen Kompetenzen zukommen.[3702] Diese Art der Kompetenzverteilung hat zuweilen historische Gründe. Bundesstaaten, die aus ehemals souveränen Staaten hervorgegangen sind, ziehen es in der Regel vor, die Kompetenzen des Bundes klar darzulegen und die übrigen Kompetenzen bei sich zu behalten.[3703] Die Residualkompetenzen müssen gleichwohl nicht zwangsläufig der untergeordneten Ebene zugeschrieben werden (vgl. N. 9). Die Statuierung einer Residualkompetenz für die eine oder andere Ebene hat jedenfalls den Vorteil, Kompetenzlücken zu vermeiden.[3704] Als eine andere Art der 6

3699 SGK-Müller/Schweizer, Art. 42 BV N. 7.

3700 Knapp, N. 9; Rhinow, S. 76; SGK-Müller/Schweizer, Art. 42 BV N. 6; Thalmann, Kompetenzverteilung, S. 165.

3701 Siehe m.w.N. Jaag, Rechtsstellung, N. 14; SGK-Müller/Schweizer, Art. 42 BV N. 6.

3702 Vgl. Isensee, Kompetenz, N. 25; Jestaedt, S. 177; Palermo/Kössler, S. 139. Vgl. zu den verschiedenen Regelungstechniken der Kompetenzverteilung u.a. auch Knapp, N. 1; Mahon, N. 96.

3703 Vgl. Palermo/Kössler, S. 139.

3704 Vgl. Palermo/Kössler, S. 140.

Kompetenzverteilungstechnik wird das Regel-Ausnahme-Schema gesehen (vgl. N. 10). Zwar findet auch hier eine Subtraktion statt, doch wird als Regel positiv festgelegt, dass die eine Ebene für alle Aufgaben zuständig ist, sofern nicht eine konkrete Aufgabe durch eine Ausnahmebestimmung der anderen Ebene zugewiesen wird.[3705] Dass eine solche Regelungstechnik einen anderen materiellen Sinn intendiert als die Systematik der titulierten und Residualkompetenzen ist nicht ersichtlich. Insbesondere kann nicht davon ausgegangen werden, die Kompetenzen der einen Ebene als «Ausnahmen» müssten anders – enger – ausgelegt werden als jene der anderen Ebene.[3706]

B. Rechtsvergleichende Kontextualisierung

7 Die Kompetenzverteilung der **Schweizer Bundesverfassung** gründet sich in erster Linie auf Art. 3 BV als «bundesstaatliche Grundnorm»[3707]. Wie auch andere Bundesstaatsverfassungen[3708] verschreibt sich diese Bestimmung der Dichotomie von titulierten (benannten bzw. enumerierten) Kompetenzen und Residualkompetenzen (vgl. N. 6). In diesem Sinne bleiben die Kantone für all jene Bereiche zuständig, die nicht dem Bund verfassungsrechtlich zugewiesen sind. Die kantonale Residualkompetenz ergibt sich bereits aus Art. 3 BV und wird durch Art. 42 BV aus dem Blickwinkel des Bundes lediglich unterstrichen.[3709] Aufgrund der subsidiären Generalklausel des Art. 3 BV bietet die Bundesverfassung ein «lückenloses System der Kompetenzaufteilung».[3710] Über Kompetenzkonflikte zwischen Bund und Kantonen entscheidet das Bundesgericht gemäss Art. 189 Abs. 2 BV i.V.m. Art. 120 Abs. 1 lit. a BGG[3711].[3712] Weitere zentrale Bestimmungen der föderalen

3705 Jestaedt, S. 177.

3706 Vgl. Isensee, Kompetenz, N. 47.

3707 Botschaft VE 1996, S. 130.

3708 Für einen rechtsvergleichenden Überblick über die Kompetenzverteilung in föderal strukturierten Staaten siehe überdies Heintzen, Art. 70 GG N. 1–12. Einen Rechtsvergleich zwischen der Schweizer und US-amerikanischen Kompetenzverteilung präsentiert Benoit, N. 18–178. Einen Überblick über die einzelnen Kompetenzverteilungen in Europa bieten Gamper/Bussjäger/Karlhofer/Pallaver/Obwexer, *passim*.

3709 Benoit, N. 21; SGK-Müller/Schweizer, Art. 42 BV N. 8.

3710 Botschaft VE 1996, S. 227. Vgl. auch BGE 140 I 176 E. 7.1; «subsidiäre Generalkompetenz der Kantone».

3711 Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (Bundesgerichtsgesetz, BGG), SR 101.

3712 M.w.N. Jaag, Rechtsschutz, S. 521–533. Rechtsvergleichend zur Lösung von Kompetenzkonflikten Hanschel, *passim*.

Kompetenzordnung sind Art. 5*a* BV (Subsidiaritätsgrundsatz), Art. 43 BV (Aufgaben der Kantone), Art. 43*a* BV (Grundsätze zur Aufgabenzuweisung und -erfüllung), Art. 44 BV (Grundsätze zum Zusammenwirken von Bund und Kantonen) und Art. 47 BV (Eigenständigkeit der Kantone).

Das **österreichische Bundes-Verfassungsgesetz** (B-VG)[3713] kennt ebenso wie die Bundesverfassung die Kompetenzverteilungsdichotomie von titulierten Kompetenzen und Residualkompetenzen, indem die Kompetenzen des Bundes in der Verfassung benannt werden und alle anderen Sachbereiche in die Zuständigkeit der Bundesländer fallen. In diesem Sinne sind nach der Generalklausel des Art. 15 Abs. 1 B-VG die österreichischen Bundesländer zuständig, soweit die Bundesverfassung eine Angelegenheit nicht ausdrücklich dem Bund zuschreibt. Die Zuständigkeitsbereiche des Bundes sind insbesondere in den Art. 10–12 B-VG enumerativ aufgelistet. 8

Auch Art. 35 der **belgischen Verfassung**[3714] würde für die Zuständigkeit der föderal höheren Ebene («Föderalbehörde») eine ausdrückliche Kompetenzzuweisung verlangen und den Gemeinschaften und Regionen eine Residualkompetenz einräumen. Aufgrund einer Übergangsbestimmung kommt diese Regelung allerdings (noch) nicht zur Anwendung. Gegenwärtig liegt daher die Residualkompetenz in Belgien – wie im Übrigen auch in Kanada[3715] – bei der Bundesebene.[3716] 9

Das **deutsche Grundgesetz** (GG)[3717] erklärt in seiner Grundsatznorm zur Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern in Art. 30 die Ausübung staatlicher Befugnisse und die Erfüllung staatlicher Aufgaben zur Sache der Länder, soweit das Grundgesetz keine andere Regelung trifft oder zulässt. Für die Gesetzgebung bestimmt Art. 70 GG in gleicher Weise, dass die Länder das Recht auf Gesetzgebung haben, soweit das Grundgesetz diese Befugnis nicht dem Bund überträgt. Die Regelungstechnik des deutschen Grundgesetzes wird als Regel-Ausnahme-Schema qualifiziert (vgl. N. 6).[3718] Die 10

3713. Bundes-Verfassungsgesetz 1920 idF von 1929, BGBl. Nr. 1/1930 idF BGBl. I Nr. 194/1999.

3714. Verfassung des Königreichs Belgien vom 7. Februar 1831.

3715. Siehe Sec. 91 Constitution Act, 1867; hierzu Brühl-Moser, N. 32, 38. Palermo/Kössler, S. 140, führen als weitere Beispiele Indien, Südafrika und Spanien an.

3716. M.w.N. Woydt, N. 13.

3717. Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949.

3718. Siehe z.B. BVerfGE 111, 226, N. 79; Isensee, Kompetenz, N. 47. Vgl. zu dieser Regelungstechnik Jestaedt, S. 177.

unterschiedlichen Regelungstechniken ändern indessen nichts daran, dass in vielen Bundesstaaten aufgrund der verfassungsrechtlichen Zuweisung zahlreicher und bedeutsamer Kompetenzen die übergeordnete Ebene, also der Bund, mehrheitlich zuständig ist. Das gilt für Deutschland ebenso wie für Österreich,[3719] und nicht minder für die Schweiz, wo der Zuständigkeitsbereich des Bundes – auch durch die Zunahme staatsvertraglicher Normen – stetig wächst.[3720]

11 Desgleichen erfordert die **Europäische Union** als föderal strukturiertes System[3721] eine Verteilung der Zuständigkeiten zwischen der Union und den Mitgliedstaaten. Anders als in Bundesstaaten vollzieht sich die Kompetenzzuteilung hier eindimensional, indem die EU-Verträge nur die Kompetenzen der Union, nicht aber die der Mitgliedstaaten begründen.[3722] Zwar bestimmt Art. 5 Abs. 2 EUV[3723], die Union verfüge nach dem Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung nur über jene Kompetenzen, welche ihr mit den EU-Verträgen übertragen wurden, und alle anderen Bereiche verblieben bei den EU-Mitgliedstaaten. Letzterer Aspekt hat aber freilich nur eine beschreibende Wirkung, da sich die Hoheitsgewalt in den Mitgliedstaaten durch deren Verfassung konstituiert und nicht durch das Unionsrecht übertragen wird.[3724] Ein weiterer Unterschied zu Bundesstaaten liegt darin, dass die Union sich selbst keine neuen Kompetenzen zuweisen kann. Es obliegt den Mitgliedstaaten, sie durch Vertragsänderung – hierfür bedarf es Einstimmigkeit und Ratifikation (vgl. Art. 48 EUV) – zur Regelung neuer Sachbereiche zu ermächtigen.

3719 Betreffend Österreich siehe Berka, N. 404; betreffend Deutschland siehe Kment, Art. 70 GG N. 1.

3720 Schindler, S. 252 f. Zu den Zentralisierungstendenzen allgemein und m.w.N. SGK-Müller, Vorbemerkungen zur bundesstaatlichen Aufgabenteilung N. 27–32.

3721 Zum föderalen Charakter der Europäischen Union und deren Vergleichbarkeit mit föderal strukturierten Staaten wie Deutschland und die Schweiz siehe statt vieler ausführlich Edenharter, S. 8–62.

3722 Nettesheim, S. 410 f.; von Bogdandy, N. 22.

3723 Vertrag über die Europäische Union (EUV), Konsolidierte Fassung, ABl. C 202 vom 07.6.2016, S. 1.

3724 Von Bogdandy, N. 22.

III. KOMMENTAR I.E.S.

A. Kompetenzrechtliche Grundbegriffe

Art. 42 BV spricht von «Aufgaben», die dem Bund durch die Bundesverfassung zugewiesen werden. Demgegenüber verwenden andere kompetenzrelevante Verfassungsbestimmungen den Ausdruck der «Zuständigkeit» (z.B. Art. 43, 57, 61*a*, 67*a* und 76 BV). In der alten Bundesverfassung von 1874 war der Begriff der «Kompetenz», der in der Regel synonym mit «Zuständigkeit» verwendet wird, noch an mehreren Stellen enthalten (z.B. Art. 16, Art. 24bis und Art. 84 BV 1874). Während die Bundesverfassung von 1999 anfangs dann nur mehr von «Aufgaben» und «Zuständigkeiten» sprach, hat der Begriff der «Kompetenz» mit der Einfügung von Art. 117*b* BV durch die Annahme der Pflegeinitiative von 2021 wieder Einzug in die Verfassung gehalten.[3725] Die **kompetenzrechtlichen Grundbegriffe** der «Aufgabe» einerseits und der «Zuständigkeit» bzw. «Kompetenz» andererseits gilt es im bundesstaatlichen Kontext zu unterscheiden. In diesem Sinne differenziert auch Art. 43 BV, wonach die Kantone bestimmen, welche «Aufgaben» sie im Rahmen ihrer «Zuständigkeit» erfüllen (vgl. Art. 43 N. 8–11). 12

Die «**Aufgaben**» bilden die **Schnittstelle zwischen Staat und Gesellschaft**.[3726] Die Verfassung definiert, welche Aufgaben der Staat wahrzunehmen hat, und spiegelt insofern die «Erwartungshaltung gegenüber dem Staat» wider.[3727] Sie konstuiert damit gleichsam den Staat:[3728] Der Staat wird in die Verantwortung genommen, diese Aufgaben zu erfüllen; die Grenze zur Gesellschaft ist damit gezogen.[3729] In der BV ist denn auch konkret von *staatlichen* Aufgaben die Rede, wenn es um diese Abgrenzung zwischen Staat und Gesellschaft geht.[3730] Darüber hinaus wird im Schrifttum die Aufgabe 13

3725 Vgl. dahingegen 2021 noch Tiefenthal, S. 13, Fn. 44, wonach die BV «bewusst und konsequent» ausschliesslich den Begriff der Zuständigkeit verwende.

3726 Vgl. Ehrenzeller/Ehrenzeller, S. 35.

3727 Vogel, S. 21.

3728 Saladin, S. 448 f. Vgl. im Übrigen die Überlegungen von Eichenberger, S. 12 f., wonach sich die Schwerpunktsetzung des Staates von der Organisationsfrage im 19. Jahrhundert zu den Aufgabenfragen im 20. Jahrhundert gewandelt habe.

3729 Isensee, Kompetenz, N. 38.

3730 Vgl. Art. 5*a* BV (Subsidiarität) und Art. 35 Abs. 2 BV (Grundrechtsbindung); weniger um das Verhältnis von Bürger und Staat geht es hingegen bei Art. 43*a* Abs. 5 BV. Hierzu Biaggini, Vorbemerkungen zu Art. 42–135 BV N. 7.

gemeinhin als eine **Pflicht** des Staates qualifiziert, eine Regelung zu treffen oder eine Massnahme zu ergreifen.[3731] Demnach erfasst eine Aufgabe einen Tätigkeitsbereich, in dem der Staat grundsätzlich verpflichtet ist, tätig zu werden. Die Pflicht des Staates, eine Aufgabe wahrzunehmen, sagt jedoch noch nichts darüber aus, *welche* staatliche Ebene dafür zuständig ist. Aus einer Aufgabe kann nicht zwingend auf das zuständige Gemeinwesen geschlossen werden; umgekehrt lässt eine Kompetenzzuschreibung regelmässig den Schluss auf eine (staatliche) Aufgabe zu.[3732]

14 Erst die **Kompetenz** bestimmt, *wer* zur Wahrnehmung einer (staatlichen) Aufgabe **ermächtigt** ist. Sie verknüpft die staatliche Aufgabe mit einer Organisationseinheit.[3733] So spricht die BV in den Kompetenznormen des Art. 42 BV und des Art. 43 BV von «Aufgaben des Bundes» und von «Aufgaben der Kantone». Die staatlichen Aufgaben werden durch diese Zuweisung zu Bundesaufgaben einerseits und zu Kantantonsaufgaben andererseits. Im bundesstaatlichen Kontext konzentrieren sich die Kompetenznormen auf eben diese vertikale Aufgabenverteilung zwischen den zwei Ebenen der Staatsorganisation, namentlich dem Bund und den Gliedstaaten (die Zuständigkeitszuteilung an die Gemeinden obliegt regelmässig letzteren). Damit ist die sogenannte «Verbandszuständigkeit» angesprochen.[3734] Indem eine kompetenzielle Verfassungsbestimmung das eine Gemeinwesen zur Aufgabenerfüllung ermächtigt, wird sie zugleich der anderen vorenthalten.[3735] Nur der Adressat der Zuständigkeit ist befugt, eine bestimmte Regelung oder Massnahme zu treffen. Befugnis bzw. Ermächtigung bedeutet, der Zuständige ist nicht zwingend verpflichtet, eine Massnahme zu ergreifen.[3736] Eine Kompetenz kann sowohl eine Erlaubnis als auch eine Verpflichtung zur Aufgabenerfüllung beinhalten.[3737]

15 **Aufgabenordnung und Kompetenzordnung** nehmen folglich unterschiedliche Perspektiven ein: Während die Aufgabenordnung einer

---

3731 U.a. BSK-Biaggini, Art. 42 BV N. 21; Reich, N. 3; Waldmann/Spiess, N. 20.

3732 Isensee, Staatsaufgaben, N. 20; Jestaedt, S. 170 f.

3733 Isensee, Staatsaufgaben, N. 19; ders., § 133, N. 18 f., 38; Jestaedt, S. 165.

3734 Vgl. dahingegen die «Behördenzuständigkeit» bzw. «Organzuständigkeit», welche die Zuständigkeit einer staatlichen Behörde bestimmt, hierzu statt vieler Biaggini, Vorbemerkungen zu Art. 42–135 BV N. 9; Reich, N. 2.

3735 Jestaedt, S. 167 f.

3736 Vgl. Biaggini, Vorbemerkungen zu Art. 42–135 BV N. 6; BSK-Biaggini, Art. 42 BV N. 21; Reich, N. 3; Waldmann/Spiess, N. 20.

Verfassung den Staat zu einer konkreten Tätigkeit verpflichtet und diese damit der rein gesellschaftlichen Sphäre entzieht, fokussiert die Kompetenzordnung auf die Abgrenzung der Handlungsräume zwischen dem Bund auf der einen und den Gliedstaaten auf der anderen Seite.[3738]

B. Bundesaufgaben und Bundeskompetenzen

Aus Art. 42 BV ergibt sich, dass der Bund all jene Aufgaben zu erfüllen hat, welche ihm durch die Bundesverfassung zugewiesen werden. Der Fokus der Norm liegt dem Wortlaut nach auf den **Aufgaben** des Bundes und weniger auf seinen Zuständigkeiten, welche in den einzelnen Kompetenznormen der Bundesverfassung geregelt sind (vgl. N. 20). Während die Abgrenzung von Aufgaben und Zuständigkeiten bei Art. 43 BV von Bedeutung ist (vgl. Art. 43 BV N. 8–11), spielt sie auch deshalb für den Bund eine untergeordnete Rolle. Entscheidend für die Handlungsbefugnis des Bundes ist das Vorhandensein einer entsprechende Kompetenznorm. Vor diesem Hintergrund hält die Bundesverfassung diese beiden Kategorien auch nicht klar und eindeutig auseinander.[3739] 16

Das **Verhältnis von Kompetenz und Aufgabe** in der Bundesverfassung ist entsprechend komplex.[3740] Gemäss Art. 42 BV erfüllt der Bund jene Aufgaben, die ihm durch die Bundesverfassung zugewiesen werden. Damit ist die Zuständigkeit des Bundes jedoch nicht erschöpft. Er ist nicht nur für zugewiesene Aufgaben im Sinne einer Handlungspflicht zuständig (als Bundesaufgaben im Sinne einer Handlungspflicht angesehen werden können z.B. Art. 38 Abs. 1, Art. 62 Abs. 5 BV: «Der Bund regelt...», aber auch Art. 40 Abs. 1, Art. 64 Abs. 1 BV «Der Bund fördert...» und Art 77 Abs. 1, Art. 92 Abs. 1 BV «Der Bund sorgt...»). Eine Bundeskompetenz liegt auch dann vor, wenn die Bundesverfassung den Bund für zuständig erklärt, ohne ihm gleichzeitig eine Aufgabe, d.h. eine Handlungspflicht aufzuerlegen. Keine (unmittelbare) Handlungspflicht, aber eine Zuständigkeit des Bundes liegt bei den 17

3737 Rhinow, S. 74; Rhinow/Schefer/Uebersax, N. 681; vgl. auch Botschaft VE 1996, S. 228.

3738 Vgl. Ehrenzeller/Ehrenzeller, S. 35; Glaser, N. 69; Isensee, Kompetenz, N. 38.

3739 Rhinow/Schefer/Uebersax, N. 682. Wegen der alternierenden Verwendung von «Aufgabe» und «Zuständigkeit» im Verfassungstext hält PC-Aubert, Vorbemerkungen zu Art. 42 BV N. 1, diese beiden Begriffe für äquivalent.

3740 Hierzu ausführlich BSK-Biaggini, Art. 42 BV N. 21–30.

Ermächtigungsvorschriften, den «Kann»-Vorschiften vor (z.B. Art. 71 BV: «Der Bund kann die Schweizer Filmproduktion und die Filmkultur fördern.»).[3741]

18 Darüber hinaus betraut die Bundesverfassung mancherorts den Bund mit einer Aufgabe, beschränkt die damit verbundene Handlungspflicht aber auf den «Rahmen seiner Zuständigkeit» (z.B. Art. 76 Abs. 1 BV zur Wasserversorgung und Art. 118 Abs. 1 BV zum Gesundheitsschutz). In diesen Fällen bedarf der Bundesgesetzgeber einer zusätzlichen verfassungsrechtlichen Ermächtigung.[3742] Eine solche **Begrenzung der Aufgabenerfüllung durch die Zuständigkeit** findet sich vor allem in jenen Bestimmungen, die Bund und Kantone gleichzeitig ermächtigen (z.B. Art. 57 Abs. 1 BV betreffend Sicherheit des Landes und Bevölkerungsschutz, Art. 61*a* Abs. 1 BV zum Bildungsraum Schweiz, Art. 67*a* Abs. 2 BV zur musikalischen Bildung und Art. 89 Abs. 1 BV zur Energiepolitik).

19 Zwar ist mit der Zuweisung einer Aufgabe an den Bund regelmässig auch dessen Zuständigkeit verbunden.[3743] Aufgrund des komplexen Zusammenspiels von Aufgaben und Zuständigkeiten lassen sich die Zuständigkeiten des Bundes jedoch nur bedingt aus Art. 42 BV ableiten. Folglich ist dessen (praktische und rechtliche) **Bedeutung beschränkt**.[3744]

20 Ein weiterer – noch gewichtigerer – Grund für den begrenzten eigenständigen Gehalt von Art. 42 BV liegt darin, dass für die Frage nach der **konkreten Zuständigkeit des Bundes** der Blick auf die spezifische Kompetenznorm, insbesondere im 2. Kapitel des 3. Titels der Bundesverfassung, zu richten ist. Die einzelnen Sachnormen bestimmen gleichzeitig den Umfang der Bundeskompetenz sowie die Rechtswirkungen auf die kantonalen Zuständigkeiten[3745]. Denn obschon aus der Verwendung des Verbes «erfüllt» («*accomplit*», «*adempie*») in Art. 42 BV der Schluss gezogen werden könnte, der Bund sei in jedem Fall zur Aufgabenerfüllung verpflichtet, [3746] ergibt sich der Handlungsbedarf erst aus der einschlägigen

3741 BSK-Biaggini, Art. 42 BV N. 22.
3742 BSK-Biaggini, Art. 42 BV N. 24.
3743 BSK-Biaggini, Art. 42 BV N. 23.
3744 Vgl. BSK-Biaggini, Art. 42 BV N. 2; Ehrenzeller/Ehrenzeller, S. 39; SGK-Müller/Schweizer, Art. 42 BV N. 8 f.; Tschannen, Staatsrecht, N. 723; vgl. aber auch CR-Bellanger, Art. 42 BV N. 5.
3745 M.w.N. Waldmann/Spiess, N. 29.
3746 So Knapp, N. 8.

Einzelbestimmung (allenfalls in Verbindung mit weiteren Verfassungsvorgaben)[3747] – wobei auch reine Ermächtigungsnormen (vgl. N. 17) verlangen, dass der Bund regelmässig prüft, ob ein Handeln erforderlich ist.[3748] Deshalb kontrolliert auch das Bundesgericht die Zuständigkeit des Bundes nicht direkt anhand von Art. 42 BV, sondern anhand einer konkreten Sachnorm (z.B. Art. 78 Abs. 2 BV), etwa indem es über die Reichweite einer «Bundesaufgabe» urteilt.[3749]

C. Aufgabenzuweisung durch die Bundesverfassung

Trotz seiner geringen Bedeutung (N. 19 f.) verdeutlicht Art. 42 BV, dass der Bund verantwortlich ist für die Erfüllung von Aufgaben, und zwar für jene, die ihm durch die Verfassung zugeteilt werden. Damit trägt die Bundesverfassung dem grundlegenden Umstand Rechnung, dass sie den Staat konstituiert und ihm Aufgaben, d.h. Verantwortung zuweist.[3750] Art. 42 BV verdeutlicht das in Art. 3 BV implizit angelegte System der Einzelermächtigung (auch als Enumerationsprinzip bezeichnet[3751]):[3752] Die **Zuweisung** von «Aufgaben» an den Bund hat – im Grundsatz ausdrücklich und abschliessend[3753] – **durch die Bundesverfassung** zu erfolgen. Aus der Zusammenschau dieser beiden Bestimmungen ergibt sich jedoch, dass in erster Linie nicht die Aufgaben, sondern die Zuständigkeiten des Bundes in der Verfassung festzulegen sind. Ist der Bund in einem Bereich zuständig und darf – muss aber nicht – eine Regelung treffen, so kann er sich auch erst auf Gesetzesstufe einer Aufgabe im Sinne einer Handlungspflicht annehmen.[3754] 21

Den Anforderungen des Art. 42 BV ist auf jeden Fall dann Genüge getan, wenn die Aufgabe bzw. Kompetenz des Bundes **ausdrücklich** in der Verfassung verankert ist. Anerkannt ist auch, dass der Bund ausnahmsweise 22

3747 Vgl. BSK-Biaggini, Art. 42 BV N. 35; vgl. auch Botschaft VE 1996, S. 228.

3748 PC-Aubert, Vorbemerkungen zu Art. 42 BV N. 3; Rhinow, S. 81; Tschannen, Staatsrecht, N. 744; so auch Botschaft VE 1996, S. 228.

3749 BGE 139 II 271. Hierzu Uhlmann, N. 7.

3750 Vgl. Saladin, S. 448 f.

3751 So etwa Biaggini, Art. 42 BV N. 2.

3752 Rhinow, S. 75. Vgl. auch die gemeinsame Erwähnung von Art. 3, Art. 42 und teils Art. 43 BV in BGE 143 I 92 E. 3.5; BGE 140 I 218 E. 5.4; BGE 143 I 109 E. 5; BGE 147 I 241 E. 5.1.

3753 Darüber hinaus können sich Aufgaben des Bundes auch aus von ihm abgeschlossenen völkerrechtlichen Verträgen ergeben; hierzu BSK-Biaggini, Art. 42 BV N. 33.

3754 BSK-Biaggini, Art. 42 BV N. 34.

stillschweigend zur Wahrnehmung einer bestimmten Aufgabe ermächtigt ist. Stillschweigende Zuständigkeiten für den Bund können kraft des Sachzusammenhangs (*pouvoirs implicites*, *implied powers*) oder kraft des föderativen Staatsaufbaus (*pouvoirs inhérents*, *inherent powers*) erwachsen.[3755] Eine Zuständigkeit kraft des Sachzusammenhangs folgt aus der Notwendigkeit, eine ausdrückliche Zuständigkeit überhaupt ausüben zu können. Solche gibt es in der geltenden Bundesverfassung kaum mehr.[3756] Der Bund ist kraft des föderativen Staatsaufbaus zuständig, wenn sich seine Zuständigkeit aus dem Bundesstaatsprinzip sinnvollerweise ergeben muss. Eine solche Zuständigkeit gilt etwa für den Staatsschutz und die Festlegung von Wappen oder Flaggen.[3757] Seit der Totalrevision der Bundesverfassung von 1999 und der damit verbundenen Intention, auch ungeschriebenes Verfassungsrecht in der Verfassungsurkunde zu verankern, ist darüber hinaus für stillschweigende Kompetenzen wenig Raum; sie bedürfen einer besonderen Rechtfertigung.[3758]

23 Aufgrund des «Verfassungsvorbehalts»[3759] von Art. 42 BV i.V.m. Art. 3 BV sind neue Bundeskompetenzen nur mit einer entsprechenden **Verfassungsänderung** möglich. Dem Bund können im Wege einer Totalrevision nach Art. 193 BV oder im Wege einer Teilrevision nach Art. 194 BV neue Aufgaben bzw. Zuständigkeiten übertragen oder auch bestehende wieder entzogen werden. Die Änderung der föderalen Aufgaben- bzw. Zuständigkeitsordnung liegt somit in der Hand des Bundesverfassungsgebers; ihm kommt die **Kompetenz-Kompetenz** zu. Ausgeschlossen ist eine (freiwillige) Kompetenzzuweisung durch die Kantone, etwa durch Vertrag.[3760] Ebenso unzulässig ist die Begründung neuer Zuständigkeiten *qua* Lückenfüllung oder Gewohnheitsrecht.[3761]

3755 Siehe u.a. Biaggini, Vorbemerkungen zu Art. 42–135 BV N. 10; Ehrenzeller/Ehrenzeller, S. 39 f.; Saladin, S. 481 f.; Thalmann, Kantone, S. 79 f.; Tschannen, Staatsrecht, N. 749–751.

3756 M.w.H. Biaggini, Vorbemerkungen zu Art. 42–135 BV N. 10 (mit Hinweis auf die Gesetze des Bundes zur Organisation seiner Behörden); vgl. auch Schweizer, S. 693 f.

3757 Biaggini, Art. 3 BV N. 8; ders., Vorbemerkungen zu Art. 42–135 BV N. 10.

3758 CR-Bellanger, Art. 42 BV N. 41; Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, N. 1068.

3759 Zur Verwendung dieses Begriffs siehe Botschaft VE 1995, S. 12.

3760 Siehe u.a. Hangartner, S. 57; Waldmann/Spiess, N. 10; vgl. BGE 67 I 277 E. 4.; Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulats Malama 10.3045 vom 3. März 2010, Innere Sicherheit, Klärung der Kompetenzen, S. 4484 f.

D. Übersicht über die Bundesaufgaben

Der Grossteil der Bundesaufgaben lässt sich dem 2. Kapitel (Zuständigkeiten) des 3. Titels (**Art. 54–125 BV**) entnehmen. Im Lichte dieser Bestimmungen fallen dem Bund – zum Teil gemeinsam mit den Kantonen – im Wesentlichen Aufgaben in den folgenden **Sachbereichen** zu:[3762] 24

- auswärtige Angelegenheiten;
- Sicherheit des Landes und Bevölkerungsschutz;
- Bildung und Forschung;
- Sport und Kultur;
- Umweltschutz und Raumplanung;
- öffentlicher Verkehr;
- Energie und Kommunikation;
- Wirtschaftspolitik;
- Wohnraum, soziale Sicherheit und Gesundheitsschutz;
- Migration;
- Zivil- und Strafrecht.

Gemäss Wortlaut des Art. 42 BV ist der Bund verpflichtet, die ihm zugewiesenen Aufgaben zu erfüllen. Nach allgemeiner Auffassung ist es ihm jedoch auch erlaubt, unter Beachtung der Vorgaben der spezifischen Sachnorm **Dritte** wie die Kantone oder Private bzw. Organisationen ausserhalb der Bundesverwaltung mit der Erfüllung seiner Aufgaben zu **betrauen**.[3763] Dies entbindet ihn jedoch nicht von seiner allgemeinen Erfüllungspflicht.[3764] 25

3761 Statt vieler Biaggini, Vorbemerkungen zu Art. 42–135 BV N. 10; SGK-Müller/Schweizer, Art. 42 BV N. 10; Tschannen, Grundlagen, S. 9; zu Art. 3 aBV bereits Hangartner, S. 63 f. Dahingegen hält Saladin, S. 481–483, eine Bundeszuständigkeit aufgrund Gewohnheitsrecht für möglich; ebenso Thalmann, Kantone, S. 92 f. CR-Bellanger, Art. 42 BV N. 43, hält eine gewohnheitsrechtliche Bundeszuständigkeit gestützt auf Art. 3 BV theoretisch für möglich, jedoch mit Art. 42 BV nicht vereinbar.

3762 BSK-Biaggini, Art. 42 BV N. 38. Ausführlich auch CR-Bellanger, Art. 42 BV N. 22, der auch auf Aufgaben ausserhalb des 2. Kapitels des 3. Titels verweist.

3763 BSK-Biaggini, Art. 42 BV N. 36; CR-Bellanger, Art. 42 BV N. 57; SGK-Müller/Schweizer, Art. 42 BV N. 9.

Zur Autorin

Dr. iur. Christina Neier, Bsc., ist Postdoktorandin an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich. Sie studierte Rechtswissenschaften sowie Wirtschafts- und Sozialwissenschaften in Wien und promovierte an der Universität Zürich. In ihrer Dissertation befasste sie sich mit der Unionsbürgerschaft. Derzeit arbeitet sie an ihrer Habilitationsschrift zum Thema Solidarität in der Europäischen Union und in europäischen Bundesstaaten einschliesslich der Schweiz. Finanziell unterstützt wird sie dabei vom UZH Alumni FAN (Ernst Göhner Stiftung Fellowship) und vom UZH Postdoc Grant (inkl. Suslowa-Postdoc-Fellowship). Zudem ist sie als Lehrbeauftragte für Europarecht und Öffentliches Recht an diversen Schweizer Universitäten tätig. Seit 2020 leitet sie als Managing Editor die Zeitschrift Swiss Review of International and European Law (SRIEL). Sie ist erreichbar unter christina.neier@ius.uzh.ch.

WEITERE EMPFOHLENE LEKTÜRE

Bellanger François, Kommentierung zu Art. 42 BV, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Commentaire Romand, Constitution fédérale, Basel 2021.

Benoit Anne, Le partage vertical des compétences en tant que garant de l'autonomie des Etats fédérés en droit suisse et en droit américain, Genf/Zürich/Basel 2009.

Biaggini Giovanni, Kommentierung zu Art. 42 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Schweizerische Bundesverfassung, Basler Kommentar, Basel 2015.

Ehrenzeller Bernhard/Ehrenzeller Kaspar, «L'amour de la complexité» im Bundesstaat Schweiz – Kompetenzzuteilung und Kompetenzwahrnehmung in Bund und Kantonen, in: Gamper Anna/Bussjäger Peter/Karlhofer Ferdinand/Pallaver Günther/Obwexer Walter (Hrsg.), Föderale Kompetenzverteilung in Europa, Baden-Baden 2016, S. 33–66.

3764BSK-Biaggini, Art. 42 BV N. 36.

Gamper Anna/Bussjäger Peter/Karlhofer Ferdinand/Pallaver Günther/Obwexer Walter (Hrsg.), Föderale Kompetenzverteilung in Europa, Baden-Baden 2016.

Hangartner Yvo, Die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen, Bern/Frankfurt a.M. 1974.

Isensee Josef, § 133 Die bundesstaatliche Kompetenz, in: Iensee Josef/Kirchhof Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band IV Bundesstaat, 3. Aufl., Heidelberg 2008.

Jestaedt Matthias, Theorie der Kompetenzverteilung, Beiträge zur Rechtsgeschichte Österreichs (2021), S. 163–181.

Knapp Blaise, La répartition des compétences et la coopération de la Confédération et des cantons, in: Thürer Daniel/Aubert Jean-François/Müller Jörg Paul (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, S. 457–472.

Müller Lucien, Vorbemerkungen zur bundesstaatlichen Aufgabenteilung, in: 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 2023.

Müller Lucien/Schweizer Rainer J., Kommentierung zu Art. 42 BV, in: 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 2023.

Reich Johannes, § 12 Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen, in: Biaggini Giovanni/Gächter Thomas/Kiener Regina (Hrsg.), Staatsrecht, 3. Aufl, Zürich/St. Gallen 2021, S. 153–167.

Schindler Benjamin, Die föderale Kompetenzverteilung in der Schweizerischen Eidgenossenschaft aus historischer Sicht, Beiträge zur Rechgtsgeschichte Österreich (2021), 238–255.

Schweizer Rainer J., Verteilung der Staatsaufgaben zwischen Bund und Kantonen, in: Diggelmann Oliver/Randall Maya Hertig/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Bd. I, Zürich 2020, S. 691–713.

Waldmann Bernhard/Spiess Angelika, Aufgaben- und Kompetenzverteilung im schweizerischen Bundesstaat. Typologie der Aufgaben und Kompetenzen

von Bund und Kantonen, 2015, https://www.unifr.ch/federalism/en/assets/public/files/NZ/Gutachten_final.pdf, besucht am 12.2.2024.

LITERATURVERZEICHNIS

Aubert Jean-François, Vorbemerkungen zu Art. 42 BV, in: Aubert Jean-François/Mahon Pascal (Hrsg.), Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zürich/Basel/Genf 2003.

Bellanger François, Kommentierung zu Art. 42 BV, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Commentaire Romand. Constitution fédérale, Basel 2021.

Benoit Anne, Le partage vertical des compétences en tant que garant de l'autonomie des Etats fédérés en droit suisse et en droit américain, Genf/Zürich/Basel 2009.

Berka Walter, Verfassungsrecht, Grundzüge des österreichischen Verfassungsrechts für das juristiche Studium, 8. Aufl., Wien 2021.

Biaggini Giovanni, Kommentiern zu Art. 42 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Schweizerische Bundesverfassung, Basler Kommentar, Basel 2015.

Biaggini Giovanni, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017.

Brühl-Moser Denise, § 97 Der Föderalismus Kanadas: interstaatlich, exekutiv und asymmetrisch, in: Härtel Ines (Hrsg.), Handbuch Föderalismus, Band IV: Föderalismus in Europa und der Welt, Berlin/Heidelberg 2012, S. 627–669.

Edenharter Andrea, Grundrechtsschutz in föderalen Mehrebenensystemen, Tübingen 2018.

Ehrenzeller Bernhard/Ehrenzeller Kaspar, «L'amour de la complexité» im Bundesstaat Schweiz – Kompetenzzuteilung und Kompetenzwahrnehmung in Bund und Kantonen, in: Gamper Anna/Bussjäger Peter/Karlhofer Ferdinand/Pallaver Günther/Obwexer Walter (Hrsg.), Föderale Kompetenzverteilung in Europa, Baden-Baden 2016, S. 33–66.

Eichenberger Kurt, Strukturen von heute für Aufgaben von morgen (1980), in: Müller Georg/Rhinow René/Schmid Gerhard (Hrsg.), Ausgewählte Schriften

von Kurt Eichenberger. Vom schweizerischen Weg zum modernen Staat, Basel/Genf/München 2002, S. 11–20.

Fehling Michael, Mechanismen der Kompetenzabgrenzung in föderativen Systemen im Vergleich, in: Aulehner Josef et al. (Hrsg.), Föderalismus – Auflösung oder Zukunft der Staatlichkeit?, Stuttgart et al. 1997, S. 31–55.

Fleiner Fritz/Giacometti Zaccaria, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 1978.

Glaser Andreas, Staatsaufgaben, in: Biaggini Giovanni/Gächter Thomas/Kiener Regina (Hrsg.), Staatsrecht, 3. Aufl, Zürich/St. Gallen 2021, S. 23–32.

Häfelin Ulrich/Haller Walter/Keller Helen/Thurnherr Daniela, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10. Aufl., Zürich 2020.

Hangartner Yvo, Die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen, Bern/Frankfurt a.M. 1974.

Hanschel Dirk, Konfliktlösung im Bundesstaat: die Lösung föderaler Kompetenz-, Finanz- und Territorialkonflikte in Deutschland, den USA und der Schweiz, Tübingen 2012.

Heintzen Markus, Kommentierung zu Art. 70 GG, in: Kahl Wolfgang/Waldhoff Christan/Walther Christian (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Loseblatt (Stand November 2022).

Isensee Josef, § 73 Staatsaufgaben, in: Isensee Josef/Kirchhof Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bunesrepublik Deutschland, Band IV Aufgaben des Staates, 3. Aufl., Heidelberg 2006 (zit. Isensee, Staatsaufgaben).

Isensee Josef, § 133 Die bundesstaatliche Kompetenz, in: Iensee Josef/ Kirchhof Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band IV Bundesstaat, 3. Aufl., Heidelberg 2008 (zit. Isensee, Kompetenz).

Jaag Tobias, Die Rechtsstellung der Kantone in der Bundesverfassung, in: Thürer Daniel/Aubert Jean-François/Müller Jörg Paul (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, S. 473–490 (zit. Jaag, Rechtsstellung).

Jaag Tobias, Rechtsschutz bei Kompetenzstreitigkeiten zwischen Bund und Kantonen, in: Mahon Pascal/Ngyuen Minh Son (Hrsg.), L'activité et l'espace:

droit du sport et aménagement du territoire: Mélanges en l'honneur de Piermarco Zen-Ruffinen, Basel 2011, S. 521–533 (zit. Jaag, Rechtsschutz).

Jestaedt Matthias, Theorie der Kompetenzverteilung, Beiträge zur Rechtsgeschichte Österreichs (2021), S. 163–181.

Kment Martin, Kommentierung zu Art. 70 GG, in: Jarass Hans D./Pieroth Bodo (Hrsg.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 17. Aufl., München 2022.

Knapp Blaise, La répartition des compétences et la coopération de la Confédération et des cantons, in: Thürer Daniel/Aubert Jean-François/Müller Jörg Paul (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, S. 457–472.

Mahon Pascal, Droit constitutionnel, Volume I: Institutions, juridiction constitutionnelle et procédure, 3. Aufl., Basel/Neuenburg 2014.

Müller Lucien, Vorbemerkungen zur bundesstaatlichen Aufgabenteilung, in: 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 2023.

Müller Lucien/Schweizer Rainer J., Kommentierung zu Art. 42 BV, in: 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 2023.

Nettesheim Martin, Kompetenzen, in: von Bogdandy Armin/Bast Jürgen (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, Theoretische und dogmatische Grundzüge, Heidelberg 2009, S. 389–439.

Palermo Francesco/Kössler Karl, Comparative Federalism, Constitutional Arrangements and Case Law, Portland, 2017.

Reich Johannes, § 12 Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen, in: Biaggini Giovanni/Gächter Thomas/Kiener Regina (Hrsg.), Staatsrecht, 3. Aufl, Zürich/St. Gallen 2021, S. 153–167.

Rhinow René, Die Bundesverfassung 2000, Eine Einführung, Basel/Genf/München 2000.

Rhinow René/Schefer Markus/Uebersax Peter, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3. Aufl., Basel 2016.

Saladin Peter, Bund und Kantone – Autonomie und Zusammenwirken im schweizerischen Bundesstaat, ZSR 103 (1984) II, S. 431–590.

Schindler Benjamin, Die föderale Kompetenzverteilung in der Schweizerischen Eidgenossenschaft aus historischer Sicht, Beiträge zur Rechgtsgeschichte Österreich (2021), 238–255.

Schweizer Rainer J., Verteilung der Staatsaufgaben zwischen Bund und Kantonen, in: Diggelmann Oliver/Randall Maya Hertig/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Bd. I, Zürich 2020, S. 691–713.

Thalmann Urs, Die verfassungsrechtliche Stellung der Kantone, in: Hänni Peter (Hrsg.), Schweizerischer Föderalismus und europäische Integration, Die Rolle der Kantone in einem sich wandelnden internationalen Kontext, Zürich 2000, S. 56–117 (zit. Thalmann, Kantone).

Thalmann Urs, Subsidiaritätsprinzip und Kompetenzverteilung, in: Fleiner Thomas/Forster Peter/Misic Alexander/Thalmann Urs (Hrsg.), Die neue schweizerische Bundesverfassung, Basel/Genf/München 2000, S. 149–170 (zit. Thalmann, Kompetenzverteilung)

Tiefenthal Jürg Marcel, «Vielfalt in der Einheit» am Ende? Aktuelle Herausforderungen des schweizerischen Föderalismus, Zürich 2021.

Tschannen Pierre, Bundesstaatliche Aufgabenteilung und politisches System – Grenzen der Verfassungsästhetik, ZSR 114 (1995) I, S. 143–169 (zit. Tschannen, Aufgabenteilung).

Tschannen Pierre, Verfassungsrechtliche Grundlagen, in: Uhlmann Felix (Hrsg.), Die Rolle von Bund und Kantonen beim Erlass und bei der Umsetzung von Bundesrecht, Zürich 2013, S. 7–33 (zit. Tschannen, Grundlagen).

Tschannen Pierre, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 5. Aufl., Bern 2021 (zit. Tschannen, Staatsrecht).

Uhlmann Felix, Gutachten zuhanden der Konferenz der Kantonsregierungen (KDK) betreffend gerichtliche Überprüfung der föderalistischen Grundsätze in der Schweiz, 18.7.2016, https://kdk.ch/fileadmin/files/Newsletter/Gutachten_GerichtlicheUEberpruefungFoederalerStreitigkeiten.pdf, besucht am 15.4.2024.

Vogel Stefan, Verfassungsgebung: Eine Standortbestimmung aus schweizerischer Sicht. Zugleich eine Würdigung des Wirkens von Kurt Eichenberg, in: Uhlmann Felix (Hrsg.), Rechtsetzung und Verfassungsgebung. Kolloquium zu Ehren von Professor Kurt Eichenberger, Zürich/St. Gallen 2013, S. 11–43.

von Bogdandy Armin, § 81 Prinzipien des föderalen Verhältnisses in der Europäischen Union: ein Anwendungsdiskurs zum supranationalen Föderalismus, in: Härtel Ines (Hrsg.), Handbuch Föderalismus, Band IV: Föderalismus in Europa und der Welt, Berlin/Heidelberg 2012, S. 37–61.

Waldmann Bernhard/Spiess Angelika, Aufgaben- und Kompetenzverteilung im schweizerischen Bundesstaat, Typologie der Aufgaben und Kompetenzen von Bund und Kantonen, 2015, https://www.unifr.ch/federalism/en/assets/public/files/NZ/Gutachten_final.pdf, besucht am 12.2.2024.

Woydt Malte, § 100 Dissoziativer Föderalismus (1): Belgo-Föderalismus, in: Härtel Ines (Hrsg.), Handbuch Föderalismus, Band IV: Föderalismus in Europa und der Welt, Berlin/Heidelberg 2012, S. 745–795.

MATERIALIENVERZEICHNIS

Amtliches Bulletin der Bundesverfassung 1998 zur Reform der Bundesverfassung – Nationalrat (zit. AB 1998 NR).

Amtliches Bulletin der Bundesverfassung 1998 zur Reform der Bundesverfassung – Ständerat (zit. AB 1998 SR).

Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20.11.1996, BBl 1997 I 1 ff. (zit. Botschaft BV).

Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens 1996 (zit. Vernehmlassungsverfahren).

Erläuterungen zum Verfassungsentwurf 1995 (zit. Erläuterungen VE 1995).

Verfassungsentwurf vom 19.6.1995 (zit. VE 1995).

Verfassungsentwurf vom 20.11.1996 (zit. VE 1996).

alle abrufbar unter: https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/staat/gesetzgebung/archiv/bundesverfassung.html, besucht am 15.2.2024.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 43 BV

Eine Kommentierung von Christina Neier

ZITIERVORSCHLAG

Christina Neier, Kommentierung zu Art. 43 BV, in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (Hrsg.), Onlinekommentar zur Bundesverfassung

Kurzzitat: OK-Neier, Art. 43 BV N. XXX.

Art. 43 Aufgaben der Kantone

Die Kantone bestimmen, welche Aufgaben sie im Rahmen ihrer Zuständigkeiten erfüllen.

GLIEDERUNG

I. Entstehungsgeschichte 815
II. Kontext 816
III. Kommentar i.e.S. 818
A. Kantonale Zuständigkeiten und kantonale Aufgaben 818
B. Umfang und Schranken der kantonalen Aufgabenautonomie 819
C. Übersicht über Aufgaben in ausgewählten Kantonsverfassungen 822
Weitere empfohlene Lektüre 825
Literaturverzeichnis 827
Materialienverzeichnis 829

I. ENTSTEHUNGSGESCHICHTE

Seit der **Totalrevision** im Jahr 1999 erfasst die Bundesverfassung unter dem 3. Titel «Bund, Kantone und Gemeinden» im 1. Abschnitt des 1. Kapitels zum «Verhältnis von Bund und Kantonen» neben den Aufgaben des Bundes (Art. 42 BV) mit Art. 43 BV eine Grundsatzbestimmung zu den Aufgaben der Kantone. Zusätzlich werden seit 2008 mit Art. 43*a* BV Grundsätze zur Aufgabenzuweisung und Aufabenerfüllung niedergelegt. Frühere Versionen der Bundesverfassung enthielten keine direkten Vorgängerbestimmungen. 1

Der **Verfassungsentwurf 1995** sah an zwei Stellen allgemeine Regeln zur kantonalen Zuständigkeit vor. Zum einen hielt Art. 3 VE 1995 in Fortführung der alten Bundesverfassung fest, dass die Kantone «alle Rechte [ausüben], welche nicht dem Bund übertragen sind.» Zum anderen wurde neu zusätzlich Art. 32 Abs. 1 VE 1995 vorgeschlagen, welcher lautete: «Die Kantone sind zuständig für alle Aufgaben, die nicht durch die Bundesverfassung dem Bund übertragen sind.» Mit letzterer Bestimmung sollte gemäss den Erläuterungen die «subsidiäre Zuständigkeit» bzw. die «subsidiäre Aufgabenerfüllung» der Kantone verankert werden und damit jene Bestandteile des Normprogramms von Art. 3 weitergeführt werden, welche die Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen betreffen.[3765] 2

Während in Art. 3 VE 1995 von kantonalen «Rechten» die Rede war – wie auch schon in Art. 3 BV 1874 –, sprach nun Art. 32 Abs. 1 VE 1995 von «Aufgaben» der Kantone. In der Vernehmlassung wurde deshalb bemängelt, mit letzterer Formulierung könnte dem Souveränitätsbegriff des Art. 3 VE 1995 eine andere Bedeutung zukommen, im Sinne einer Abschwächung von einer Kompetenzvermutung zu einer Aufgabenteilung.[3766] Dieser Kritik wollte der Bundesrat im **Verfassungsentwurf 1996** Rechnung tragen.[3767] Er strich die Ausführungen über die kantonalen «Rechte» aus Art. 3 BV und überführte sie in den neuen Art. 35 VE 1995, wobei er bewusst auf das Wort «Rechte» verzichtete. Die Bestimmung des Art. 35 VE 1996 lautete sodann: «Die Kantone verfügen im Rahmen der Bundesverfassung über alle Hoheitsrechte, 3

3765 Erläuterungen VE 1995, S. 68.

3766 Vernehmlassungsverfahren, S. 88. Vgl. aber Schweizer, Bundesverfassung, S. 669, der betont, dass diese Version die Staatlichkeit der Kantone klarer zum Ausdruck gebracht hätte.

3767 Botschaft VE 1996, S. 210.

die sie zur Wahrnehmung ihrer Aufgaben benötigen». Systematisch angesiedelt war diese Bestimmung zur Stellung der Kantone *nach* der Bestimmung zu den Grundsätzen der Zusammenarbeit zwischen Bund und Kantonen.

4 Der **Ständerat** regte in den parlamentarischen Beratungen eine andere Systematik an: Die «klassische Regel der Kompetenzverteilung zwischen den beiden Ebenen» solle den Grundsätzen der Zusammenarbeit von Bund und Kantonen *voran*gestellt werden. Zudem sollten neue, unklare Begriffe wie etwa «Hoheitsrechte» vermieden werden.[3768] Der Ständerat legte deshalb eine neue Formulierung für die Bestimmungen zur Stellung der Kantone vor, die sich schliesslich durchsetzte und derjenigen des heutigen Art. 43 BV unter der Marginalie «Aufgaben der Kantone» entspricht. Denn der **Nationalrat** schloss sich sowohl in der Wortwahl als auch in der Systematik dem Vorschlag des Ständerats an, da dieser klar und übersichtlich und deshalb jenem des Bundesrates vorzuziehen sei.[3769]

II. KONTEXT

5 Eine klare und eindeutige Verteilung der Zuständigkeiten (in der Regel gleichbedeutend mit dem Begriff der Kompetenzen) zwischen Bund und Gliedstaaten ist zentraler und unabdingbarer Bestandteil einer bundesstaatlichen Verfassung.[3770] Eine **föderative Kompetenzordnung** besteht zumeist aus abstrakten Grundsatzregeln und konkreten Zuständigkeitsnormen. In der Bundesverfassung gehören zu ersteren die Schlüsselnorm des Art. 3 BV (Grundsatz der kantonalen Residualkompetenz und Prinzip der Einzelermächtigung des Bundes), Art. 5*a* BV (Subsidiaritätsgrundsatz), Art. 42–43*a* BV (Grundsätze zu den Aufgaben des Bundes und der Kantone) sowie Art. 47 BV (Eigenständigkeit der Kantone). Die konkreten (Bundes-)Zuständigkeiten in den einzelnen Sachbereichen sind vor allem im 2. Kapitel (Zuständigkeit) sowie im 3. Kapitel (Finanzordnung) des 3. Titels der Bundesverfassung geregelt. Über Kompetenzkonflikte zwischen Bund und Kantonen entscheidet das Bundesgericht gemäss Art. 189 Abs. 2 BV i.V.m. Art. 120 Abs. 1 lit. a BGG[3771].[3772] Wie der Bund müssen auch die Kantone auf diese staatsrechtliche Klage zurückgreifen; eine allgemeine

3768 Votum Rhinow, AB 1998 SR S. 61.
3769 Voten Leuba und Engelberger, AB 1998 NR S. 250 f.
3770 Vgl. OK-Neier, Art. 42 BV N. 6.

«Autonomiebeschwerde», wie sie den Gemeinden zur Verfügung steht (vgl. Art. 89 Abs. 2 lit. c BGG), kennt das BGG nicht.[3773]

Den Marginalien nach nimmt Art. 42 BV die Aufgaben des Bundes in den Blick, während Art. 43 BV jene der Kantone zum Gegenstand hat. Die vielen systematischen Verschiebungen und sprachlichen Umformulierungen dieser beiden Verfassungsnormen im Rahmen ihrer Entstehungsgeschichte offenbaren die fehlende Klarheit über ihren Regelungsgehalt.[3774] Im Ergebnis bekräftigen sie die **Verpflichtung von Bund und Kantonen zur Erfüllung ihrer Aufgaben**.[3775] Darüber hinaus ist die rechtliche und praktische Bedeutung dieser beiden Bestimmungen jedoch gering.[3776] Ihr Inhalt ergibt sich im Wesentlichen bereits aus Art. 3 BV. Damit tragen Art. 42 und 43 BV zweifellos zur «schon fast ins Inflationäre gehende[n] Zunahme föderalistischer Grundsatzbekenntnisse»[3777] bei. 6

Im Übrigen ist Art. 43 BV in Zusammenhang mit jenen Bestimmungen zu lesen, welche **Grundsätze zur Aufgabenzuweisung und -erfüllung** statuieren. Spezifisch mit der Zuweisung bzw. Erfüllung staatlicher Aufgaben befassen sich Art. 5*a* BV («Subsidiarität») und Art. 43*a* BV («Grundsätze für die Zuweisung und Erfüllung staatlicher Aufgaben»). Darüber hinaus verpflichtet Art. 44 Abs. 1 und Abs. 2 BV Bund und Kantone zur gegenseitigen Unterstützung und Rücksichtnahme.[3778] Die Kantone können gemäss Art. 48 Abs. 1 BV bei «Aufgaben von regionalem Interesse» zusammenarbeiten und zu diesem Zweck interkantonale Verträge abschliessen. Den Bund in die Pflicht nimmt schliesslich Art. 47 BV, wonach er die Eigenständigkeit der Kantone zu wahren und diesen ausreichend Aufgaben und Finanzierungsquellen zu belassen hat. 7

3771. Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (Bundesgerichtsgesetz, BGG), SR 101.
3772. M.w.N. Jaag, Rechtsschutz, S. 521–533.
3773. Uhlmann, N. 44.
3774. Vgl. SGK-Müller/Schweizer, Art. 43 BV N. 5.
3775. Vgl. Schweizer, Bundesverfassung, S. 669.
3776. Btr. Art. 42 BV siehe OK-Neier, Art. 42 BV N. 19 f.; btr. Art. 43 BV siehe auch Biaggini, Art. 43 BV N. 2; BSK-Biaggini, Art. 42 BV N. 1; SGK-Müller/Schweizer, Art. 43 BV N. 6.
3777. Biaggini, Vorbemerkungen zu Art. 42–135 BV N. 5.
3778. Ausführlich und rechtsvergleichend zur sogenannten «Bundestreue» Egli, *passim*.

III. KOMMENTAR I.E.S.

A. Kantonale Zuständigkeiten und kantonale Aufgaben

8 Zu den **kompetenzrechtlichen Grundbegriffen** zählen «Aufgaben» sowie «Zuständigkeiten» bzw. synonym verstanden «Kompetenzen».[3779] Die unterschiedliche Bedeutung von «Aufgabe» und «Zuständigkeit» wird in Art. 43 BV deutlich, wenn es heisst, die Kantone bestimmen, welche «Aufgaben» sie «im Rahmen ihrer Zuständigkeiten» erfüllen. Der Begriff der Aufgabe umfasst die Pflicht, eine Massnahme oder Regelung zu erlassen, und zentriert sich um die Abgrenzung der staatlichen von der gesellschaftlichen Sphäre.[3780] Unter Zuständigkeit bzw. Kompetenz wird demgegenüber eine Ermächtigung zum Handeln verstanden; sie dient in bundesstaatlichen Verfassungen primär der Abgrenzung der Handlungsbereiche von Bund und Gliedstaaten.[3781] Diesem Verständnis folgend gewährt Art. 43 BV dem Wortlaut nach den Kantonen die Freiheit, zu entscheiden, zu welcher Handlung sie sich verpflichten, soweit sie bundesverfassungsrechtlich dazu ermächtigt sind.

9 Die kantonale Kompetenz, d.h. die Frage der Ermächtigung der Kantone, ergibt sich aus Art. 3 BV, dessen Grundsatz in Art. 42 BV wiederholt wird.[3782] Mit diesen Bestimmungen erklärt die Verfassung die Kantone für all jene Bereiche zuständig, welche nicht dem Bund übertragen sind. Die Kantone verfügen über eine **subsidiäre Generalkompetenz**.[3783] Damit ist jedoch keine Kompetenzvermutung zugunsten der Kantone verbunden.[3784] Vielmehr sind mithilfe der gewöhnlichen Auslegungscanones die dem Bund durch die Bundesverfassung zugewiesenen Kompetenzen zu ermitteln; für alle anderen staatlichen Tätigkeitsbereiche sind die Kantone zuständig.

10 Zum Teil erklärt die **Bundesverfassung** die Kantone **ausdrücklich für zuständig**. In der Regel hat diese Zuständigkeitserklärung nur eine

---

3779 Ausführlicher in OK-Neier, Art. 42 BV N. 12–15.

3780 Vgl. BSK-Biaggini, Art. 42 BV N. 21; Ehrenzeller/Ehrenzeller, S. 35; Glaser, N. 69; Isensee, N. 38; Reich, N. 3; Waldmann/Spiess, N. 20.

3781 Vgl. Biaggini, Vorbemerkungen zu Art. 42–135 BV N. 6; BSK-Biaggini, Art. 42 BV N. 21; Reich, N. 3; Waldmann/Spiess, N. 20.

3782 Vgl. auch die gemeinsame Erwähnung von Art. 3, Art. 42 und teils Art. 43 BV in BGE 143 I 92 E. 3.5; BGE 140 I 218 E. 5.4; BGE 143 I 109 E. 5; BGE 147 I 241 E. 5.1.

3783 Botschaft Verfassungsentwurf 1996, S. 227. Vgl. auch BGE 140 I 176 E. 7.1: «subsidiäre Generalkompetenz der Kantone».

3784 Erläuterungen VE 1995, S. 68; u.a. etwa Biaggini, Art. 3 BV N. 6; Reich, N. 9.

deklaratorische Bedeutung,[3785] indem sie bestätigt, was nach Art. 3 BV ohnehin gilt.[3786] Beispielhaft zu erwähnen sind die expliziten Verankerungen der kantonalen Zuständigkeiten für das Schulwesen (Art. 62 Abs. 1 BV),[3787] den Kulturbereich (Art. 69 Abs. 1 BV), das Verhältnis von Kirche und Staat (Art. 72 Abs. 1 BV) sowie den Natur- und Heimatschutz (Art. 78 Abs. 1 BV). Teils wird die kantonale Zuständigkeit auch deshalb ausdrücklich in der Bundesverfassung angeführt, um den Kantonen eine Ermächtigung zur Einschränkung bundesrechtlich garantierter Freiheiten zu gewähren (z.B. Art. 29*a* BV und Art. 94 Abs. 4 BV), um eine Ausnahme von einer Bundeskompetenz zu statuieren (z.B. 54 Abs. 1 i.V.m. Art. 56 Abs. 1 BV zum Abschluss von Staatsverträgen), um den Vollzug einer Massnahme des Bundes den Kantonen aufzuerlegen (z.B. Art. 74 Abs. 3 BV zum Umweltschutz) oder um die kantonale Kompetenz in Abgrenzung zur Bundeskompetenz zu präzisieren (z.B. Art. 78 Abs. 1 BV zum Natur- und Heimatschutz).[3788]

Die Residualkompetenz der Kantone stand im Fokus der ursprünglichen Fassung gegenständlicher Bestimmung (vgl. Art. 32 Abs. 1 VE 1995, siehe N. 2). Nun betont Art. 43 BV jedoch in erster Linie die **kantonale Aufgabenautonomie**. Sind die Kantone für einen Sachbereich zuständig, d.h. haben sie für ein konkretes Tätigkeitsfeld die Ermächtigung zum Handeln inne, so bestimmen sie selbst, welche Aufgaben sie erfüllen. Die Aufgabenautonomie der Kantone zeigt sich in zweierlei Hinsicht: zum einen in der Freiheit, die eigenen Aufgaben auszuwählen (N. 12), zum anderen in der Freiheit, die Modalität der Aufgabenerfüllung zu gestalten (N. 13).[3789] 11

B. Umfang und Schranken der kantonalen Aufgabenautonomie

Art. 43 BV garantiert die **freie Wahl der Aufgaben**. Die Kantone können frei entscheiden, welche Aufgaben sie im Rahmen ihrer Zuständigkeiten tatsächlich erfüllen.[3790] Sie sind grundsätzlich nicht verpflichtet, ihre 12

3785 Vgl. aber BSK-Biaggini, Art. 43 BV N. 4, wonach die explizite Zuständigkeitserklärung die kantonale Aufgabenautonomie schütze.

3786 Reich, N. 13 f.

3787 Vgl. hierzu Benoit, S. 45.

3788 Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, N. 1055; für ähnliche und weitere Gründe siehe u.a. Aubert, N. 612; Mahon, N. 97; Rhinow/Schefer/Uebersax, N. 713; Waldmann/Spiess, N. 36.

3789 BSK-Biaggini, Art. 43 BV N. 17 ff.; Biaggini, Art. 43 BV N. 4; SGK-Müller/Schweizer, Art. 43 BV N. 6 und 9; Tschannen, Staatsrecht, N. 732; Waldmann/Spiess, N. 39.

3790 Vgl. Benoit, S. 37 f.

Zuständigkeiten auszuüben. Sie bestimmen eigenständig, ob und in welchem Umfang sie tätig werden. Diese freie Aufgabenwahl wird freilich auch durch Art. 3 BV sowie durch die in Art. 47 BV geschützte Eigenständigkeit der Kantone vermittelt.[3791] Letztere Bestimmung verlangt zudem, dass der Bund den Kantonen ausreichend eigene Aufgaben belässt. Damit wird die Kompetenz-Kompetenz des Bundesverfassungsgebers begrenzt[3792] und die Aufgabenautonomie der Kantone vor einer völligen Aushöhlung geschützt.

13 Nicht nur das «Ob», sondern auch das «Wie», d.h. die **Modalitäten** der Aufgabenerfüllung liegt nach Art. 43 BV im Ermessen der Kantone. Diese können frei entscheiden, welche Massnahmen sie zur Aufgabenerfüllung ergreifen und welche Rechtswirkung sie diesen verleihen. Gleichermassen können sie frei bestimmen, ob sie selbst tätig werden oder ob sie die Aufgabe stattdessen – in der Kantonsverfassung oder durch Gesetz[3793] – den Gemeinden oder einem öffentlichen bzw. privaten Dritten übertragen.[3794] Doch auch die Autonomie in Bezug auf die Erfüllungsmodalitäten ergibt sich bereits aus Art. 3 i.V.m. Art. 47 BV.[3795] Ein über ebendiese Verfassungsbestimmungen hinausgehender Regelungsgehalt ist für Art. 43 BV daher nicht erkennbar. Systematisch vor dem Kapitel zu den Zuständigkeiten platziert, erinnert Art. 43 BV immerhin nochmals dezidiert an die Eigenständigkeit der Kantone.

14 Der Wortlaut des Art. 43 BV erweckt zudem den Anschein, die kantonale Aufgabenautonomie unterliege keinerlei Schranken. Solche ergeben sich jedoch nicht nur aus interkantonalem Recht (vgl. Art 48 Abs. 5 BV), sondern vor allem aus dem Bundesrecht (vgl. Art. 49 Abs. 1 BV).[3796] Zahlreiche **aufgabenspezifische bundesverfassungsrechtliche Schranken** diktieren, ob und wie die Kantone tätig werden müssen.[3797] So werden sie ausdrücklich zur Aufgabenwahrnehmung verpflichtet, wenn es in der Verfassung heisst, die

3791 SGK-Müller/Schweizer, Art. 43 BV N. 6 und 9; Waldmann/Spiess, N. 38; ähnlich BSK-Biaggini, Art. 43 BV N. 1.

3792 Vgl. OK-Neier, Art. 42 BV N. 23.

3793 Vgl. z.B. Art. 53 und Art. 54 der Verfassung des Kantons Freiburg. Hierzu Jaag/Rüssli, N. 3716.

3794 CR-Bellanger, Art. 43 BV N. 18.

3795 SGK-Müller/Schweizer, Art. 43 BV N. 6, 9; PC-Aubert, Art. 43 BV N. 2; btr. Art. 47 BV siehe Rhinow, S. 84.

3796 M.w.N. CR-Bellanger, Art. 43 BV N. 28–39; SGK-Müller/Schweizer, Art. 43 BV N. 8; vgl. u.a. auch Knapp, N. 13.

3797 M.w.N. BSK-Biaggini, Art. 43 BV N. 17 ff.

Kantone «sorgen» (z.B. Art. 57 BV zur Sicherheit, Art. 61*a* BV zur Bildung, Art. 81*a* BV zum öffentlichen Verkehr, Art. 117*a* BV zur medizinischen Grundversorgung), die Kantone «fördern» (z.B. Art. 67*a* BV zur musikalischen Bildung, Art. 112*b* Abs. 2 BV zur Eingliederung Invalider, Art. 117*b* BV zur Pflege) oder die Kantone müssen «sich einsetzen» (z.B. Art. 89 Abs. 1 BV zur Energiepolitik). Teilweise legen diese Bestimmungen gleichzeitig die Modalität der Aufgabenerfüllung fest. Beispielsweise verlangen sie eine «hohe Qualität» der Bildung (Art. 61*a* BV), der medizinischen Grundversorgung (Art. 117*a* BV) und der Pflege (Art. 117*b* BV). Für alle Aufgaben gilt nach Art. 43*a* Abs. 5 BV, dass sie von den Kantonen bedarfsgerecht und wirtschaftlich zu erbringen sind. Punktuell regelt die Bundesverfassung auch den Fall, dass die Kantone ihrer Zuständigkeit nicht hinreichend wahrnehmen. So erhält der Bund im Bildungsbereich die Befugnis zum Erlass notwendiger Vorschriften, wenn die Kantone es versäumen, Harmonisierungsmassnahmen zu erlassen bzw. die gemeinsamen Ziele zu erreichen (Art. 62 Abs. 4, Art. 63*a* Abs. 5, Art. 67*a* Abs. 2 BV). Ferner kann der Bund auf Antrag der Kantone in bestimmten Aufgabenbereichen interkantonale Verträge für allgemein verbindlich erklären oder die Kantone zur Beteiligung an solchen verpflichten (Art. 48*a* BV). In diesen Fällen der bedingten Bundeskompetenz besteht ein faktischer Druck auf die Kantone, ihre Zuständigkeiten wahrzunehmen.[3798]

Eine **allgemeine bundesverfassungsrechtliche Schranke** für die kantonale Aufgabenerfüllung bilden die rechtsstaatlichen Grundsätze des Art. 5 BV. Einen einschränkenden Rahmen setzen ebenso die Staatszielbestimmungen, wie etwa Art. 41 BV zu den Sozialzielen oder Art. 73 BV zur Nachhaltigkeit. Darüber hinaus sind die Kantone im Rahmen ihrer Aufgabenerfüllung an die Grundrechte (Art. 7–34 BV) gebunden (Art. 35 Abs. 2 BV). Sie dürfen in die Grundrechte des Einzelnen nur eingreifen, wenn hierfür eine gesetzliche Grundlage besteht, ein öffentliches Interesse den Eingriff rechtfertigt, der Eingriff verhältnismässig ist und der Kerngehalt gewahrt bleibt (Art. 36 BV).[3799] Schliesslich beschränkt Art. 94 BV «als grundlegendes Ordnungsprinzip einer auf marktwirtschaftlichen Prinzipien beruhenden Wirtschaftsordnung»[3800] den Handlungsrahmen der Kantone. Sie sind verpflichtet, bei der Aufgabenwahrnehmung die Wirtschaftsfreiheit des

15

3798 SGK-Müller/Schweizer, Art. 42 BV N. 8.
3799 Siehe hierzu und zum Folgenden auch CR-Bellanger, Art. 43 BV N. 32 f.
3800 BGE 138 I 378 E. 6.1.

Einzelnen zu achten (Abs. 1), das Gesamtwirtschaftsinteresse und die Wohlfahrt zu wahren (Abs. 2) sowie für günstige wirtschaftliche Rahmenbedingungen für Private zu sorgen (Abs. 3).

16 Schranken der kantonalen Aufgabenautonomie ergeben sich zudem aus **völkerrechtlichen Vorgaben**. Gemäss Art. 7 des Bundesgesetzes über die Mitwirkung der Kantone an der Aussenpolitik[3801] besteht für die Kantone denn nicht nur eine Zuständigkeit, d.h. eine Ermächtigung; vielmehr sind sie zur (rechtzeitigen) Umsetzung im Sinne einer Aufgabe verpflichtet.[3802] Eine grosse Rolle spielen in der Praxis die internationalen Menschenrechtsübereinkommen, die von den Kantonen eigenständig umzusetzen sind.[3803]

C. Übersicht über Aufgaben in ausgewählten Kantonsverfassungen

17 Aufgrund der aus Art. 3, 42, 43 und 47 BV fliessenden subsidiären Generalkompetenz und Aufgabenautonomie der Kantone ist es nicht möglich, eine vollständige Übersicht über die kantonalen Aufgaben zu bieten (vgl. aber die Aufzählung klassischer Kantonsaufgaben in Art. 48*a* Abs. 1 BV).[3804] Stattdessen soll hier ein Blick auf niedergeschriebene Aufgaben in – ihres Umfangs oder ihres Inhalts wegen – ausgewählten **Kantonsverfassungen** geworfen werden. Art. 51 Abs. 1 BV verlangt zwar, dass sich die Kantone eine Verfassung geben.[3805] Die Bundesverfassung schreibt ihnen jedoch nicht vor, ob und wie sie ihre Aufgaben darin verankern. Die überwiegende Mehrheit der Kantonsverfassungen enthält heute jedoch einen ausdrücklichen Aufgabenkatalog.[3806] Solche Aufgabenkataloge haben eine informierende, normierende und legitimierende Funktion.[3807] Deren Aufzählung ist aufgrund

3801 SR 138.1.

3802 Wyttenbach, S. 437.

3803 M.w.N. Schweizer, Staatsaufgaben, S. 695 f. Für eine ausführliche Analyse der kantonalen Umsetzung von internationalen Menschenrechtsverpflichtungen siehe Kaempfer, *passim*.

3804 Vgl. auch BSK-Biaggini, Art. 43 BV N. 28. Für einen Überblick über die Aufgaben des Bundes siehe OK-Neier, Art. 42 N. 24.

3805 Vgl. Jaag, N. 14.

3806 Vgl. dahingegen die noch ältere Verfassung des Kantons Zug vom 31.1.1984, welche keine Aufgaben statuiert; auch in der Verfassung des Kantons Wallis vom 8.3.1907 finden sich nur vereinzelt Aufgaben.

der kantonalen Generalzuständigkeit des Art. 3 BV jedoch nicht abschliessend.[3808]

Vereinzelt normieren die Kantonsverfassungen einen **Verfassungsvorbehalt**. Infolgedessen muss jede neue kantonale Aufgabe ausdrücklich in die Verfassungsurkunde aufgenommen werden. In diesem Sinne verlangt beispielsweise § 90, 1. Satz der Verfassung des Kantons Basel-Landschaft, dass die Übernahme neuer kantonaler Aufgaben, soweit diese nicht durch Bundesrecht auferlegt werden, einer Verfassungsänderung bedarf. Weitere Beispiele finden sich in § 26 Abs. 1 der Kantonsverfassung Aargau sowie § 63 Abs. 1 der Kantonsverfassung Thurgau. 18

Als **Beispiel** für einen umfangreichen Aufgabenkatalog nennen Art. 100–121 der **Zürcher Kantonsverfassung** vom 27. Februar 2005 folgende kantonale Aufgaben: 19

- öffentliche Ordnung und Sicherheit;
- Raumplanung, Umwelt-, Klima, Natur- und Heimatschutz;
- Verkehr, Wasser- und Energieversorgung;
- Wirtschaft (insbes. KMU und Sozialpartnerschaft) und Arbeit (Vereinbarkeit, Arbeitsplatz- und Lehrstellenangebot);
- Land- und Forstwirtschaft;
- Kantonalbank;
- gemeinnütziger Wohnungsbau und Wohneigentum sowie Sozialhilfe;
- Familie, Jugend und Alter;
- Gesundheitsversorgung;
- Integration (Zusammenleben der Bevölkerung und Integration von Ausländer:innen);
- Bildungswesen, öffentliche und private Schulen, Hochschulen sowie Berufs- und Weiterbildung;
- Kultur und Sport.

3807 Tschannen, Staatsrecht, N. 791; vgl. auch ders., Aufgabenteilung, S. 150-154; ähnlich Rhinow/Schefer/Uebersax, N. 715.

3808 Malinverni/Hottelier/Randall/Flückiger, N. 1055.

20 Viele andere Kantonsverfassungen führen ähnliche Aufgaben an. Manche von ihnen stechen aufgrund ihres **Inhalts** heraus. So verschreibt sich etwa die Kantonsverfassung von **Bern** der Sonntagsruhe (Art. 47) sowie der internationalen Zusammenarbeit und der humanitären Hilfe (Art. 54, siehe hier auch die Beteiligung an der «Zusammenarbeit der Regionen Europas»). Die Verfassung des Kantons **Freiburg** setzt die materielle Sicherheit, insbesondere die Verhütung von Armut (Art. 55), an die Spitze ihres Aufgabenkatalogs. Auch im weiteren Verfassungstext wird der Mensch in den Mittelpunkt gestellt, indem der Schutz und die Unterstützung der Familie (Art. 59–60), die Förderung der Jugend und der Beziehungen zwischen den Generationen sowie der Einsatz für verletzliche und abhängige Personen (Art. 63) angeordnet werden. Im Kanton **Basel-Landschaft** erhielt die Förderung des (gemeinnützigen) Wohnungsbaus eine ausführliche verfassungsrechtliche Verankerung (§ 106*a*). Die Verfassung des Kantons **Jura** setzt sich ein für den sozialen Frieden (Art. 21), die Förderung von Frauen (Art. 44) und den Konsumentenschutz (Art. 52), jene des Kantons **Waadt** für die Integration von behinderten Personen (Art. 61) und den Schutz vor Passivrauchen (Art. 65*a*), jene des Kantons **Aargau** für geeignete Örtlichkeiten für nichtsesshafte ethnische Minderheiten (§ 48)[3809] und unter anderem jene der Kantone **Schaffhausen** und **Graubünden** für eine «sinnvolle Freizeitgestaltung» (Art. 92 bzw. Art. 91).

21 Das breite **Spektrum der verankerten Kantonsaufgaben** ist Ausdruck der Aufgabenautonomie der Kantone. Zwar finden in den Kantonsverfassungen vereinzelt Aufgaben Niederschlag, welche auf konkrete Anliegen der Kantonsbevölkerung eingehen.[3810] Grundsätzlich zeigen die Aufgabenkataloge der verschiedenen Kantonsverfassungen jedoch eine hohe Übereinstimmung, ohne dass regelmässige Unterschiede erkennbar sind, die auf kantonale Merkmale wie Topographie oder Bevölkerungsstruktur zurückzuführen wären. Der rechtsvergleichende Blick auf die Kantonsverfassungen zeigt aber auch, dass diese entwicklungsoffen sind für neue, sich den

3809 Vgl. auch die Kantonsaufgabe zur Ausgabe und Durchführung von Lotterien zu gemeinnützigen oder wohltätigen Zwecken in § 55bis, welche 2020 aus der Kantonsverfassung gestrichen wurde.

3810 Als typische Beispiele hierfür siehe etwa der Schutz der Region Lavaux als Aufgabe des Kantons Waadt (Art. 52*a* der Kantonsverfassung vom 14.4.2003) oder die Verankerung der Genfer Institution zur häuslichen Pflege in Art. 174A der Genfer Kantonsverfassung vom 14.10.2012; vgl. auch die Beispiele in N. 21.

Herausforderungen der heutigen Zeit stellenden Aufgaben. So haben im vergangenen Jahrzehnt der Klimaschutz[3811] und die Förderung erneuerbarer Energie[3812] Eingang in zahlreiche Kantonsverfassungen gefunden. Die in den kantonalen Verfassungen verankerten Aufgaben widerspiegeln mithin die aktuelle gesellschaftliche Erwartung an das Gemeinwesen.[3813]

Zur Autorin

Dr. iur. Christina Neier, Bsc., ist Postdoktorandin an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich. Sie studierte Rechtswissenschaften sowie Wirtschafts- und Sozialwissenschaften in Wien und promovierte an der Universität Zürich. In ihrer Dissertation befasste sie sich mit der Unionsbürgerschaft. Derzeit arbeitet sie an ihrer Habilitationsschrift zum Thema Solidarität in der Europäischen Union und in europäischen Bundesstaaten einschliesslich der Schweiz. Finanziell unterstützt wird sie dabei vom UZH Alumni FAN (Ernst Göhner Stiftung Fellowship) und vom UZH Postdoc Grant (inkl. Suslowa-Postdoc-Fellowship). Zudem ist sie als Lehrbeauftragte für Europarecht und Öffentliches Recht an diversen Schweizer Universitäten tätig. Seit 2020 leitet sie als Managing Editor die Zeitschrift Swiss Review of International and European Law (SRIEL). Sie ist erreichbar unter christina.neier@ius.uzh.ch.

WEITERE EMPFOHLENE LEKTÜRE

Bellanger François, Kommentierung zu Art. 43 BV, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Commentaire Romand, Constitution fédérale, Basel 2021.

Benoit Anne, Le partage vertical des compétences en tant que garant de l'autonomie des Etats fédérés en droit suisse et en droit américain, Genf/Zürich/Basel 2009.

3811. Siehe etwa in der Kantonsverfassung Bern (Art. 31*a*), Zürich (Art. 102*a*), Glarus (Art. 22*a*) und Genf (Art. 158).

3812. Siehe etwa in der Kantonsverfassung Solothurn (Art. 117), Neuenburg (Art. 5 lit. l), Thurgau (§ 82).

3813. Vgl. hierzu OK-Neier, Art. 42 BV N. 13.

Biaggini Giovanni, Kommentierung zu Art. 43 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Schweizerische Bundesverfassung, Basler Kommentar, Basel 2015.

Ehrenzeller Bernhard/Ehrenzeller Kaspar, «L'amour de la complexité» im Bundesstaat Schweiz – Kompetenzzuteilung und Kompetenzwahrnehmung in Bund und Kantonen, in: Gamper Anna/Bussjäger Peter/Karlhofer Ferdinand/Pallaver Günther/Obwexer Walter (Hrsg.), Föderale Kompetenzverteilung in Europa, Baden-Baden 2016, S. 33–66.

Lehner Roman, Souveränität im Bundesstaat und in der Europäischen Union. Eine Untersuchung auf Grundlage des deutschen und schweizerischen Verfassungsrechts, Tübingen 2021.

Jaag Tobias, Die Rechtsstellung der Kantone in der Bundesverfassung, in: Thürer Daniel/Aubert Jean-François/Müller Jörg Paul (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, S. 473–490.

Kaempfer Constance, Les mécanismes de mise en œuvre du droit international par les cantons suisses: Études de cas dans les domaines des droits humains et des accords bilatéraux Suisse-UE, Zurich 2023.

Knapp Blaise, La répartition des compétences et la coopération de la Confédération et des cantons, in: Thürer Daniel/Aubert Jean-François/Müller Jörg Paul (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz/Droit constitutionnel suisse, Zürich 2001, S. 457–472.

Müller Lucien/Schweizer Rainer J., Kommentierung zu Art. 43 BV, in: 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 2023.

Reich Johannes, § 12 Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen, in: Biaggini Giovanni/Gächter Thomas/Kiener Regina (Hrsg.), Staatsrecht, 3. Aufl, Zürich/St. Gallen 2021, S. 153–167.

Tschannen Pierre, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 5. Aufl., Bern 2021.

Waldmann Bernhard/Spiess Angelika, Aufgaben- und Kompetenzverteilung im schweizerischen Bundesstaat. Typologie der Aufgaben und Kompetenzen

von Bund und Kantonen, 2015, https://www.unifr.ch/federalism/en/assets/public/files/NZ/Gutachten_final.pdf, besucht am 12.2.2024.

Vgl. auch die Literaturhinweise zu Art. 42 BV.

LITERATURVERZEICHNIS

Aubert Jean-François, Bundesstaatsrecht der Schweiz, Band. I, Fassung von 1967, Neubearbeiteter Nachtrag bis 1990, Basel/Frankfurt a.M. 1991.

Aubert Jean-François, Section 1: Tâches de la Confédération et des cantons. Remarques liminaires, in: Aubert Jean-François/Mahon Pascal (Hrsg.), Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zürich/Basel/Genf 2003.

Bellanger François, Kommentierung zu Art. 43 BV, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Commentaire Romand, Constitution fédérale, Basel 2021.

Benoit Anne, Le partage vertical des compétences en tant que garant de l'autonomie des Etats fédérés en droit suisse et en droit américain, Zürich/Basel 2009.

Biaggini Giovanni, Kommentierung zu Art. 43 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Schweizerische Bundesverfassung, Basler Kommentar, Basel 2015.

Biaggini Giovanni, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017.

Egli Patricia, Die Bundestreue: eine rechtsvergleichende Untersuchung, Zürich 2010.

Ehrenzeller Bernhard/Ehrenzeller Kaspar, «L'amour de la complexité» im Bundesstaat Schweiz – Kompetenzzuteilung und Kompetenzwahrnehmung in Bund und Kantonen, in: Gamper Anna/Bussjäger Peter/Karlhofer Ferdinand/Pallaver Günther/Obwexer Walter (Hrsg.), Föderale Kompetenzverteilung in Europa, Baden-Baden 2016, S. 33–66.

Glaser Andreas, § 2 Der moderne Verfassungsstaat, in: Biaggini Giovanni/Gächter Thomas/Kiener Regina (Hrsg.), Staatsrecht, 3. Aufl, Zürich/St. Gallen 2021, S. 23–35.

Häfelin Ulrich/Haller Walter/Keller Helen/Thurnherr Daniela, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10. Aufl., Zürich 2020.

Isensee Josef, § 133 Die bundesstaatliche Kompetenz, in: Isensee Josef/Kirchhof Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band IV Bundesstaat, 3. Aufl., Heidelberg 2008.

Jaag Tobias, Die Rechtsstellung der Kantone in der Bundesverfassung, in: Thürer Daniel/Aubert Jean-François/Müller Jörg Paul (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, S. 473–490.

Jaag Tobias/Rüssli Markus, Staats- und Verwaltungsrecht des Kantons Zürich, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2019.

Kaempfer Constance, Les mécanismes de mise en œuvre du droit international par les cantons suisses: Études de cas dans les domaines des droits humains et des accords bilatéraux Suisse-UE, Zurich 2023.

Knapp Blaise, La répartition des compétences et la coopération de la Confédération et des cantons, in: Thürer Daniel/Aubert Jean-François/Müller Jörg Paul (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, S. 457–472.

Mahon Pascal, Droit constitutionnel, Volume I: Institutions, juridiction constitutionnelle et procédure, 3. Aufl., Basel/Neuenburg 2014.

Malinverni Giorgio/Hottelier Michel/Randall Maya Hertig/Flückixer Alexandre, Droit constitutionnel suisse, Volume I: L'Etat, 4. Aufl., Bern 2021.

Müller Lucien/Schweizer Rainer J., Kommentierung zu Art. 42 BV, in: 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 2023.

Müller Lucien/Schweizer Rainer J., Kommentierung zu Art. 43 BV, in: 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 2023.

Reich Johannes, § 12 Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen, in: Biaggini Giovanni/Gächter Thomas/Kiener Regina (Hrsg.), Staatsrecht, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2021.

Rhinow René, Die Bundesverfassung 2000, Eine Einführung, Basel/Genf/München 2000.

Rhinow René/Schefer Markus/Uebersax Peter, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3. Aufl., Basel 2016.

Schweizer Rainer J., Die neue Bundesverfassung: die revidierte Bundesstaatsverfassung, AJP (1999), S. 666–676 (zit. Schweizer, Bundesverfassung).

Schweizer Rainer J., Verteilung der Staatsaufgaben zwischen Bund und Kantonen, in: Diggelmann Oliver/Randall Maya Hertig/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Bd. I, Zürich 2020, S. 691–713 (zit. Schweizer, Staatsaufgaben).

Tschannen Pierre, Bundesstaatliche Aufgabenteilung und politisches System – Grenzen der Verfassungsästhetik, ZSR 114 (1995) I, S. 143–169 (zit. Tschannen, Aufgabenteilung).

Tschannen Pierre, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 5. Aufl., Bern 2021 (zit. Tschannen, Staatsrecht).

Uhlmann Felix, Gutachten zuhanden der Konferenz der Kantonsregierungen (KDK) betreffend gerichtliche Überprüfung der föderalistischen Grundsätze in der Schweiz, 18. Juli 2016, https://kdk.ch/fileadmin/files/Newsletter/Gutachten_GerichtlicheUEberpruefungFoederalerStreitigkeiten.pdf, besucht am 15.2.2024.

Waldmann Bernhard/Spiess Angelika, Aufgaben- und Kompetenzverteilung im schweizerischen Bundesstaat. Typologie der Aufgaben und Kompetenzen von Bund und Kantonen, 2015, https://www.unifr.ch/federalism/en/assets/public/files/NZ/Gutachten_final.pdf, besucht am 12.2.2024.

Wyttenbach Judith, Umsetzung von Menschenrechtsübereinkommen in Bundesstaaten. Gleichzeitig ein Beitrag zur grundrechtlichen Ordnung im Föderalismus, Zürich/St. Gallen 2017.

MATERIALIENVERZEICHNIS

Amtliches Bulletin der Bundesverfassung 1998 zur Reform der Bundesverfassung – Nationalrat (zit. AB 1998 NR).

Amtliches Bulletin der Bundesverfassung 1998 zur Reform der Bundesverfassung – Ständerat (zit. AB 1998 SR).

Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20.11.1996, BBl 1997 I 1 ff. (zit. Botschaft BV).

Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens 1996 (zit. Vernehmlassungsverfahren).

Erläuterungen zum Verfassungsentwurf 1995 (zit. Erläuterungen VE 1995).

Verfassungsentwurf vom 19.06.1995 (zit. VE 1995).

Verfassungsentwurf vom 20.11.1996 (zit. VE 1996).

alle abrufbar unter: https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/staat/gesetzgebung/archiv/bundesverfassung.html besucht am 15.2.2024.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 43a BV

Eine Kommentierung von Christina Neier

ZITIERVORSCHLAG

Christina Neier, Kommentierung zu Art. 43a BV, in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (Hrsg.), Onlinekommentar zur Bundesverfassung

Kurzzitat: OK-Neier, Art. 43a BV N. XXX.

Art. 43*a* Grundsätze für die Zuweisung und Erfüllung staatlicher Aufgaben

[1] Der Bund übernimmt nur die Aufgaben, welche die Kraft der Kantone übersteigen oder einer einheitlichen Regelung durch den Bund bedürfen.

[2] Das Gemeinwesen, in dem der Nutzen einer staatlichen Leistung anfällt, trägt deren Kosten.

[3] Das Gemeinwesen, das die Kosten einer staatlichen Leistung trägt, kann über diese Leistung bestimmen.

[4] Leistungen der Grundversorgung müssen allen Personen in vergleichbarer Weise offenstehen.

[5] Staatliche Aufgaben müssen bedarfsgerecht und wirtschaftlich erfüllt werden.

GLIEDERUNG

I. Entstehungsgeschichte 833
II. Kontext 834
III. Kommentar i.e.S. 837
A. Abs. 1: Grundsatz der Subsidiarität 837
B. Abs. 2 und 3: Grundsatz der fiskalischen Äquivalenz 843
C. Abs. 4: Grundsatz der Gleichbehandlung in der Grundversorgung 846
D. Abs. 5: Grundsatz der bedarfsgerechten und wirtschaftlichen Aufgabenerfüllung 851
Weitere empfohlene Lektüre 853
Literaturverzeichnis 855
Materialienverzeichnis 858

I. ENTSTEHUNGSGESCHICHTE

Mit der Föderalismusreform zur «**Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen**» (NFA) erhielt der 1. Abschnitt im 1. Kapitel des 3. Titels zu den Aufgaben von Bund und Kantonen mit Art. 43*a* BV eine neue Bestimmung zu den Grundsätzen für die Zuweisung und Erfüllung staatlicher Aufgaben. Während Abs. 1 dieser Norm im Wesentlichen den bisherigen Art. 42 Abs. 2 BV übernimmt – dieser wurde gleichzeitig aufgehoben[3814] –, werden mit Abs. 2 bis 5 neuartige Grundsätze zur Aufgabenerfüllung und -zuweisung verfassungsrechtlich eingeführt. Volk und Stände nahmen die Verfassungsänderung am 28. November 2004 an; die Norm trat am 1. Januar 2008 in Kraft. 1

Der **Bundesrat** war der Ansicht, die Konkretisierung des Subsidiaritätsgrundsatzes im bisherigen Art. 42 Abs. 2 BV passe systematisch besser in die Bestimmung von Art. 43*a* BV, nachdem dort neu die wesentlichen Grundsätze zur Aufgabenzuweisung und -erfüllung festgelegt sind.[3815] Art. 42 Abs. 2 BV statuierte noch, der Bund übernimmt die Aufgaben, die einer einheitlichen Regelung bedürfen.[3816] Mit dem neuen Art. 43*a* Abs. 1 BV schlug der Bundesrat vor, diese Vorgabe dahingehend zu ergänzen, dass der Bund auch jene Aufgaben übernimmt, welche die Kraft der Kantone übersteigen. Mit den Abs. 2 bis 5 BV wollte der Bundesrat neue «Leitlinien (nicht justiziabler Art)» zur Aufgabenerfüllung einführen.[3817] 2

Der **Ständerat** empfahl, die Formulierung des Subsidiaritätsgrundsatzes in Art. 43*a* Abs. 1 BV mit den Wörtern «nur» und «durch den Bund» zu ergänzen.[3818] Das Adverb «nur» war bereits bei der Entstehung von Art. 42 Abs. 2 BV Gegenstand von Diskussionen, wurde aber dort schliesslich gestrichen.[3819] Des Weiteren plädierte der Ständerat dafür, in den Abs. 2 und 3 des neuen Art. 43*a* BV das Wort «sollen» einzufügen, um die «ökonomielastige» Formulierung des Bundesrates abzuschwächen und zum Ausdruck zu bringen, dass das dort verankerte Prinzip der fiskalischen Äquivalenz nicht absolut gilt. 3

3814 Vgl. OK-Neier, Art. 42 BV N. 5.
3815 Botschaft NFA 2001, S. 2458.
3816 M.w.N. OK-Neier, Art. 42 BV N. 4.
3817 Botschaft NFA 2001, S. 2458.
3818 Votum Inderkum, AB 2002 SR S. 857.
3819 Vgl. OK-Neier, Art. 42 BV N. 4.

[3820] Während Abs. 4 des bundesrätlichen Entwurfs vorsah, dass alle Personen die Leistungen der Grundversorgung «in gleicher Weise in Anspruch nehmen» können, wollte der Ständerat diese Bestimmung dahingehend abändern, dass die Leistungen der Grundversorgung allen Personen «in vergleichbarer Weise» offen stehen. Auch das Wort «müssen» in Abs. 5 wollte der Ständerat durch «sollen» ersetzen, um das Prinzip zu relativieren und dadurch, einmal mehr, die Ökonomielastigkeit der bundesrätlichen Fassung abzuschwächen.[3821]

4 Mit Blick auf Abs. 1 des neuen Art. 43*a* BV schloss sich der **Nationalrat** dem Ständerat an. Die Meinung einer Minderheit, wonach die beiden Kriterien «Kraft der Kantone» und «einheitliche Regelung» kumulativ vorliegen müssten, setzte sich nicht durch.[3822] Die divergierenden Fassungen der Abs. 2 und 3 von Bundesrat und Ständerat wurden im Nationalrat als Geschmackssache angesehen.[3823] Dieser folgte sodann – wie auch bei Abs. 5 – dem Bundesrat. Bei der Formulierung von Abs. 4 stimmte der Nationalrat hingegen dem Ständerat zu, wobei er sich für «müssen» anstelle von «sollen» aussprach.[3824]

5 Im **Differenzbereinigungsverfahren** akzeptierte der Ständerat einer raschen Einigung wegen der nationalrätlichen Fassung von Abs. 2 und 3, nachdem sich damit inhaltlich nichts ändern würde.[3825] Ebenso stimmte der Ständerat dem Modalverb «müssen» in Abs. 4 und 5 zu, bekräftigte jedoch zugleich, diese Grundsätze würden damit nicht justiziabel.[3826]

II. KONTEXT

6 Art. 43*a* BV findet sich zusammen mit Art. 42 BV zu den «Aufgaben des Bundes» und Art. 43 BV zu den «Aufgaben der Kantone» im Abschnitt zu den «Aufgaben von Bund und Kantonen». Zusammen mit Art. 3 BV als kompetenzrechtliche Schlüsselnorm und Art. 5*a* BV zum allgemeinen Subsidiaritätsprinzip bilden diese Verfassungsnormen die **Grundlagen der Aufgaben- und Kompetenzverteilung** im Bundesstaat.[3827] Seit 2008 legt

3820 Votum Inderkum, AB 2002 SR S. 857.
3821 Votum Inderkum, AB 2002 SR S. 857.
3822 Votum Villiger, AB 2003 NR S. 957.
3823 Votum Villiger, AB 2003 NR S. 957.
3824 Votum Inderkum, AB 2003 SR S. 758.
3825 Votum Inderkum, AB 2003 SR S. 758.
3826 Votum Inderkum, AB 2003 SR S. 758.

nun Art. 43*a* BV Grundsätze fest, nach denen die staatlichen Aufgaben im Bundesstaat zuzuweisen und zu erfüllen sind. Das Wort «Zuweisung» in der Marginalie ist dabei insofern irreführend, als die Aufgaben den Kantonen nicht zugewiesen werden.[3828] Vielmehr sind sie aufgrund der subsidiären Generalkompetenz nach Art. 3 BV (i.V.m. Art. 42 BV) für alle Bereiche zuständig, die nicht dem Bund verfassungsrechtlich zugewiesen sind.

Art. 43*a* BV vereint **vier Grundsätze zur Aufgabenzuweisung und -erfüllung**: den Grundsatz der Subsidiarität (Abs. 1), den Grundsatz der fiskalischen Äquivalenz (Abs. 2 und 3), den Grundsatz der Gleichbehandlung in der Grundversorgung (Abs. 4) sowie den Grundsatz der bedarfsgerechten und wirtschaftlichen Aufgabenerfüllung (Abs. 5). Diese Tetras sollen die Zuweisung staatlicher Aufgaben leiten und damit eine sinnvolle Aufgabenteilung im Bundesstaat sowie Kontinuität gewährleisten.[3829] 7

Die vier Grundsätze sind sowohl hinsichtlich ihres **Inhalts** als auch hinsichtlich ihrer **Zielrichtung heterogen**. Sie befassen sich mit der Frage, welche Ebene im Bundesstaat für die Erfüllung einer staatlichen Aufgabe am besten geeignet ist (Abs. 1) und wer die dabei anfallenden Kosten und Entscheidungen trägt (Abs. 2 und 3). Zugleich verlangt die Bestimmung eine Aufgabenerfüllung, die in Bezug auf die Grundversorgung alle Personen gleich behandelt (Abs. 4) und ganz generell ökonomischen Prinzipien folgt (Abs. 5). Der Subsidiaritätsgrundsatz des Abs. 1 zielt auf die vertikale Verteilung staatlicher Aufgaben zwischen Bund und Kantonen, während die Grundsätze der Abs. 2 bis 5 auch für die horizontale Aufgabenerfüllung (insb. für Verträge zwischen den Kantonen gemäss Art. 48 BV) massgebend sind.[3830] 8

Art. 43*a* BV hat einen **breiten Adressatenkreis**. Zum einen richtet sich die Norm gemäss bundesrätlicher Botschaft direkt an den Verfassungsgeber. Für diesen enthält die Bestimmung Leitlinien für die verfassungsrechtliche Aufgabenzuweisung.[3831] Der Verfassungsgeber hat sich bei der Zuweisung neuer staatlicher Aufgaben an diesen Grundsätzen zu orientieren; daran gebunden ist er freilich nicht. So kann er den Bund mit neuen Aufgaben 9

3827 Zu den Begriffen «Aufgabe» und «Kompetenz» bzw. «Zuständigkeit» siehe OK-Neier, Art. 42 BV N. 12–15.
3828 BSK-Biaggini, Art. 43*a* BV N. 6.
3829 Botschaft NFA 2001, S. 2330, 2339.
3830 Botschaft NFA 2001, S. 2458.
3831 Botschaft NFA 2001, S. 2458.

betrauen, selbst wenn diese von den Kantonen dank deren «Kraft» hätten wahrgenommen werden können. Entsprechend sind auch Volksinitiativen gültig, die eine dem Subsidiaritätsgrundsatz des Art. 43*a* Abs. 1 BV widersprechende Aufgabenzuweisung vorsehen.[3832] Zum anderen richten sich die Grundsätze des Art. 43*a* BV, wie die Botschaft weiter bekräftigt, an den Gesetzgeber und die Vollzugsbehörden von Bund und Kantonen.[3833]

10 Über die Notwendigkeit und **Bedeutung** einer verfassungsrechtlichen Verankerung dieser Grundsätze der Aufgabenzuweisung und -erfüllung bestehen im Schrifttum unterschiedliche Auffassungen. In erster Linie wird die unklare rechtliche Tragweite beanstandet und kritisiert, diese Grundsätze hätten überwiegend «Symbolgehalt» und seien mit dem Gebot der Verfassungsklarheit nur schwer vereinbar.[3834] Sie würden zu mehr Problemen führen als solche lösen.[3835] Nachdem der Subsidiaritätsgrundsatz allgemein als nicht justiziabel eingestuft wird (vgl. N. 19), ist auch der Mehrwert seiner Konkretisierung in Art. 43*a* Abs. 1 BV gegenüber Art. 5*a* BV fraglich. Zu Recht kann ferner moniert werden, dass diese Bestimmung Grundsätze zur Aufgaben*verteilung* und zur Aufgaben*erfüllung* vermischt.[3836] Dessen ungeachtet wird anerkannt, dass Art. 43*a* BV einem «modernen, differenzierenden Föderalismus» Rechnung trägt.[3837] In diesem Sinne betont auch der Bundesrat in seiner Botschaft, dass die Aufgaben- und Kompetenzverteilung im Bundesstaat «von grosser Bedeutung» ist[3838] und eine klare Aufgabenzuweisung ein «tragende[s] Prinzip des schweizerischen Föderalismus» darstellt[3839]. Im Ergebnis unterstreicht Art. 43*a* BV die starke Stellung des Föderalismus in der Eidgenossenschaft. Eine besondere Ausstrahlungswirkung ist bisher jedoch ausgeblieben.

3832SGK-Müller, Art. 43*a* BV N. 5; Uhlmann, N. 11; a.M. Richli, Subsidiaritätsprinzip, S. 81.
3833Botschaft NFA 2001, S. 2458.
3834Rhinow, S. 77, 79.
3835BSK-Biaggini, Art. 43*a* BV N. 8.
3836Rhinow, S. 77.
3837SGK-Müller, Art. 43*a* BV N. 7; vgl. auch Botschaft NFA 2001, S. 2306.
3838Botschaft NFA 2001,, S. 2305.
3839Botschaft NFA 2001, S. 2339.

III. KOMMENTAR I.E.S.

A. Abs. 1: Grundsatz der Subsidiarität

Zentrales Anliegen der Föderalismusreform war die verfassungsrechtliche Verankerung des Subsidiaritätsgrundsatzes.[3840] Bis anhin bestimmte Art. 42 Abs. 2 BV, der Bund übernimmt jene Aufgaben, die einer einheitlichen Regelung bedürfen. Diese Bestimmung wurde mit Inkrafttreten des Art. 43*a* BV aufgehoben und durch dessen Abs. 1 ersetzt.[3841] Zeitgleich mit Art. 43*a* BV trat Art. 5*a* BV in Kraft. Während sich in den parlamentarischen Beratungen zu Art. 42 Abs. 2 BV noch die «ausgedeutschte»[3842] Variante des Subsidiaritätsprinzips durchsetzte,[3843] wird dieses nun in Art. 5*a* BV wörtlich genannt. Art. 43*a* BV dient als **Konkretisierung des Subsidiaritätsgrundsatzes** des Art. 5*a* BV, beschränkt sich allerdings – im Unterschied zu letzterem[3844] – auf das Verhältnis zwischen Bund und Kantonen. 11

Der **Ursprung** des Subsidiaritätsgrundsatzes lässt sich begrifflich auf das lateinische Substantiv «subsidium» und ideengeschichtlich auf das philosophische Gedankengut u.a. von Aquinas, Platon und Aristoteles zurückführen.[3845] Besondere Bekanntheit erlangte das Prinzip durch die katholische Soziallehre.[3846] Nach der päpstlichen Enzyklika *Quadragesimo Anno* aus dem Jahr 1931 soll «dasjenige, was der *Einzelmensch* aus eigener Initiative und mit seinen eigenen Kräften leisten kann, ihm nicht entzogen und der Gesellschaftstätigkeit zugewiesen werden [...]», denn es widerspreche der Gerechtigkeit, dass «das, was die kleineren und untergeordneten *Gemeinwesen* leisten und zum guten Ende führen können, für die weitere und übergeordnete Gemeinschaft in Anspruch zu nehmen».[3847] In diesem Sinne 12

3840 Botschaft NFA 2001, S. 2306, 2339.

3841 Botschaft NFA 2001, S. 2458.

3842 AB 1998 SR S. 61.

3843 «Er [Der Bund] übernimmt nur diejenigen Aufgaben, die einer einheitlichen Regelung bedürfen.»; vgl. OK-Neier, Art. 42 BV N. 4.

3844 Botschaft NFA 2001, S. 2458; m.w.N. OK-Walther, Art. 5*a* BV N. 26.

3845 Zur begrifflichen und ideengeschichtlichen Wurzeln des Subsidiaritätsgrundsatzes siehe OK-Walther, Art. 5*a* BV N. 2–8; siehe statt vieler auch Brunner, S. 33 ff.; Häberle, S. 189–194; Isensee, S. 18 ff.; Riklin/Batliner, *passim*.

3846 Vgl. Botschaft NFA 2001, S. 2457.

3847 Amtliche römische Übersetzung zitiert nach Isensee, S. 19 (Hervorhebung durch Verf.).

lässt sich das Subsidiaritätsprinzip allgemein auf das Verhältnis von Staat und Gesellschaft sowie auf das Verhältnis verschiedener Gemeinwesen zueinander beziehen.

13 In föderal strukturierten Staaten konzentriert sich der Grundsatz der Subsidiarität auf das vertikale Verhältnis zwischen übergeordneter und untergeordneter Ebene. Zwingend ist der Subsidiaritätsgrundsatz zur Regelung der Zuständigkeiten gleichwohl nicht; diese können auch ohne Anwendung eines solchen Grundsatzes verteilt werden.[3848] Im Bundesstaat erweist sich die Subsidiarität jedoch als ein **sinnvolles föderales Strukturprinzip**, indem dem Bund all jene Aufgaben zugewiesen werden, welche von den Gliedstaaten nicht bewältigt werden können. Nach der Enzyklika (vgl. N. 12) sind der unteren Ebene jene Aufgaben zu übertragen, die sie aus eigener Kraft erfüllen kann. Dabei greift die Vermutung zugunsten der unteren Ebene; die obere Ebene muss ihre Zuständigkeit rechtfertigen.[3849] Das Subsidiaritätsprinzip verspricht sich damit eine optimale Aufgabenverteilung. Im Hintergrund steht überdies die Leitidee, dass Aufgaben möglichst bürgernah wahrgenommen werden.[3850]

14 Eine wichtige Rolle spielt das Subsidiaritätsprinzip – neben der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)[3851] – in der **Europäischen Union**.[3852] Dies erkannte auch der Bundesrat, wenn er in der NFA-Botschaft auf das europäische Gemeinschaftsrecht verweist.[3853] Dort ist der Grundsatz der Subsidiarität seit dem Vertrag von Maastricht von 1992 primärrechtlich verankert.[3854] Nicht als Kompetenz*verteilungs*-, sondern als Kompetenz*ausübungs*regel (vgl. Art. 5 Abs. 1 EUV[3855]) schreibt dieses Prinzip vor, dass die Union in den Bereichen, die nicht in ihre ausschliessliche

3848 M.w.N. Gamper, S. 114 f.

3849 Gamper, S. 112; Richli, Subsidiaritätsprinzip, S. 48.

3850 Botschaft NFA 2001, S. 2306; Votum Vallender, AB 2003 NR S. 953.

3851 Erwg. 6 der Präambel zur Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950, in Kraft getreten für die Schweiz am 28.11.1974, SR 0.101. Zum Subsidiaritätsprinzip im Rahmen der EMRK ausführlich OK-Walther, Art. 5*a* BV N. 6.

3852 Für einen Vergleich des unionalen und des helvetianischen Subsidiaritätsprinzips siehe Oesch, S. 311–313; Richli, Subsidiaritätsprinzip, *passim*; zur alten Rechtslage noch Epiney, *passim*.

3853 Botschaft NFA 2001, S. 2457. Auch nach Kley, N. 20, dürfte das unionale Subsidiaritätsprinzip Einfluss auf Art. 5*a* BV gehabt haben.

3854 M.w.N. Toth, S. 1079–1105.

Zuständigkeit fallen, nur tätig werden darf, «sofern und soweit die Ziele der in Betracht gezogenen Massnahmen von den Mitgliedstaaten weder auf zentraler noch auf regionaler oder lokaler Ebene ausreichend verwirklicht werden können, sondern vielmehr wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen auf Unionsebene besser zu verwirklichen sind» (Art. 5 Abs. 3 EUV). Für ein Tätigwerden der Union müssen demnach zwei Kriterien kumulativ erfüllt sein: Erstens darf eine Massnahme auf Ebene der Mitgliedstaaten nicht verwirklicht werden können (Negativ- oder Insuffizienzkriterium); zweitens muss das Tätigwerden der Union einen Mehrwert bieten (Positiv- oder Effizienzkriterium).[3856] Das unionsrechtliche Subsidiaritätsprinzip kann gerichtlich durch den Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) und politisch durch die nationalen Parlamente der Mitgliedstaaten kontrolliert werden[3857].

15 Das Subsidiaritätsprinzip der Bundesverfassung ist sowohl eine **Kompetenz*zuweisungs*-** als auch eine **Kompetenz*ausübungs*maxime**. Dies gilt nicht nur für Art. 5*a* BV,[3858] sondern auch für Art. 43*a* Abs. 1 BV, wie sich aus der Marginalie zu letzterer ergibt, und auch der Wortlaut spricht nicht gegen eine solche Lesart. Dementsprechend verlangt Art. 43*a* Abs. 1 BV zum einen, dass neue Aufgaben derjenigen Ebene zugewiesen werden, die sie am besten erfüllen kann. Gegenstand ist mithin die *Zuweisung* einer Kompetenz; eine Kompetenzgrundlage selbst bietet Art. 43*a* Abs. 1 BV nicht.[3859] Zum anderen verlangt das Subsidiaritätsprinzip vom Bundesgesetzgeber eine schonende Ausübung seiner Kompetenzen.[3860] Dieser darf seine Bundeszuständigkeit «nicht über Gebühr ausdehnen»[3861].

16 Der bundesverfassungsrechtliche Subsidiariätsgrundsatz erfasst gemäss Art. 43*a* Abs. 1 BV **zwei alternative**[3862] **Kriterien**: Der Bund übernimmt

3855 Vertrag über die Europäische Union (EUV), Konsolidierte Fassung, ABl. C 202 vom 07.6.2016, S. 1.

3856 Statt vieler Bast, N. 54–57; Bickenbach, S. 527; Fründ, S. 37 ff.; Oesch, S. 304 f.

3857 Vgl. Protokoll Nr. 2 über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismässigkeit, ABl. C 115 vom 09.5.2008, S. 206–209.

3858 M.w.N. OK-Walther, Art. 5*a* BV N. 30 f.

3859 CR-Bellanger, Art. 430*a* BV N. 14; Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, N. 1051; Jaag, N. 14; Knapp, N. 9; Rhinow/Schefer/Uebersax, N. 603, 606; SGK-Müller, Art. 43*a* BV N. 8; Thalmann, Kantone, S. 74 f.

3860 Waldmann, S. 4; vgl. auch Biaggini, Art. 5*a* BV N. 9.

3861 Bundesrat Postulat Malama, S. 4571 mit Fn. 328.

staatliche Aufgaben, wenn diese entweder «die Kraft der Kantone übersteigen» *oder* wenn es «einer einheitlichen Regelung durch den Bund» bedarf. Während der aufgehobene Art. 42 Abs. 2 BV nur das letztere Kriterium enthielt, wurde der Subsidiaritätsgrundsatz in Art. 43*a* Abs. 1 BV um die erste Alternative ergänzt, obgleich diese im Rahmen der Totalrevision der Bundesverfassung bereits einmal verworfen worden war.[3863] Beiden Kriterien ist gemein, dass der Bund keine Aufgaben übernehmen soll, welche die Kantone «ebenso gut» erfüllen können.[3864] Sie verstärken die im Subsidiaritätsprinzip enthaltene Präferenz zugunsten der Kantone.[3865] Im Übrigen soll gemäss dem Wortlaut des Art. 43*a* Abs. 1 BV der Bund «nur» jene Aufgaben übernehmen, die eines dieser beiden Kriterien erfüllen. Diese auf den Ständerat zurückgehende Formulierung war bereits Gegenstand der parlamentarischen Beratungen zu Art. 42 Abs. 2 BV (vgl. N. 3); ihr kommt jedoch keine eigenständige normative Bedeutung zu (zumal auch die parlamentarische Debatte den dahinterliegenden Grund nicht offenbart).[3866]

17 Der in der ersten Alternative des Art. 43*a* Abs. 1 BV enthaltene Begriff «Kraft» lässt sich auf die katholische Soziallehre zurückführen (vgl. N. 12). Die französische und italienische Sprachfassung sprechen von «*possibilités*» und «*capacità*». Das Kriterium «**Kraft der Kantone**» lässt grundlegende Fragen offen. Zum einen ist damit nicht gesagt, ob die Kraft einzelner Kantone oder die Kraft aller Kantone in ihrer Gesamtheit massgebend ist.[3867] Zum anderen ist unklar, ob es um die ökonomische oder um die politische Leistungsfähigkeit der Kantone geht.[3868] Die Botschaft geht davon aus, dass eine Aufgabe die Kraft der Kantone übersteigt, wenn sie «offensichtlich nicht in der Lage» sind, die Aufgabe zu erfüllen.[3869] Plausiblerweise ist dies immer dann zu bejahen, wenn die Kantone eine Aufgabe nur mit unverhältnismässig

3862 So auch BSK-Biaggini, Art. 43*a* BV N. 13; SGK-Müller, Art. 43*a* BV N. 11. Vgl. noch die parlamentarische Diskussion über das kumulative Vorliegen dieser beiden Kriterien, AB 2003 NR S. 953, 957.

3863 Vgl. Botschaft NFA 2001, S. 2459.

3864 Bundesrat Postulat Malama, S. 4479.

3865 OK-Walther, Art. 5*a* BV N. 17.

3866 Vgl. BSK-Biaggini, Art. 43*a* BV N. 19; Richli, Gutachten, N. 81.

3867 BSK-Biaggini, Art. 43*a* BV N. 17; Rhinow, S. 77; Rhinow/Schefer/Uebersax, N. 687; SGK-Müller, Art. 43*a* BV N. 11 («Das Unvermögen oder der Unwille *einzelner* Kantone alleine dürfte jedenfalls nicht ausreichen»; Hervorhebung i.O.); vgl. auch Epiney, S. 17 f.

3868 Waldmann, S. 5.

3869 Botschaft NFA 2001, S. 2333.

grossem Aufwand nachkommen können. Objektiv messen lässt sich all dies nur sehr schwer.[3870]

Gemäss der zweiten Alternative des Art. 43*a* Abs. 1 BV soll eine Aufgabe im Falle der **Notwendigkeit einer einheitlichen Regelung** vom Bund übernommen werden. Dabei gilt es mit Blick auf die zu regelnde Materie genau zu prüfen, ob eine einheitliche Regelung durch den Bund gerechtfertigt erscheint oder ob unterschiedliche kantonale Lösungen möglich sind.[3871] Entscheidend könnte dabei sein, ob der Nutzen der Regelung das gesamte Land betreffen soll oder ob eine einheitliche Lösung der Chancengleichheit dient oder aus technischen Gründen geboten ist.[3872] Davon abgesehen dürfte es genügen, wenn sich nicht eine vereinheitlichende, aber eine harmonisierende Bundesregelung aufdrängt.[3873] 18

Bundesrat und Parlament lehnten die **Justiziabilität** des Subsidiaritätsgrundsatzes von Anfang an klar ab.[3874] Eine solche stünde nicht mit dem «schweizerischen Staatsverständnis» im Einklang.[3875] Auch das Bundesgericht versteht unter dem Subsidiaritätsprinzip «kaum mehr als eine staatspolitische Maxime»[3876]; ebenso verneint das Bundesverwaltungsgericht dessen Justiziabilität.[3877] Jedenfalls für den Verfassungsgeber gilt dies, der bei der Verteilung neuer Aufgaben zwischen Bund und Kantonen zur Beachtung der Subsidiarität zwar angehalten, nicht aber rechtlich verpflichtet ist.[3878] In Bezug auf den Gesetzgeber liesse sich eine gerichtliche Durchsetzung des Subsidiaritätsprinzips demgegenüber rechtfertigen.[3879] Schliesslich erfährt der Subsidiaritätsgrundsatz des Art. 5*a* BV[3880] durch Art. 43*a* Abs. 1 BV eine inhaltliche Konkretisierung – auch wenn der exakte Prüfungsmassstab im 19

3870 Vgl. BSK-Biaggini, Art. 43*a* BV N. 17.
3871 CR-Bellanger, Art. 43a BV N. 20.
3872 Leitfaden Botschaften, S. 119.
3873 BSK-Biaggini, Art. 43*a* BV N. 18.
3874 Botschaft NFA 2001, S. 2330, 2339, 2458; AB 2002 SR S. 830; Bundesrat Postulat Stadler, S. 28 f.
3875 Botschaft NFA 2001, S. 2458.
3876 BGE 138 I 378 E. 8.4; ähnlich in BGer 1C_307/2020 vom 16.6.2021 E. 4.2. Hierzu CR-Bellanger, Art. 43*a* BV N. 14.
3877 BVerG B-1947/2014 vom 16.10.2015 E. 3.1; BVerG B-1950/2014 vom 16. Oktober 2015 E 3.1; BVerG B-7909/2016 vom 14. September 2017 E. 3.1; BVerG B-5602/2016 vom 6.6.2017 E. 4.1.
3878 Vgl. hierzu u.a. Aubert, S. 11; Biaggini, Art. 5*a* BV N. 13; Tschannen, N. 729; Uhlmann, N. 11.
3879 In diese Richtung auch Pfisterer, S. 720; Uhlmann, N. 12.
3880 M.w.N. zu dessen fehlenden Justiziabilität OK-Walther, Art. 5*a* BV N. 38 f.

Einzelfall schwierig zu eruieren ist (vgl. N. 17 f.). (Verfassungs-)Bestimmungen sollte jedoch nicht von vornherein die gerichtliche Durchsetzbarkeit abgesprochen werden, weil sie auslegungsbedürftig sind.[3881] Auch das ebenso vage Subsidiaritätsprinzip des Unionsrechts ist gerichtlich überprüfbar (vgl. N. 14). Zwar übt sich der EuGH hier bislang in grosser Zurückhaltung;[3882] nach überwiegender Auffassung in der Literatur obliegt ihm aber die Kontrolle, ob der europäische Gesetzgeber seiner Begründungspflicht nachgekommen ist und seinen Ermessensspielraum nicht offenkundig überschritten hat.[3883] Ein solcher – zurückhaltender – Kontrollauftrag könnte auch das bundesverfassungsrechtliche Subsidiaritätsprinzip des Art. 5*a* i.V.m. Art. 43*a* BV umfassen (wobei die Kontrollmöglichkeiten aufgrund der eingeschränkten Verfassungsgerichtsbarkeit nach Art. 190 BV begrenzt sind). In erster Linie liegt das Subsidiaritätsprinzip aber ohnehin in der Hand des Gesetzgebers. Insbesondere auf politischer Ebene gilt es zu entscheiden, welche Ebene des Bundesstaates eine konkrete Aufgabe am besten erfüllen kann.[3884]

20 Die normative Schlagkraft des Grundsatzes der Subsidiarität zeigt sich deshalb in prozeduraler Hinsicht: Der Bundesgesetzgeber unterliegt einer **Rechtfertigungs- bzw. Begründungspflicht**.[3885] Bereits 2016 forderten zwei parlamentarische Initiativen eine ausführliche Begründung zum Subsidiaritätsgrundsatz in den bundesrätlichen Botschaften und Vernehmlassungsberichten.[3886] Zwischenzeitlich erfuhren das Parlamentsgesetz und das Vernehmlassungsgesetz entsprechende Änderungen. Seit November 2018 muss der Bundesrat in seinen Botschaften zu Erlassentwürfen «die Beachtung des Grundsatzes der Subsidiarität bei der Zuweisung und Erfüllung staatlicher Aufgaben» begründen.[3887] Entsprechend erklärt er in einem seiner Entwürfe, der Bund habe «von seinen Kompetenzen

3881 In diese Richtung auch Waldmann, S. 9; vgl. hierzu auch Benoit, S. 195 f.

3882 Siehe etwa EuGH *Estland / Parlament und Rat*, C-508/13, ECLI:EU:C:2015:403, 18.6.2015, N. 44–55; m.w.N. Calliess, Art. 5 EUV N. 70–72.

3883 Calliess, Art. 5 EUV N. 78; Streinz, Art. 5 EUV N. 41.

3884 Vgl. Botschaft NFA 2001, S. 2305. Vgl. Gamper, S. 112, wonach es nicht darauf ankomme, ob die niedrigere Ebene eine Aufgabe *auch* bewältigen kann, sondern ob jene sie *am besten* erfüllen kann. Vgl. auch Thalmann, Kompetenzverteilung, S. 159 f.

3885 Botschaft NFA 2001, S. 2340; Votum Vallender, AB 2003 NR S. 953; BSK-Biaggini, Art. 43*a* BV N. 20; Oesch, S. 312; Richli, Gutachten, N. 12; SGK-Müller, Art. 43*a* BV N. 9 f.

3886 Parlamentarische Initiative Caroni; Parlamentarische Initiative Burgherr.

3887 Art. 141 Abs. 2 lit. a^{ter} Bundesgesetz über die Bundesversammlung (Parlamentsgesetz, ParlG), SR 171.10; vgl. auch Leitfaden Botschaften, S. 50.

einen schonenden Gebrauch zu machen und den Kantonen ausreichend Raum für die Aufgabenerfüllung zu überlassen»[3888]. Eine Begründungspflicht mit Blick auf den Subsidiaritätsgrundsatz gilt darüber hinaus für die erläuternden Berichte zu Vernehmlassungsvorlagen.[3889] Die legislative Konkretisierung des Subsidiaritätsprinzips findet eine Parallele im Unionsrecht, wo die Europäische Kommission verpflichtet ist, in ihren Entwürfen von Gesetzgebungsakten zu begründen, inwieweit der Grundsatz der Subsidiarität (und der Verhältnismässigkeit) eingehalten wird.[3890]

B. Abs. 2 und 3: Grundsatz der fiskalischen Äquivalenz

Art. 43*a* Abs. 2 und 3 BV enthalten den Grundsatz der fiskalischen Äquivalenz. 21
[3891] Zusammen mit dem Subsidiaritätsgrundsatz bildet dieses Prinzip, gemäss Botschaft des Bundesrates, die Grundlage für das staatliche Aufgaben- und Kompetenzgefüge im Rahmen des NFA.[3892] Mit ihm haben ökonomische Aufgabenkriterien Einzug in das Verfassungsrecht gehalten. Deren praktische und rechtliche **Bedeutung** für die staatliche Aufgabenverteilung und -erfüllung ist allerdings nach wie vor unklar. Deshalb wird mitunter (zu Recht) moniert, ein solches Prinzip gehöre in ein Lehrbuch, nicht aber in eine Verfassung.[3893] Grosszügiger wird andernorts hierin eine «sinnvolle Direktive» für die Kostenaufteilung zwischen Bund und Kantonen erkannt.[3894]

Das Prinzip der fiskalischen Äquivalenz entstammt den 22
Finanzwissenschaften.[3895] Es bezeichnet dort das Ergebnis einer Verteilung öffentlicher Leistungen, die auf institutioneller Kongruenz beruht, d.h. auf einem politischen Prozess, im Rahmen dessen der Kreis der Nutzniesser, der Kreis der Entscheidungsträger und der Kreis der Steuerzahler deckungsgleich

3888 So etwa in der Botschaft UEG, S. 62.
3889 Art. 6*a* Bundesgesetz über das Vernehmlassungsverfahren (Vernehmlassungsgesetz, VlG), SR 172.061.
3890 Art. 5 Protokoll Nr. 2 über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismässigkeit, ABl. C 115 vom 9.5.2008, S. 206–209.
3891 Botschaft NFA 2001, S. 2348 f.
3892 Botschaft NFA 2001, S. 2305.
3893 BSK-Biaggini, Art. 43*a* BV N. 31.
3894 Schweizer, Staatsaufgaben, S. 697.
3895 Bundesrat Postulat Stadler, S. 10; Waldmann, S. 13.

sind.[3896] Gerade für den Föderalismus wird institutionelle Kongruenz als essentiell angesehen.[3897]

23 Der Bundesrat sieht in Art. 43*a* Abs. 2 und 3 BV ebenjenes Prinzip der fiskalischen Äquivalenz verwirklicht.[3898] Eine wesentliche Voraussetzung hierfür sei die folgende **institutionelle Kongruenz**: Nutzniessende, Kostentragende und Entscheidungstragende der staatlichen Leistung sollen übereinstimmen. Abs. 2 des Art. 43*a* BV verlangt die Kongruenz von Nutzniessenden und Kostentragenden, wonach jenes Gemeinwesen die Kosten zu tragen hat, in dem der Nutzen der Leistung anfällt. Abs. 3 dieser Bestimmung räumt dem Gemeinwesen, das die Kosten trägt, die Entscheidungsbefugnis ein, womit die Kongruenz von Kostentragenden und Entscheidungstragenden angesprochen ist.[3899] Die beiden Postulate lassen sich wie folgt zusammenfassen: «Wer konsumiert, soll dafür bezahlen müssen, und wer bezahlen muss, soll auch befehlen dürfen.»[3900]

24 Der **Begriff «Gemeinwesen»** wird ausserhalb des Art. 43*a* Abs. 2 und 3 BV in der gesamten Bundesverfassung kein einziges weiteres Mal verwendet. Er ist insofern nicht eindeutig, als er auch eine Anwendung des Prinzips auf das Verhältnis zwischen Kanton und Gemeinden zulässt.[3901] So hat das Bundesgericht in einer Frage zur Kostenverteilung zwischen Kanton und Gemeinde das Prinzip der fiskalischen Äquivalenz im Sinne des Art. 43*a* BV für die Auslegung herangezogen.[3902] Demgegenüber spricht die systematische Verortung des Art. 43*a* Abs. 2 und 3 BV unter der Kapitelüberschrift «Verhältnis von Bund und Kantonen» bzw. unter der Abschnittsüberschrift «Aufgaben von Bund und Kantonen» für eine Beschränkung auf das Verhältnis zwischen dem Bund und seinen Gliedstaaten.[3903] Schliesslich bezieht sich auch die Konkretisierung des Subsidiaritätsgrundsatzes in Abs. 43*a* Abs. 1 BV

3896 Blankart, S. 431–435.
3897 Blankart, S. 432.
3898 Botschaft NFA 2001, S. 2306, 2459.
3899 Vgl. Botschaft NFA 2001, S. 2459.
3900 Tschannen, N. 730.
3901 Kritisch im Hinblick auf eine solche Auslegung BSK-Biaggini, Art. 43*a* BV N. 28.
3902 BGer 2C_902/2012 vom 5.5.2013 E. 3.4. Vgl. darüber hinaus die Bezugnahme auf das Prinzip fiskalischer Äquivalenz bei der Finanzierungszuständigkeit von Standort- und Herkunftskanton bei Pflegekosten, BGE 140 V 563 E. 5.2; diese Rechtsprechung auf die kommunale Finanzzuständigkeit übertragend, BGer 9C_209/2019 vom 22.7.2019 E. 5.3.2.
3903 So auch CR-Bellanger, Art. 43*a* BV N. 26; Tiefenthal, S. 23; Waldmann, S. 13.

expressis verbis nur auf diese beiden Staatsebenen – im Gegensatz zum allgemeinen Subsidiaritätsgrundsatz des Art. 5*a* BV (vgl. N. 11).

Das Prinzip fiskalischer Äquivalenz verfolgt gemäss Bundesrat mehrere **Ziele**.[3904] Dazu gehört die Stärkung der Finanzierungsverantwortung, weil angenommen wird, dass Entscheidungen mit grösserer haushälterischer Rücksicht getroffen werden, wenn die Entscheidungstragenden und die Kostentragenden identisch sind. Die Kongruenz von Nutzniessenden, Kosten- und Entscheidungstragenden vermeide zudem «Spillovers», d.h. die Inanspruchnahme von öffentlichen Leistungen durch Gebietsfremde, ohne dass diese für sie finanziell aufzukommen.[3905] Dadurch soll wiederum die Angebotsseite optimiert werden: Die «entsprechenden Aufgaben [sollen] am richtigen Ort, zur richtigen Zeit und im richtigen Umfang bereitgestellt werden.»[3906] 25

Als Teil der bundesstaatlichen Kompetenzordnung bildet der Grundsatz der fiskalischen Äquivalenz lediglich eine «Leitlinie»[3907] zur Aufgaben- und Ressourcenverteilung, ohne die anderen kompetenziellen Regelungsgrundsätze zu verdrängen. Die **Kongruenz** von Nutzniessenden, Kosten- und Entscheidungstragenden ist daher **keinesfalls zwingend**. Das Subsidiaritätsprinzip nach Art. 5*a* i.V.m. Art. 43*a* Abs. 1 BV kann mitunter eine andere Aufgabenzuweisung verlangen.[3908] Nicht absolut zu verstehen ist daher die Forderung des Bundesrates, dass nur jene Kantone, die von einer staatlichen Leistung profitieren, diese auch beschliessen und finanzieren sollen, und dass der Bund all jene Leistungen regeln soll, deren Nutzen sich auf die gesamte Schweiz erstreckt.[3909] Ebensowenig kann die Bestimmung dahingehend verstanden werden, dass ein Gemeinwesen ein anderes nicht finanziell unterstützen darf, wenn es nicht zugleich einen Nutzen daraus zieht.[3910] 26

Im Übrigen greift dieses ökonomische Prinzip in erster Linie bei staatlichen Aufgaben, die eine öffentliche Leistung nach sich ziehen.[3911] Für viele 27

3904 Botschaft NFA 2001, S. 2306.
3905 Zum Begriff «Spillovers» siehe Botschaft NFA 2006, S. 741.
3906 Botschaft NFA 2001, S. 2459.
3907 Botschaft NFA 2001, S. 2458.
3908 M.w.N. SGK-Müller, Art. 43*a* BV N. 20.
3909 Botschaft NFA 2001, S. 2459.
3910 Botschaft NFA 2001, S. 2459.

staatliche Aufgabenbereiche dürfte das Prinzip der fiskalischen Äquivalenz nach Art. 43*a* Abs. 2 und 3 BV daher keine Anwendung finden.[3912] Überhaupt muss für dessen Anwendbarkeit ein **Kreis von Nutzniessenden** gezogen werden können, was hauptsächlich bei einer geographischen Begrenzung der Leistung möglich ist. Als Beispiele nennt der Bundesrat die Installation einer Kläranlage oder – angesichts der räumlichen Reichweite bemerkenswert – den Bereich der Landesverteidigung.[3913] Die Anwendbarkeit des Prinzips verkompliziert sich in jenen (zahlreichen) Fällen, in denen eine Leistung mehreren Gemeinwesen zugute kommt. Für solche Fälle dürfte es eine entsprechende Verteilung der Kosten verlangen.[3914]

28 Die **Justiziabilität** wird dem Grundsatz fiskalischer Äquivalenz einhellig abgesprochen.[3915] Immerhin insistiert der Botschaftsleitfaden von August 2020, dass der Bundesrat in seinen Botschaften zu Entwürfen, welche die Aufgabenteilung oder -erfüllung durch Bund und Kantonen betreffen, Ausführungen zur Einhaltung des Prinzips aufnimmt.[3916] Entsprechende Beispiele lassen sich finden: In seiner Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über Regionalpolitik etwa hält der Bundesrat das Prinzip des Art. 43*a* Abs. 2 BV für respektiert, weil «die fiskalische Äquivalenz in Bezug auf die Kongruenz von Kostenträger und Entscheidungsträger eingehalten» werde.[3917]

C. Abs. 4: Grundsatz der Gleichbehandlung in der Grundversorgung

29 Art. 43*a* Abs. 4 BV statuiert einen **spezifischen Gleichbehandlungsgrundsatz**: Im Bereich der Grundversorgung (zu diesem

3911. Vgl. Bundesrat Postulat Stadler, S. 11, wonach dieses Prinzip bei Rechtsgütern wie der Gleichheit oder Gerechtigkeit keine Rolle spiele.

3912. Waldmann, S. 13.

3913. Bundesrat Postulat Stadler, S. 11.

3914. SGK-Müller, Art. 43*a* BV N. 21.

3915. Botschaft NFA 2001, S. 2330, 2339, 2458; Bundesrat Postulat Stadler, S. 28 f.; BSK-Biaggini, Art. 43*a* BV N. 32; Tschannen, N. 730; ders., Grundlagen, S. 20; Waldmann, S. 14. Zumindest mit Blick auf Bundesverordnungen die Justiziabilität für diskutabel erachtend SGK-Müller, Art. 43*a* BV N. 15.

3916. Leitfaden Botschaften, S. 50, 120.

3917. BBl 2023 664, S. 13. Vgl. die Feststellung ohne weitere Begründung «Auch das Prinzip der fiskalischen Äquivalenz ist gewahrt.» in der Botschaft Investitionsprüfgesetz, S. 124.

Begriff in N. 31) müssen staatliche Leistungen allen Personen in vergleichbarer Weise offenstehen. Der bundesrätliche Vorschlag lautete noch geringfügig anders: Die Leistungen der Grundversorgung hätten in einer Weise erbracht werden müssen, dass jede Person sie in gleicher Weise in Anspruch nehmen kann. Der Ständerat hätte das Modalverb «sollen» anstelle von «müssen» bevorzugt, räumte aber ein, dass der Grundsatz auch mit der ersten Formulierung, mit der sich der Nationalrat schliesslich durchsetzte, nicht justiziabel werde.[3918] So wird diesem dritten Grundsatz des Art. 43*a* BV denn auch vom Bundesrat und Schrifttum die **Justiziabilität** abgesprochen.[3919] Ein solches Verständnis ist freilich nicht zwingend, zumal die Norm hinreichend klar bestimmt, dass im Bereich der Grundversorgung allen eine vergleichbare Behandlung zusteht. Schon eher vertretbar ist die Auffassung des Bundesrates, Abs. 4 begründe **keine einklagbaren Rechte.**[3920] Da die Norm im Kapitel über die föderale Zuständigkeitsordnung angesiedelt ist, liesse sich schwerlich argumentieren, dass diese Bestimmung subjektive Rechte verleiht.

Die Bestimmung **verpflichtet Bund und Kantone**. Die Gemeinden dürften 30
jedenfalls nicht direkt an den Grundsatz gebunden sein, nachdem dieser mit Art. 43*a* BV systematisch in der Aufgabenzuweisung bzw. -erfüllung von Bund und Kantonen eingebettet ist (vgl. N. 24). Gegen eine unmittelbare Verpflichtung der Gemeinden spricht zudem die kantonale Organisationsautonomie des Art. 47 Abs. 2 BV.[3921] Bund und Kantone sind allerdings auch nur insoweit an den Gleichbehandlungsgrundsatz gebunden, als sie im Rahmen ihrer Zuständigkeiten handeln.[3922] Die Bestimmung vermittelt keine eigene Kompetenzgrundlage für Handlungen des Bundes.[3923] Ebenso wenig statuiert sie eine konkrete Art und Weise, wie Bund und Kantone die Gleichbehandlung sicherstellen sollen. Denkbar sind gemäss Bundesrat die Selbstkoordination der Kantone, interkantonale Vereinbarungen, Bundesregelungen mit kantonalem Vollzug oder Bundesregelungen mit Bundesvollzug.[3924]

3918 Votum Inderkum, AB 2003 SR S. 758.
3919 Botschaft NFA 2001, S. 2330, 2339, 2458; BSK-Biaggini, Art. 43*a* BV N. 37; SGK-Müller, Art. 43*a* BV N. 23.
3920 Botschaft NFA 2001, S. 2459.
3921 BSK-Biaggini, Art. 43*a* BV N. 35.
3922 Vgl. hierzu auch Elser, S. 92.
3923 BSK-Biaggini, Art. 43*a* BV N. 36; SGK-Müller, Art. 43*a* BV N. 24.
3924 Botschaft NFA 2001, S. 2459.

31 Der **Begriff der Grundversorgung** kommt zwar auch an anderer Stelle in der Bundesverfassung[3925] wie auch in Bundesgesetzen[3926] vor, wird aber weder hier noch dort näher definiert. Ausserdem erkennt selbst der Bundesrat, dass die französischen und italienischen Begriffe «service universel» bzw. «servizio universale» einen anderen Akzent setzen: Diese Ausdrücke würden die Ausrichtung der Leistungen auf die gesamte Bevölkerung betonen, während der deutsche Begriff «Grundversorgung» die Grundbasis von Leistungen akzentuiere.[3927] Er definiert die Grundversorgung als «*das politisch näher zu definierende Ziel, dass die Bevölkerung zu den Gütern und Dienstleistungen des üblichen Bedarfs Zugang hat. Für den Staat hat [die Grundversorgung] die Bedeutung eines Handlungsauftrags, sich für dieses Ziel einzusetzen.*»[3928] Als «Güter» kämen beispielsweise Wasser, Nahrungsmittel, Medikamente und Energie in Betracht; als «Dienstleistungen» beispielsweise Fernmeldedienste, Transportleistungen und ärztliche Behandlungen. In der Europäischen Union ist in diesem Zusammenhang die Rede von «Dienstleistungen von allgemeinem Interesse» und «Universaldienst», in Deutschland von «Daseinsvorsorge».[3929] Doch auch diese Begriffe sind unscharf und nicht gänzlich geklärt. Die erfassten Leistungsbereiche ergeben sich daher weniger aus der Begrifflichkeit als aus der konkreten Ausgestaltung in der jeweiligen Rechtsordnung. Die Bundesverfassung enthält eine Reihe von Bestimmungen, die «grundversorgungsrelevant»[3930] sind, namentlich, unter anderem, Art. 81*a* Abs. 1 (Öffentlicher Verkehr), Art. 89 Abs. 1 BV (Energieversorgung), Art. 92 Abs. 2

3925 Vgl. Art. 92 Abs. 2 BV (Post- und Fernmeldewesen) und Art. 117*a* BV (medizinische Grundversorgung).

3926 Vgl. etwa Art. 13 ff. Postgesetz (PG) vom 17.12.2010, SR 783.0; Art. 14 ff. Fernmeldegesetz (FMG) vom 30. April 1997, SR 784.10; 1. Abschnitt des 2. Kapitels des Bundesgesetzes über die Stromversorgung (Stromversorgungsgesetz, StromVG) vom 23.3.2007, SR 734.7; Art. 31 Energiegesetz (EnG) vom 30. September 2016, SR 730.0; hierzu auch BSK-Biaggini, Art. 43*a* BV N. 33.

3927 Botschaft Grundversorgung, S. 3412. Vgl. zum Begriff «Grundversorgung» bzw. «Service public» Hettich, N. 18 f.

3928 Botschaft Grundversorgung, S. 3413. Vgl. für eine etwas andere Definition Bericht Grundversorgung, S. 4578, wonach der «Service public eine politisch definierte Grundversorgung mit Infrastrukturgütern und -dienstleistungen [umfasst], welche für alle Bevölkerungsschichten und Regionen des Landes nach gleichen Grundsätzen in guter Qualität und zu angemessenen Preisen zur Verfügung stehen sollen.»

3929 Ausführlich hierzu Kern, S. 8 ff.

3930 SGK-Müller, Art. 43*a* BV N. 26.

BV (Post- und Fernmeldewesen), Art. 102 Abs. 1 BV (Landesversorgung mit lebenswichtigen Gütern und Dienstleistungen), Art. 104*a* BV (Ernährungssicherheit) und Art. 117*a* Abs. 1 BV (medizinische Grundversorgung).[3931]

Die Leistungen der Grundversorgung sind gemäss Art. 43*a* Abs. 4 BV allen Personen «**in vergleichbarer Weise**» zu gewähren. Diese Formulierung erinnert an die allgemeine Rechtsgleichheit des Art. 8 Abs. 1 BV.[3932] So meinte auch der Ständerat, der Grundsatz der Gleichbehandlung bei der Grundversorgung stelle ein «Analogon zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung, zum Gebot der Rechtsgleichheit» dar.[3933] Und auch der Bundesrat hielt nach Inkrafttreten von Art. 43*a* Abs. 4 BV fest, dessen Formulierung sei «in vergleichbarer Weise» bereits im allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 8 Abs. 1 BV enthalten.[3934] Damit drängt sich die Frage auf, welchen Mehrwert der auf die Grundversorgung bezogene Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 43*a* BV hat. Ohnehin ist auch ungeklärt, wann das Kriterium des gleichen Zugangs für alle erfüllt ist. Relevant erscheinen hier soziale Aspekte (Zugänglichkeit für die gesamte Bevölkerung unabhängig von Lebenssituation, Alter, Gesundheit, Bildung etc.), die geographische Dimension (Zugänglichkeit in allen Landesgegenden), finanzielle Faktoren (Erschwinglichkeit für alle) sowie temporale Merkmale (dauerhafte Verfügbarkeit).[3935] 32

Die bundesrätliche Botschaft nennt als **Beweggrund** für diesen verfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz im Bereich der Grundversorgung «eine gleichmässige Versorgung mit Leistungen über das ganze Landesgebiet».[3936] In nachfolgenden Materialien betonte der Bundesrat, dass ein «leistungsfähiger Service public [...] eine zentrale Voraussetzung für die Lebensqualität der Bevölkerung und für die Wettbewerbsfähigkeit der Wirtschaft» sei und «damit einen wesentlichen Beitrag an den sozialen und regionalen Zusammenhalt der Schweiz» leiste.[3937] 33

3931 M.w.N. SGK-Müller, Art. 43*a* BV N. 26.

3932 Sie erinnert zudem an die Sozialziele des Art. 41 BV und an die Chancengleichheit des Art. 3 Abs. 2 BV, so SGK-Müller, Art. 43*a* BV N. 23; Heselhaus, S. 62, N. 40.

3933 Votum Inderkum, AB 2003 SR S. 758.

3934 Botschaft Grundversorgung, S. 3426.

3935 Botschaft Grundversorgung, S. 3425 f.; hierzu näher SGK-Müller, Art. 43*a* BV N. 27.

3936 Botschaft NFA 2001, S. 2459.

3937 Bericht Grundversorgung, S. 4578; ähnlich Botschaft Grundversorgung, S. 3408.

Müller hebt positiv hervor, aufgrund dieser Bestimmung seien «nicht nur ökonomische Gesichtspunkte bei der Aufgabenzuweisung zu berücksichtigen».[3938]

34 Welcher Stellenwert der Grundversorgung gemeinhin beigemessen wird, illustriert die langwierige **Diskussion um eine neue allgemeine Verfassungsbestimmung**. Begonnen hat diese mit einer parlamentarischen Initiative aus dem Jahr 2003, welche die Verankerung wichtiger Prinzipien der Grundversorgung in der Verfassung forderte.[3939] In der Folge legte die Kommission für Verkehr und Fernmeldewesen des Ständerates eine Motion vor, die den Bundesrat beauftragte, «einen allgemeinen Verfassungsartikel über die Grundversorgung vorzulegen», der «den kürzlich eingefügten Artikel 43*a* BV um eine oder mehrere Normen ergänzen» sollte.[3940] Der Bundesrat antwortete auf die Motion dahingehend, dass die Querschnittsregelung des Art. 43*a* Abs. 4 BV genüge.[3941] Nachdem jedoch sowohl der Ständerat als auch der Nationalrat die Motion weiterhin unterstützten, unterbreitete der Bundesrat im Mai 2013 einen Vorschlag für eine allgemeine Verfassungsbestimmung über die Grundversorgung, erklärte allerdings gleichzeitig, dass er eine solche nach wie vor ablehne.[3942] Zur Diskussion stellte der Bundesrat drei Varianten: Variante A enthielt lediglich einen Handlungsauftrag an die Gemeinwesen, Variante B enthielt neben dem Handlungsauftrag an die Gemeinwesen eine Begriffsdefinition, und Variante C enthielt neben einem Handlungsauftrag an die Gemeinwesen und einer Begriffsdefinition zusätzlich einige wesentliche Grundsätze zur Grundversorgung.[3943] Der langjährigen Diskussion um eine Grundversorgungsnorm und damit dem «Spuk»[3944] ein Ende gesetzt hat der zweifache Nichteintretensbeschluss des Nationalrates im Jahr 2015.[3945] Ebenso wenig Erfolg hatte ein Jahr später die Eidgenössische Volksinitiative «Pro Service public», die in einem neuen Art. 43*b* BV «Grundsätze für die Leistungen der Grundversorgung durch den Bund» vorsah.[3946] Damit bleibt es

3938 SGK-Müller, Art. 43*a* BV N. 23.
3939 Parlamentarische Initiative Maissen.
3940 Motion Grundversorgung.
3941 Bundesrat Motion Grundversorgung.
3942 Botschaft Grundversorgung, S. 3408 f.
3943 Botschaft Grundversorgung, S. 3417 ff.
3944 Biaggini, Art. 43*a* BV N. 9.
3945 AB 2015 NR, S. 269, 1354.
3946 Volksinitiative Grundversorgung.

beim Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 43*a* Abs. 4 BV. Als geeigneteren Ort für Grundversorgungsregeln wird ohnehin die Gesetzesstufe erachtet.[3947]

D. Abs. 5: Grundsatz der bedarfsgerechten und wirtschaftlichen Aufgabenerfüllung

Art. 43*a* Abs. 5 BV verlangt, dass die staatlichen Aufgaben bedarfsgerecht und wirtschaftlich erfüllt werden. Die Ausführungen des Bundesrates zu diesem «zusätzlichen Erfordernis» sind äusserst knapp.[3948] Dies lässt vermuten, dass keine oder nur vage Vorstellungen über den konkreten Gehalt dieser **ökonomischen Gebote** bestanden. 35

Das Gebot der Bedarfsgerechtigkeit und Wirtschaftlichkeit bestimmt nicht nur – wie dem Wortlaut nach angenommen werden könnte – die **Aufgabenerfüllung**, sondern auch die vorgelagerte **Aufgabenzuweisung**.[3949] Denn gemäss bundesrätlicher Botschaft sind die staatlichen Aufgaben jenem Gemeinwesen zuzuweisen, welches in der Lage ist, diese bedarfsgerecht und wirtschaftlich wahrzunehmen.[3950] Sowohl für die Aufgabenzuweisung als auch für die Aufgabenerfüllung gilt der Grundsatz des Abs. 5 indessen keineswegs absolut. Eine Aufgabe darf nicht allein deshalb dem Bund zugewiesen werden, weil er sie wirtschaftlich effizienter erfüllen könnte; andernfalls würde das Subsidiaritätsprinzip ausgehöhlt.[3951] Ebenso wenig schränkt Art. 43*a* Abs. 5 BV die Grundrechtsbindung nach Art. 35 BV ein, wie bundesgerichtlich bestätigt.[3952] Wirtschaftliche Überlegungen können auch nicht die Missachtung des Gleichbehandlungsgebotes von Art. 43*a* Abs. 4 BV rechtfertigen.[3953] 36

Wie bei Art. 43*a* Abs. 2–4 BV (vgl. N. 24 und N. 30) stellt sich die Frage nach der Anwendbarkeit des Grundsatzes der bedarfsgerechten und wirtschaftlichen Aufgabenerfüllung auf die **Gemeinden**. Das Bundesverwaltungsgericht hielt diesbezüglich im August 2016 fest, die Grundprinzipen des Art. 43*a* Abs. 5 BV sind «im gesamten Gefüge des 37

3947 Biaggini, Art. 43*a* BV N. 19; ders., Grundversorgung, S. 113 f.
3948 Botschaft NFA 2001, S. 2459.
3949 SGK-Müller, Art. 43*a* BV N. 31.
3950 Botschaft NFA 2001, 2459.
3951 SGK-Müller, N. 32 zu Art. 43*a* BV; so auch der Bundesrat Postulat Malama, S. 4479.
3952 BGer 1B_274/2019, 1B_275/2019 vom 12.8.2019 E. 3.3.
3953 So auch SGK-Müller, Art. 43*a* BV N. 31.

Bundesstaates, mittelbar sogar bis auf die Stufe der Gemeinden, zu beachten»[3954] und haben «überdies in verschiedenen kantonalen Erlassen seinen Niederschlag gefunden»[3955]. Auch das Bundesgericht anerkennt in seiner jüngeren Rechtsprechung, dass sich diese Verfassungsvorgabe an die Gemeinden richtet (und leitete daraus – unter Rückgriff auf weitere kantonale Bestimmungen – eine gesetzliche Aufgabe der Kantone im Sinne des Datenschutzgesetzes ab).[3956]

38 Art. 43*a* Abs. 5 BV enthält zwei Gebote: das Gebot der Bedarfsgerechtigkeit und das Gebot der Wirtschaftlichkeit. Der **Begriff «bedarfsgerecht»** beansprucht gemäss Bundesrat eine «grundsätzliche Übereinstimmung zwischen Bedarf und Leistung». Dies gilt jedoch eben nur im Grundsatz und bedeutet nicht, dass ein erhöhter Bedarf automatisch zu einem grösseren Leistungsumfang führen muss.[3957] Ziel muss es aber in jedem Fall bleiben, das Versorgungsangebot am Bedarf der Bevölkerung auszurichten. Bedarfsgerecht bedeutet auch, den unterschiedlichen Bedürfnissen der verschiedenen Bevölkerungsgruppen Rechnung zu tragen. Der **Begriff «wirtschaftlich»** erfordert nach Ansicht des Bundesrates, dass einerseits «die angestrebten Wirkungen tatsächlich erreicht werden» und andererseits «die Leistungserbringung zudem zu möglichst geringen volkswirtschaftlichen Kosten erfolgt».[3958] Die staatlichen Gemeinwesen sind folglich angehalten, die «finanziellen Mittel effizient» zu verwenden und «die Kosten für die Allgemeinheit möglichst gering zu halten».[3959]

39 Art. 43*a* Abs. 5 BV kommt – wie den anderen Absätzen dieser Bestimmung – bis heute **kaum rechtliche und praktische Bedeutung** zu.[3960] Das liegt vor allem daran, dass er nach allgemeiner Auffassung **nicht justiziabel** ist[3961] und schon gar nicht individuelle Ansprüche vermittelt[3962]. Bedarfsgerechtigkeit

3954 BVGer A-6320/2014 vom 23.8.2016 E. 9.3.2.1; BVGer A-6315/2014 vom 23.8.2016 E. 8.2.1

3955 BVGer A-6320/2014 vom 23.8.2016 E. 9.3.2.2 unter Verweis auf Art. 122 Abs. 1 der Verfassung des Kantons Zürich.

3956 BGer 2C_1039/2018, 2C_1052/2018 vom 18.3.2021 E. 5.3.3; BGE 147 II 227 E. 5.3.3.

3957 BSK-Biaggini, Art. 43*a* BV N. 41; Gächter/Meienberger, S. 3.

3958 Botschaft NFA 2001, S. 2459.

3959 BVGer A-6320/2014 vom 23.8.2016 E. 9.3.2.1; BVGer A-6315/2014 vom 23.8.2016 E. 8.2.1.

3960 Biaggini, Art. 43*a* BV N. 12.

3961 Botschaft NFA 2001, S. 2330, 2339, 2458; BSK-Biaggini, Art. 43*a* BV N. 42; CR-Bellanger, Art. 43*a* BV N. 38; SGK-Müller, Art. 43*a* BV N. 29.

3962 Biaggini, Art. 43*a* BV N. 12.

und Wirtschaftlichkeit lassen sich als primär ökonomische Leitlinien nur schwer anhand eindeutiger und vorhersehbarer Kriterien überprüfen. Auch ohne dass die Verfassung dies ausdrücklich anmahnt, kann vom Staat erwartet werden, dass er seine Aufgaben am Bedarf orientiert und möglichst effizient und kostengünstig erfüllt. Wirtschaftliche Effizienz verlangt ohnehin auch Art. 126 BV, wonach Ausgaben und Einnahmen auf Dauer im Gleichgewicht zu halten sind, und ist nach Art. 170 BV Kriterium der parlamentarischen Aufsicht.[3963]

Zur Autorin

Dr. iur. Christina Neier, Bsc., ist Postdoktorandin an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich. Sie studierte Rechtswissenschaften sowie Wirtschafts- und Sozialwissenschaften in Wien und promovierte an der Universität Zürich. In ihrer Dissertation befasste sie sich mit der Unionsbürgerschaft. Derzeit arbeitet sie an ihrer Habilitationsschrift zum Thema Solidarität in der Europäischen Union und in europäischen Bundesstaaten einschliesslich der Schweiz. Finanziell unterstützt wird sie dabei vom UZH Alumni FAN (Ernst Göhner Stiftung Fellowship) und vom UZH Postdoc Grant (inkl. Suslowa-Postdoc-Fellowship). Zudem ist sie als Lehrbeauftragte für Europarecht und Öffentliches Recht an diversen Schweizer Universitäten tätig. Seit 2020 leitet sie als Managing Editor die Zeitschrift Swiss Review of International and European Law (SRIEL). Sie ist erreichbar unter christina.neier@ius.uzh.ch.

WEITERE EMPFOHLENE LEKTÜRE

Bellanger François, Kommentierung zu Art. 43*a* BV, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Commentaire Romand. Constitution fédérale. Préambule – art. 80 Cst., Basel 2021.

Biaggini Giovanni, Kommentierung zu Art. 43*a* BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Schweizerische Bundesverfassung, Basler Kommentar, Basel 2015.

Brunessen Bertrand, Un principe politique saisi par ledroit. La justiciabilité du principe de subsidiarité en droit de l'Union européenne, Revue trimestrielle de droit européen (2012), S. 329–354.

3963Lienhard/Mächler/Zielniewicz, S. 18.

Epiney Astrid, Subsidiarität als verfassungsrechtlicher Grundsatz, in: Veröffentlichungen des Schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung, Rapports présentés au XIVème congrès international du droit comparé, Zürich 1994, S. 9–34.

FIDE (Fédération International pour le droit européen), XVIe congrès, Rom 1994, Vol. 1: Le principe de subsidiarité.

Gamper Anna, Subsidiarität und Kompetenztheorie, in: Gamper Anna/Bussjäger Peter (Hrsg.), Subsidiarität anwenden: Regionen, Staaten, Europäische Union/La sussidiarietà applicata: Regioni, Stati, Unione Europea, Wien 2006, S. 109–134.

Häberle Peter, Das Prinzip der Subsidiarität aus der Sicht der vergleichenden Verfassungslehre, Archiv des öffentlichen Rechts 119 (1994), S. 169–206.

Isensee Josef, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht. Eine Studie über das Regulativ des Verhältnisses von Staat und Gesellschaft, Berlin 2001.

Richli Paul, Zum rechtlichen Gehalt und zur Prozeduralisierung des Subsidiaritätsprinzips, ZSR 126 (2007) I, S. 47–83.

Riklin Alois/Batliner Gerard (Hrsg.), Subsidiarität. Ein interdisziplinäres Symposium. Symposium des Liechtenstein-Instituts. 23–25. September 1993, Vaduz 1994.

Schweizer Rainer J./Müller Lucien, Art. 43*a* BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2014.

Stadler Hans, Subsidiaritätsprinzip und Föderalismus. Ein Beitrag zum schweizerischen Staatsrecht, Fribourg 1951.

Waldmann Bernhard, Subsidiarität und fiskalische Äquivalenz als Garanten für einen substanziellen Föderalismus?, Newsletter IFF 4 (2015).

Walther Reto, Art. 5*a* BV, in: Schlegel Stefan/Ammann Odile (Hrsg.), Onlinekommentar zur Bundesverfassung – Version: 17.1.2023: https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/bv5a, besucht am 22. März 2023.

LITERATURVERZEICHNIS

Aubert Jean-François, Le principe de subsidiarité dans la Constitution fédérale de 1999, in: Bolle Pierre-Henri (Hrsg.), Mélanges en l'honneur de Henri-Robert Schüpbach, Basel/Genf 2000, S. 3–27.

Bast Jürgen, Kommentierung zu Art. 5 EUV, in: Grabitz Eberhard/Hilf Meinhard/Nettesheim Martin (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union. Band I EUV/AEUV, 77. Ergänzungslieferung (Stand September 2022).

Bellanger François, Kommentierung zu Art. 43*a* BV, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Commentaire Romand. Constitution fédérale. Préambule – art. 80 Cst., Basel 2021.

Benoit Anne, Le partage vertical des compétences en tant que garant de l'autonomie des Etats fédérés en droit suisse et en droit américain, Genf/Zürich/Basel 2009.

Biaggini Giovanni, Was die Verfassung leisten kann und soll (und was nicht) – am Beispiel «Grundversorgung», ZBl 116 (2015), S. 113–114 (zit. Biaggini, Grundversorgung).

Biaggini Giovanni, Kommentierung zu Art. 43*a* BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Schweizerische Bundesverfassung (BV). Basler Kommentar, Basel 2015.

Bickenbach Christian, Das Subsidiaritätsprinzip in Art. 5 EUV und seine Kontrolle, Europarecht (EuR) (2013), S. 523–549.

Blankart Charles B., Öffentliche Finanzen in der Demokratie. Eine Einführung in die Finanzwissenschaft, 9. Aufl., München 2017.

Brunner Arthur, Subsidiaritätsgrundsatz und Tatsachenfeststellung unter der Europäischen Menschenrechtskonvention, Berlin 2019.

Calliess Christian, Kommentierung zu Art. 5 EUV, in: Calliess Christian/Ruffert Matthias (Hrsg.), EUV / AEUV. Kommentar, 6. Aufl., München 2022.

Elser Dominik, Die privatisierte Erfüllung staatlicher Aufgaben. Verfassungsrechtliche Probleme und Spielräume, Zürich 2020.

Epiney Astrid, Subsidiarität als verfassungsrechtlicher Grundsatz, in: Veröffentlichungen des Schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung,

Rapports présentés au XIVème congrès international du droit comparé, Zürich 1994, S. 9–34.

Fründ Frederike, Subsidiarität – Recht und Kontrolle. Eine Untersuchung zur gerichtlichen Kontrolldichte des Art. 5 Abs. 3 EUV, Berlin 2021.

Gächter Thomas/Meienberger Arlette, Verfassungsmässigkeit von Wirtschaftlichkeitsüberlegungen, in: Riemer-Kafka Gabriela (Hrsg.), Wirtschaftlichkeitsüberlegungen in der Sozialversicherung, Zürich 2012, S. 1–39.

Gamper Anna, Subsidiarität und Kompetenztheorie, in: Gamper Anna/Bussjäger Peter (Hrsg.), Subsidiarität anwenden: Regionen, Staaten, Europäische Union/La sussidiarietà applicata: Regioni, Stati, Unione Europea, Wien 2006, S. 109–134.

Häberle Peter, Das Prinzip der Subsidiarität aus der Sicht der vergleichenden Verfassungslehre, Archiv des öffentlichen Rechts 119 (1994), S. 169–206.

Häfelin Ulrich/Haller Walter/Keller Helen/Thurnherr Daniela, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10. Aufl., Zürich 2020.

Heselhaus Sebastian, Energiewende und Energiearmut – Zur verfassungsrechtlichen Dimension sozialstaatlicher Anliegen der Energiewende, in: Heselhaus Sebastian/Hänni Julia/Schreiber Markus (Hrsg.), Rechtsfragen der Energiewirtschaft, Zürich 2019, S. 47–76.

Hettich Peter, Infrastrukturverfassung, in: Diggelmann Oliver/Randall Maya Hertig/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz Bd. III, Zürich 2020, S. 2283–2308.

Isensee Josef, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht. Eine Studie über das Regulativ des Verhältnisses von Staat und Gesellschaft, Berlin 2001.

Jaag Tobias, Die Rechtsstellung der Kantone in der Bundesverfassung, in: Thürer Daniel/Aubert Jean-François/Müller Jörg Paul (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, S. 473–490.

Kern Markus, Versorgungspflichten in der Europäischen Union. Mitgliedstaatliche Ursprünge und europäische Perspektiven im Telekommunikations-, Post-, Energie- und Eisenbahnrecht, Tübingen 2022.

Kley Andreas, § 10 Grundfragen der Bundesstaatlichkeit, in: Biaggini Giovanni/Gächter Thomas/Kiener Regina (Hrsg.), Staatsrecht, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2021.

Knapp Blaise, § 29 La répartition des compétences et la coopération de la Confédération et des cantons, in: Thürer Daniel/Aubert Jean-François/Müller Jörg Paul (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, S. 457–472.

Lienhard Andreas/Mächler August/Zielniewicz Agata, Öffentliches Finanzrecht, Bern 2017.

Müller Lucien, Kommentierung zu Art. 43*a* BV, in: 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 2023.

Oesch Matthias, Das Subsidiaritätsprinzip im EU-Recht und die nationalen Parlamente, in: Epiny Astrid/Diezig Stefan (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2012/2013, Zürich 2013, S. 301–315.

Pfisterer Thomas, Die Bundesverfassung vor Vielfalt und Einheit im Wandel, AJP 2009, S. 706–726.

Rhinow René, Bundesstaatsreform und Demokratie. Der schweizerische Föderalismus aus rechtlicher Sicht, in: Frey René L. (Hrsg.), Föderalismus – Zukunftstauglich?!, Zürich 2005, S. 63–92.

Rhinow René/Schefer Markus/Uebersax Peter, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3. Aufl., Basel 2016.

Richli Paul, Zum rechtlichen Gehalt und zur Prozeduralisierung des Subsidiaritätsprinzips, ZSR 126 (2007) I, S. 47–83 (zit. Richli, Subsidiaritätsprinzip).

Richli Paul, Rechtsgutachten zur Frage nach der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit einer bundesrechtlichen Rahmenregelung der Ladenöffnungszeiten, im Auftrag des Staatssekretariates für Wirtschaft (SECO), 21.4.2015, https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Publikationen_Dienstleistungen/Publikationen_und_Formulare/konsum-und-preise/Ladenoeffnungszeiten/rechtsgutachten-zur-frage-nach-der-verfassungsrechtlichen-.html, besucht am 15.2.2024 (zit. Richli, Gutachten).

Riklin Alois/Batliner Gerard (Hrsg.), Subsidiarität. Ein interdisziplinäres Symposium. Symposium des Liechtenstein-Instituts. 23–25. September 1993, Vaduz 1994.

Streinz Rudolf, Kommentierung zu Art. 5 EUV, in: Streinz Rudolf (Hrsg.), EUV/AEUV. Beck'scher Kurz-Kommentar, 3. Aufl., München 2018.

Tschannen Pierre, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 5. Aufl., Bern 2021.

Thalmann Urs, Subsidiaritätsprinzip und Kompetenzverteilung, in: Fleiner Thomas/Forster Peter/Misic Alexander/Thalmann Urs (Hrsg.), BV – CF 2000, Die neue schweizerische Bundesverfassung – Föderalismus, Grundrechte, Wirtschaftsrecht und Staatsstruktur, Basel/Genf/München 2000, S. 149–170 (zit. Thalmann, Kompetenzverteilung).

Thalmann Urs, Die verfassungsrechtliche Stellung der Kantone, in: Hänni Peter (Hrsg.), Schweizerischer Föderalismus und europäische Integration. Die Rolle der Kantone in einem sich wandelnden internationalen Kontext, Zürich 2000, S. 56–117 (zit. Thalmann, Kantone).

Thot A. G., The Principle of Subsidiarity in the Maastricht Treaty, Common Market Law Review 29 (1992), S. 1079–1105.

Tiefenthal Jürg Marcel, «Vielfalt in der Einheit» am Ende? Aktuelle Herausforderungen des schweizerischen Föderalismus, Zürich 2021.

Uhlmann Felix, Gutachten zuhanden der Konferenz der Kantonsregierungen (KDK) betreffend gerichtliche Überprüfung der föderalistischen Grundsätze in der Schweiz, 18. Juli 2016, https://kdk.ch/fileadmin/files/Newsletter/Gutachten_GerichtlicheUEberpruefungFoederalerStreitigkeiten.pdf, besucht am 15.2.2024.

Waldmann Bernhard, Subsidiarität und fiskalische Äquivalenz als Garanten für einen substanziellen Föderalismus?, Newsletter IFF 4 (2015).

MATERIALIENVERZEICHNIS

Amtliches Bulletin der Bundesverfassung 1998 zur Reform der Bundesverfassung – Ständerat, abrufbar unter: https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/staat/gesetzgebung/archiv/bundesverfassung.html besucht am 15.2.2024, (zit. AB 1998 SR)

Amtliches Bulletin zur Neugestaltung des Finanzausgleichs 2002 – Ständerat, abrufbar unter https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=4979, besucht am 19.2.2024 (zit. AB 2002 SR).

Amtliches Bulletin zur Neugestaltung des Finanzausgleichs 2003 – Nationalrat, abrufbar unter https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=4979, besucht am 19.2.2024 (zit. AB 2003 SR).

Amtliches Bulletin zur Neugestaltung des Finanzausgleichs 2003 – Ständerat, abrufbar unter https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=4979, besucht am 19.2.2024 (zit. AB 2003 SR).

Amtliches Bulletin zur Motion 05.3232, 08.9.2015, «Verfassungsbestimmung über die Grundversorgung», abrufbar unter https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=35078, besucht am 19.2.2024 (zit. AB 2015 NR).

Bericht des Bundesrates «Grundversorgung in der Infastruktur (Service public)» vom 23.6.2004, BBl 2004 4569 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2004/767/de, besucht am 19.2.2024 (zit. Bericht Grundversorgung).

Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulats Malama 10.3045 vom 03.3.2010, Innere Sicherheit. Klärung der Kompetenzen, vom 02.3.2012, BBl 2012 4459 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2012/603/de, besucht am 19.2.2024 (zit. Bundesrat Postulat Malama).

Bericht des Bundesrates vom 12.9.2014 in Erfüllung des Postulats 12.3412 (Stadler Markus) vom 29.5.2012, abrufbar unter https://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/36476.pdf, besucht am 19.2.2024 (zit. Bunderat Postulat Stadler).

Botschaft zur zur Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgaben zwischen Bund und Kantonen (NFA) vom 14.11.2001, BBl 2002 2291 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2002/316/de, besucht am 19.2.2024 (zit. Botschaft NFA 2001).

Botschaft zur Festlegung des Ressourcen-, Lasten- und Härteausgleichs sowie zum Bundesgesetz über die Änderungen von Erlassen im Rahmen des Übergangs zur NFA vom 08.12.2006, BBl 2007 645 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2007/88/de, besucht am 19.2.2024 (zit. Botschaft NFA 2006).

Botschaft zu einer allgemeinen Verfassungsbestimmung über die Grundversorgung vom 08.5.2013, BBl 2013 3407 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2013/744/de, besucht am 19.2.2024 (zit. Botschaft Grundversorgung).

Botschaft zum Bundesgesetz über die Entlastung der Unternehmen von Regulierungskosten (Unternehmensentlastungsgesetz; UEG), vom 09.12.2022, BBl 2023 166 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2023/166/de, besucht am 19.2.2024 (zit. Botschaft UEG).

Botschaft zum Investitionsprüfgesetz vom 15.12.2023, BBl 2024 124 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2024/124/de, besucht am 19.2.2024 (zit. Botschaft Investitionsprüfgesetz).

Eidgenössische Volksinitiative, «Grundsätze für die Leistungen der Grundversorgung durch den Bund», hierzu Botschaft BBl 2014 3805 ff., Volksabstimmung vom 05.6.2016, abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2014/921/de, besucht am 19.2.2024 (zit. Volksinitiative Grundversorgung).

Leitfaden zum Verfassen von Botschaften des Bundesrates, hrsg. von der Bundeskanzlei, 5. Aufl., August 2020, abrufbar unter https://www.bk.admin.ch/bk/de/home/dokumentation/sprachen/hilfsmittel-textredaktion/leitfaden-fuer-botschaften-des-bundesrates.html, besucht am 19.2.2024 (zit. Leitfaden Botschaften).

Motion 05.3232, «Verfassungsbestimmung über die Grundversorgung», vom 12.5.2005, abrufbar unter https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20053232, besucht am 19.2.2024 (zit. Motion Grundversorgung).

Parlamentarische Initiative 03.465 Maissen Theo, «Service Public. Verfassungsbestimmung über die Grundversorgung», vom 19.12.2003, abrufbar unter https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?

AffairId=20030465, besucht am 19.2.2024 (zit. Parlamentarische Initiative Maissen).

Parlamentarische Initiative 16.446 Caroni Andrea, «Mehr Föderalismus in den bundesrätlichen Botschaften», vom 16.6.2016, abrufbar unter https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20160446, besucht am 19.2.2024 (zit. Parlamentarische Initiative Caroni).

Parlamentarische Initiative 16.497 Burgherr Thomas, «Das Subsidiaritätsprinzip stärken», vom 16.12.2016, abrufbar unter https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20160497, besucht am 19.2.2024 (zit. Parlamentarische Initiative Burgherr).

Stellungnahme des Bundesrates vom 10.6.2005 zur Motion 05.3232, «Verfassungsbestimmung über die Grundversorgung», abrufbar unter https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20053232, besucht am 19.2.2024 (zit. Bundesrat Motion Grundversorgung).

ACHTUNG: Diese Version des Kommentars ist eine automatische maschinelle Übersetzung des Originals. Die Originalversion ist französisch. Die Übersetzung wurde mit www.deepl.com durchgeführt. Nur die Originalversion ist autoritativ. Die übersetzte Form des Kommentars kann nicht zitiert werden.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 45 BV

Eine Kommentierung von Eloi Jeannerat / Fanny Matthey

ZITIERVORSCHLAG

Fanny Matthey/Eloi Jeannerat, Kommentierung zu Art. 45 BV, in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (Hrsg.), Onlinekommentar zur Bundesverfassung

Kurzzitat: OK-Matthey/Jeannerat, Art. 45 BV N. XXX

Art. 45 Mitwirkung an der Willensbildung des Bundes

[1] Die Kantone wirken nach Massgabe der Bundesverfassung an der Willensbildung des Bundes mit, insbesondere an der Rechtsetzung.

[2] Der Bund informiert die Kantone rechtzeitig und umfassend über seine Vorhaben; er holt ihre Stellungnahmen ein, wenn ihre Interessen betroffen sind.

GLIEDERUNG

I. Entstehungsgeschichte 865
II. Kontext 866
III. Eigentliche Erläuterung 869
A. Mitwirkungsrechte der Kantone im Entscheidungsprozess des Bundes (Abs. 1) 869
1. Allgemeines 869
2. Beteiligung der Kantone am Gesetzgebungsprozess 871
3. Normative Tragweite: Kritik und Perspektive 874
B. Pflicht des Bundes, die Kantone über seine Vorhaben zu informieren und sie zu konsultieren (Abs. 2) 876
1. Allgemeines 876
2. Begriff «Vorhaben» des Bundes 878
3. «Rechtzeitige» und «ausführliche» Information 880
4. Konsultation der «in ihren Interessen betroffenen» Kantone. 881
5. Justiziabilität 885
Empfohlene weiterführende Literatur 889
Literaturverzeichnis 889
Materialienverzeichnis 892

I. ENTSTEHUNGSGESCHICHTE

Art. 45 BV, der das allgemeine Recht der Kantone auf Mitwirkung am Entscheidungsprozess auf Bundesebene erwähnt und präzisiert, hatte in den früheren Bundesverfassungen **kein echtes Pendant**. Diese sahen natürlich bereits die wichtigsten Mechanismen für die Mitwirkung der Kantone an der Bundespolitik vor, auf die nun Art. 45 Abs. 1 BV verweist, da der Föderalismus naturgemäss eine gewisse Beeinflussungsmöglichkeit der Teilstaaten auf die Entscheidungsfindung auf Bundesebene impliziert (vgl. infra N. 5 und 7). Der sehr allgemeine Grundsatz eines Mitwirkungsrechts der Kantone am Entscheidungsprozess des Bundes war darin hingegen nicht ausdrücklich enthalten. Es handelte sich damals höchstens um eine ungeschriebene oder implizite Verfassungsregel. 1

Art. 45 BV hat sich bei der Ausarbeitung der neuen Verfassung, die lediglich eine formelle Aktualisierung der vorherigen Verfassung sein sollte, nicht von Anfang an in seiner heutigen Form durchgesetzt. Getreu diesem ursprünglichen Ziel sah der **Vorentwurf der Bundesverfassung** keine Bestimmung vor, die sich speziell und ausschliesslich mit der Mitwirkung der Kantone befasste, die, wie bereits erwähnt, im geltenden Recht keine Entsprechung hatte. Er schlug jedoch vor, den Gedanken zu verankern, dass die Kantone an der Willensbildung des Bundes beteiligt werden sollten, wie es in der Praxis bereits der Fall war und wie es die alte Verfassung von 1874 in bestimmten Situationen bereits vorschrieb. In diesem Sinne sah er vor, – verstreut – den doppelten Grundsatz zu verankern, wonach die Kantone «im Rahmen der Verfassung am Entscheidungsprozess auf Bundesebene mitwirken» (Art. 32 Abs. 2 VE-BV, mit dem Titel «Aufgaben») und dass sie darüber hinaus wie die politischen Parteien und interessierte Kreise «bei der Ausarbeitung von Gesetzgebungsakten und internationalen Verträgen von Bedeutung sowie bei Vorhaben von grosser Tragweite grundsätzlich zu vernehmen [waren] “ (Art. 155 Abs. 1 VE-BV, der mit leicht abweichendem Wortlaut zum heutigen Art. 147 BV wurde) . 2

Im **Vernehmlassungsverfahren** bemängelten die Konferenz der Kantonsregierungen (KdK) und einzelne Kantone sowie weitere politische Akteure jedoch, dass der Vorentwurf die Bedeutung der Mitwirkung der Kantone bei der «Ausarbeitung der Bundesgesetzgebung » und die Pflicht des Bundes, sie angemessen über seine Vorhaben zu informieren und zu 3

konsultieren, nicht ausreichend hervorhebt. Sie haben in diesem Sinne verschiedene Änderungsvorschläge zu Art. 32 Abs. 2 VE-BV formuliert. Der Bundesrat hat diesen Bedenken Rechnung getragen, indem er diesen beiden Fragen eine spezifische und eigenständige Bestimmung gewidmet hat (nämlich Art. 36 des Entwurfs der Bundesverfassung), die von den Kammern in ihrem Wesentlichen nicht geändert wurde und zum heutigen Art. 45 BV geworden ist. .

4 Man kann somit davon ausgehen, dass die hier kommentierte Bestimmung vor allem einen **Wunsch der Kantone** verwirklicht. Sie entfernt sich jedoch von den zahlreichen Vorschlägen – die unberücksichtigt blieben –, die einige Kantone und die KdK bei der Ausarbeitung der Bundesverfassung von 1999 gemacht hatten, um ihre Mitwirkungsrechte im Entscheidungsprozess auf Bundesebene zu präzisieren oder sogar zu stärken.

II. KONTEXT

5 Aus systematischer Sicht nimmt Art. 45 BV einen **herausragenden Platz** in der Bundesverfassung ein. Er ist die fünfte Bestimmung des ersten Kapitels von Titel 3 der Bundesverfassung, das sich mit den «[Beziehungen] zwischen Bund und Kantonen» befasst. Die Norm ist somit die erste Bestimmung der Verfassung, die sich mit einem «wesentlichen Element» des Schweizer Föderalismus befasst, nämlich – wie der Titel schon sagt – der «*Mitwirkung [der Kantone] am Entscheidungsprozess auf Bundesebene*», die diese zu echten Entscheidungsorganen – und nicht nur zu Ausführungsorganen – des Bundes macht. Art. 45 BV kann in diesem Zusammenhang als «die» Grundnorm oder als «Eckpfeiler» des sogenannten *partizipativen Föderalismus* – manchmal auch als vertikaler Föderalismus bezeichnet – der Schweiz angesehen werden (auf Deutsch manchmal als «*partnerschaftlicher [oder partizipativer] Föderalismus*», manchmal als «*Mitwirkungsföderalismus*» bezeichnet).

6 Wie noch zu sehen sein wird, ist die **normative Tragweite** von Art. 45 BV jedoch **gering** im Vergleich zu anderen Verfassungsbestimmungen, die denselben partizipativen Föderalismus konkreter umsetzen (vgl. infra N. 18 f.). In Absatz 1 wird lediglich angekündigt, dass die Kantone «in den Fällen, die in der Bundesverfassung vorgesehen sind», am politischen Prozess des Bundes mitwirken, wodurch auf andere Artikel weiter hinten in der Bundesverfassung verwiesen wird (vgl. infra N. 11). Der zweite Absatz, der den Bund verpflichtet,

die Kantone rechtzeitig und ausführlich über seine Vorhaben zu informieren und sie zu konsultieren, wenn ihre Interessen betroffen sind, überschneidet sich weitgehend mit anderen Verfassungsbestimmungen, die den Kantonen ebenfalls ein Recht auf Information und/oder Konsultation in bestimmten Bundesangelegenheiten einräumen (vgl. unten N. 21 f.). . Allerdings ergänzt Art. 45 BV in gewisser Weise all diese Normen, deren Bedeutung er von vornherein unterstreicht, indem er sie in einen Kontext stellt. Dank ihm wird deutlicher, dass die Beteiligung der Kantone am Entscheidungsprozess des Bundes nicht nur dazu dient, die Qualität der Handlungen und Vorhaben des Bundes zu verbessern, oder die Akzeptanz eines Gesetzesentwurfs oder eines Referendumsvorlage zu sondieren. Die «Assoziierung» der Kantone an der Bundespolitik ist ein wesentlicher Aspekt des Schweizer Föderalismus, dessen Bedeutung angesichts der kontinuierlichen Verarmung ihrer Kompetenzen zweifellos zunimmt. Eine verstärkte und „ausgleichende" Beteiligung der Kantone am Entscheidungsprozess des Bundes ist notwendig, da sonst die Gefahr besteht, dass der Föderalismus zu einer leeren Hülle wird.

Die Einbindung der „Bundesstaaten" in die Willensbildung des Bundesstaates ist kein Alleinstellungsmerkmal der Schweiz. **Alle Bundesstaaten** kennen ein gewisses Maß an Beteiligung der föderalen Einheiten an ihrer Politik, was eines der Unterscheidungsmerkmale gegenüber dezentralisierten oder regionalisierten Einheitsstaaten darstellt. Dennoch verfügen die Kantone über Mitwirkungsrechte, die andere föderale Einheiten wie die deutschen oder österreichischen *Länder* oder sogar die US-Bundesstaaten nicht haben. Letztere haben beispielsweise kein Recht auf ein kollektives Referendum gegen Bundesgesetze. Die *Länder* sind im Gegensatz zu den Kantonen, die sich gegen Verfassungsänderungen aussprechen können, die einer doppelten Mehrheit von Volk und Kantonen unterliegen (siehe unten N. 16), streng genommen auch nicht Teil des föderalen Verfassungsorgans. In diesen beiden benachbarten föderalistischen Staaten kann das Oberhaus des Parlaments zudem nicht die Verabschiedung eines Bundesgesetzes verhindern, wie es der Ständerat in der Schweiz aufgrund des perfekten Zweikammersystems tun kann (vgl. Art. 156 Abs. 2 BV); Er verfügt auch ansonsten über keine besonderen Exklusivrechte wie der US-Senat. Die deutschen und österreichischen *Länder* hingegen können ihre in dieser Kammer sitzenden Delegierten – die Mitglieder ihrer Regierung vertreten – instruieren oder zumindest an allen Sitzungen teilnehmen und sich auf Antrag zu Angelegenheiten, die ihr *Land* betreffen, zu Wort melden. Auf diese Weise

7

können sie direkten Einfluss auf das parlamentarische Verfahren auf Bundesebene und sogar auf die Wahl der Richter des Bundesgerichtshofs nehmen, die von dieser Kammer ganz oder teilweise gewählt oder vorgeschlagen werden müssen, was den Schweizer Kantonen nicht möglich ist. Schließlich und vor allem könnten in der Schweiz die Mitwirkungsrechte der Kantone – und damit der partizipative Föderalismus – Gegenstand einer Verfassungsrevision sein oder sogar abgeschafft werden, was in anderen föderalen Staaten wie Deutschland nicht unbedingt der Fall ist. In gewisser Hinsicht könnte unser grosser Nachbar somit sowohl für diejenigen, die den Schweizer Föderalismus reformieren wollen, als auch für diejenigen, die ihn vor einer grundlegenden Revision schützen möchten, eine Quelle der Inspiration sein.

8 In Bundesstaaten, die aus Staatenbünden hervorgegangen sind, wie beispielsweise die Schweiz, dienen die Mitwirkungsrechte der Föderalglieder am Entscheidungsprozess des Bundes insbesondere dazu, den Autonomieverlust auszugleichen, den diese sie zugestanden haben und immer mehr zugestehen. Es ist daher logisch, dass die Bundesverfassung im Vergleich dazu keine Bestimmung enthält, die ein allgemeines Recht auf Beteiligung des Bundes am kantonalen Entscheidungsprozess vorsieht, einschliesslich beispielsweise des Rechts, vor der Verabschiedung kantonaler Gesetzgebungsakte systematisch konsultiert zu werden. Das bedeutet jedoch nicht, dass es dem Bund verboten ist, **Einfluss auf die Kantonspolitik** zu nehmen. Eine gewisse Einmischung des Bundes in den politischen Prozess der Kantone ist übrigens unvermeidlich, insbesondere aufgrund des Vorrangs des Bundesrechts (Art. 49 Abs. 1 BV) – dessen Einhaltung die Bundesversammlung insbesondere durch die «Garantie» der Kantonsverfassungen sicherstellt (Art. 51 Abs. 2 BV) – sowie in Bereichen, in denen die Bundesverfassung den Bund verpflichtet, mit den Kantonen zusammenzuarbeiten und sich mit ihnen bei der Ausübung ihrer jeweiligen Zuständigkeiten zu koordinieren, gegebenenfalls durch die Einrichtung gemeinsamer Organe (vgl. z. B. Art. 61*a* Abs. 2 und 63*a* Abs. 4 BV). Das Gleiche gilt, wenn der Bund in interkantonalen und internationalen Beziehungen als Schiedsrichter oder einfach als Vermittler auftreten muss (vgl. z. B. Art. 48*a*, 56 Abs. 3 und 172 Abs. 3 BV) oder wenn er bestimmte kantonale Aktivitäten finanzieren muss (vgl. z. B. Art. 64 Abs. 2 und 77 Abs. 3 BV).

III. EIGENTLICHE ERLÄUTERUNG

Wie bereits erwähnt, besteht Art. 45 BV aus **zwei Teilen**: Der erste Absatz hat 9
eine im Wesentlichen symbolische Funktion, indem er an die verschiedenen in der Bundesverfassung vorgesehenen Mitwirkungsrechte der Kantone in der Bundespolitik erinnert (vgl. infra N. 10 ff.), während der zweite Absatz eines dieser Rechte konkret festschreibt, nämlich das Recht der Kantone, über die Vorhaben des Bundes informiert und zu diesen konsultiert zu werden, wenn sie ihre Interessen berühren (vgl. infra N. 21 ff.).

A. Mitwirkungsrechte der Kantone im Entscheidungsprozess des Bundes (Abs. 1)

1. Allgemeines

In der französischen Fassung sieht Art. 45 Abs. 1 BV, dass die Kantone «in den 10
Fällen, die in der Bundesverfassung vorgesehen sind», an der Willensbildung des Bundes und insbesondere an der «Ausarbeitung der Gesetzgebung» mitwirken. Die deutsche und die italienische Fassung der Bestimmung weichen jeweils etwas von diesem Wortlaut ab, indem sie vorsehen, dass die Kantone an derselben Willensbildung «nach Massgabe der Bundesverfassung» («*an der Rechtssetzung*») und insbesondere an der «Ausarbeitung des Rechts» («*an der Rechtssetzung*» bzw. «*all'elaborazione del diritto*). Diese geringfügigen **Unterschiede stilistischer** Natur haben keine grundlegenden Auswirkungen, auch wenn man versucht sein könnte, das Gegenteil anzunehmen, indem man der französischen Fassung der Bestimmung, die, wie wir sehen werden, etwas restriktiver erscheint, fälschlicherweise ein besonderes Gewicht beimisst (vgl. infra N. 13 und N. 20).

Es ist jedenfalls klar, dass Art. 45 Abs. 1 BV in erster Linie eine deklaratorische 11
Funktion hat, indem er daran erinnert, dass die Kantone «in den vorgesehenen Fällen» (oder «wie vorgesehen» [«secondo quanto previsto»]) oder einfach «nach Massgabe» der Bundesverfassung am Entscheidungsprozess des Bundes beteiligt sind. Die Bestimmung stellt somit eine **Verweisnorm** auf die zahlreichen in der Bundesverfassung verstreuten Bestimmungen dar, die eine solche Beteiligung auf verschiedene Weise vorsehen oder vorschreiben. Bestimmte Mitwirkungsrechte gelten nur für bestimmte Bereiche, wie die Aussenpolitik oder die Bildung (vgl. Art. 55 und 62 Abs. 6 BV). Andere gelten unabhängig vom Zuständigkeitsbereich nur für

bestimmte Arten von Erlassen, wie das Recht, sich in der Vorbereitungsphase zu wichtigen Erlassen und anderen Vorhaben von grosser Tragweite sowie zu wichtigen völkerrechtlichen Verträgen zu äussern (Art. 147 BV), oder das Recht, eine kantonale Initiative einzureichen oder ein Referendum zu beantragen (Art. 160 Abs. 1 und 141 Abs. 1 BV). Die Kantone verfügen darüber hinaus über organische Mitwirkungsrechte, wie das Recht, als Mitinhaber der eidgenössischen Verfassungsgebungsgewalt (Art. 140 Abs. 1 und 195 BV) und das Recht, in einer der beiden Kammern der Bundesversammlung als oberster Gewalt des Bundes vertreten zu sein (Art. 150 Abs. 2 BV und Art. 148 Abs. 1 BV) . Im Übrigen gibt es in der Lehre Kontroversen darüber, ob bestimmte andere kantonale Vorrechte als Mitwirkungsrechte zu qualifizieren sind. Die Frage stellt sich beispielsweise im Zusammenhang mit der Umsetzung des Bundesrechts durch die Kantone (vgl. Art. 46 BV), die sie streng genommen nicht dazu veranlasst, Einfluss auf den Entscheidungsprozess des Bundes zu nehmen, sondern vielmehr dazu, diesen nach seinem Abschluss auszuführen. Unserer Ansicht nach stellt diese Umsetzung vor allem einen allgemeinen Grundsatz der Kompetenzverteilung dar, der den Grundsatz der Subsidiarität konkretisiert (vgl. Art. 5*a* BV). Diese Kontroversen haben jedoch keine wirkliche praktische Bedeutung, da, wie bereits erwähnt, die Mitwirkungsrechte der Kantone, wie auch immer sie beschaffen sein mögen, im Gegensatz zu denen der deutschen *Länder* (vgl. oben N. 7) ohnehin keinen besonderen verfassungsrechtlichen Schutz (Unveränderlichkeit) geniessen.

12 Alle diese Rechte, die kumulativ gelten können, gelten insbesondere bei der «Ausarbeitung der Gesetzgebung», die Art. 45 Abs. 1 BV selbst als Paradebeispiel für die Mitwirkung der Kantone nennt. Die in der Verfassung vorgesehenen Mitwirkungsrechte betreffen jedoch in Wirklichkeit eine **Vielzahl von Entscheidungsprozessen** (Vorbereitung und Abschluss internationaler Verträge, Bundesbeschlüsse zur strategischen Planung, Sachpläne, Plangenehmigungsverfahren usw.). Nur bestimmte nichtparlamentarische Akte von untergeordneter Bedeutung sind *a priori* von jeder Form der Beteiligung der Kantone im Sinne der Verfassung ausgenommen. Auf diese Weise können die Kantone theoretisch versuchen, auf fast alle wichtigen politischen Entscheidungen des Bundes Einfluss zu nehmen, wobei ihr tatsächlicher Einfluss auf die Verabschiedung bestimmter Bundesgesetze allein durch ihre Vertretung im Ständerat dennoch (sehr) gering bleibt (z. B. beim Bundeshaushalt; vgl. N. 15). Ein weiterer wichtiger Punkt: Die Kantone haben auch keinen Einfluss, nicht einmal indirekt, auf die

Rechtsprechung des Bundesgerichts, dessen Mitglieder ausschliesslich von der Bundesversammlung (vereinigte Kammern) gewählt werden (vgl. Art. 168 Abs. 1 und Art. 157 Abs. 1 Bst. a BV). Das Bundesgericht darf nämlich (z. B. im Sinne von Art. 45 Abs. 2 BV; vgl. infra N. 27) und darf auch keine Stellungnahmen von Kantonen einholen, die nicht direkt an den vor ihm anhängigen Verfahren beteiligt sind, selbst wenn das zu fällende Urteil die Entscheidung einer für sie möglicherweise grundlegenden Verfassungsfrage beinhaltet. Hier gäbe es aus föderalistischer Sicht vielleicht Verbesserungsbedarf.

2. Beteiligung der Kantone am Gesetzgebungsprozess

13 Wie in Art. 45 Abs. 1 BV dargelegt, ermöglicht die Bundesverfassung den Kantonen insbesondere die Beteiligung an der «Ausarbeitung der [Bundes]gesetzgebung» in verschiedenen Phasen des Gesetzgebungsprozesses. Es sei darauf hingewiesen, dass diese Beteiligung entgegen dem, was der französische Text vermuten lässt, nicht nur Bundesgesetze, sondern **alle Rechtsakte** des Bundes betrifft; sie gilt somit auch für Verordnungen der Bundesversammlung oder des Bundesrats, Verfassungsrevisionen und den Beitritt zu völkerrechtlichen Verträgen mit normativer Wirkung, was aus den deutschen und italienischen Fassungen von Art. 45 Abs. 1 BV, die eine Beteiligung an der Ausarbeitung des «Rechts» («*an der Rechtsetzung*» und «*all'elaborazione del diritto*»; vgl. oben N. 10) erwähnen.

14 Die Mitwirkung der Kantone an der Verabschiedung von Bundesrecht kann bereits sehr früh in der **vorparlamentarischen Phase** erfolgen, da die Kantone gemäss Art. 160 BV über ein eigenes Gesetzesinitiativrecht verfügen, von dem einige Kantone übrigens recht häufig Gebrauch machen. Das kantonale Recht legt fest, welches Organ dieses Recht ausübt, das in der Praxis entweder dem kantonalen Parlament, der kantonalen Wählerschaft oder in sehr seltenen Fällen der kantonalen Regierung erlaubt, den eidgenössischen Räten direkt die Verabschiedung eines Bundesgesetzes vorzuschlagen. Diese können jedoch nach einer Vorprüfung ablehnen, was in der Praxis die Bestrebungen der Kantone sehr schnell bremst. Man geht daher davon aus, dass sich die Beteiligung der Kantone an der Ausarbeitung der Bundesgesetzgebung in erster Linie im Rahmen des Vernehmlassungsverfahrens zu den vom Bundesrat ausgearbeiteten

Entwürfen für Rechtsakte (Gesetze oder Verordnungen) konkretisiert (Art. 147 BV), bei denen die Kantonsregierungen die Position der Kantone vertreten, manchmal unter Vorbehalt einer Volksabstimmung, ebenso wie die KdK, die grundsätzlich ebenfalls zur Stellungnahme aufgefordert wird. Dies ist möglicherweise die Phase, in der die Kantone am unmittelbarsten Einfluss auf die Bundesgesetzgebung nehmen können, wie übrigens die Entstehungsgeschichte von Art. 45 BV zeigt (vgl. oben N. 2 f.). Obwohl das Vernehmlassungsverfahren für verschiedene Gesprächspartner bestimmt ist (vgl. Art. 147 BV), spielen die Kantone dabei eine besonders wichtige Rolle. Es ist anzumerken, dass ein Vernehmlassungsverfahren auch dann durchgeführt werden muss, wenn ein Entwurf nicht vom Bundesrat, sondern direkt vom Parlament über seine Kommissionen vorbereitet wird.

15 Es wird allgemein davon ausgegangen, dass die Kantone auch an der **parlamentarischen Phase** der Verabschiedung von Bundesgesetzen und Verfassungsrevisionen beteiligt sind, die von den Behörden über den Ständerat initiiert werden, der sich aus zwei Vertretern pro Kanton (nur einem für die ehemaligen «Halbkantone») zusammensetzt und solche Entwürfe aufgrund des für den Schweizer Föderalismus charakteristischen perfekten Zweikammersystems systematisch genehmigen muss. Aus rein rechtlicher Sicht beschränkt sich die Beteiligung der Kantone am Entscheidungsprozess des Bundes jedoch auf die Benennung der betreffenden Vertreter. Sobald diese ernannt sind, stimmen sie frei ab, ohne Weisungen seitens der Kantone (Art. 161 Abs. 1 BV), im Gegensatz zu anderen Bundesstaaten, in denen die zweite Kammer des Parlaments aus echten „Delegierten" oder Gesandten der Bundesstaaten besteht (siehe oben N. 7). Es scheint übrigens, dass sich die Mitglieder des Ständerats in der Praxis eher von der politischen Linie ihrer Parteien beeinflussen lassen als von den spezifischen Interessen ihrer jeweiligen Kantone. Daher außer in Fällen, in denen die Interessen, insbesondere die finanziellen Interessen, der Kantone direkt betroffen sind, fungiert diese Kammer kaum noch als Sprachrohr der Kantone, auch wenn die Abgeordneten in den Debatten traditionell gerne das Gegenteil behaupten. Insgesamt lässt sich die Bedeutung der Beteiligung der Kantone am Gesetzgebungsprozess des Bundes durch den Ständerat, die manchmal als „indirekt" bezeichnet wird, relativieren. Ihre Wirksamkeit könnte jedoch durch die Ernennung der Abgeordneten durch das Kantonsparlament für eine kurze Legislaturperiode verstärkt werden, was seit langem nicht mehr praktiziert wird. Unter den gegenwärtigen Umständen stellt sich die Frage, ob

sich die Beteiligung der Kantone während der parlamentarischen Phase die Beteiligung der Kantone nicht eher informell – zumindest für die mächtigsten unter ihnen – durch eine gewisse Lobbyarbeit bei den Parlamentariern erfolgt, die zwar nicht vorgesehen, aber auch nicht durch die Bundesverfassung ausgeschlossen ist (siehe unten N. 20).

16 Schließlich können die Kantone grundsätzlich auch in der **Phase nach der parlamentarischen** Verabschiedung von Bundesgesetzen noch eingreifen, die dem Referendum unterliegen, wenn acht Kantone dies über ihre Parlamente oder ein anderes vom kantonalen Recht bestimmtes Organ verlangen (vgl. Art. 141 BV und 67 BPR). Dieses Referendumsrecht wurde bisher fast nie ausgeübt. Es kam übrigens nur zweimal zu einem Referendum über ähnliche Vorlagen, für die auch die Bevölkerung das Referendum beantragt hatte: einmal im Jahr 2003 im Zusammenhang mit einer Änderung von Erlassen über die Besteuerung von Ehepaaren und Familien, die Besteuerung von Wohnraum und die Stempelabgaben, die schliesslich in der Abstimmung abgelehnt wurde, und ein weiteres Mal im Jahr 2025 im Zusammenhang mit dem Bundesgesetz vom 20.6.2025 über die individuelle Besteuerung von Ehepaaren. Das Referendumsrecht der Kantone hat somit vor allem den Vorteil, dass es ihre Position in der Vernehmlassungsphase oder bei ihren Lobbyaktivitäten stärkt. In diesem Zusammenhang ist anzumerken, dass es für die Kantone von grossem Vorteil wäre, ihren Regierungen die Ausübung eines solchen Vorrechts zu übertragen, was derzeit nur selten der Fall ist, da dies die Koordinierung ihrer Massnahmen erheblich erleichtern könnte. Die Kantone sind im Vergleich dazu unverzichtbare Akteure bei jeder Verfassungsrevision sowie bei jedem dringlichen Gesetz ohne verfassungsrechtliche Grundlage (Art. 140 Abs. 1 Bst. a und c BV), da diese letztlich neben der Zustimmung des Volkes auch die Zustimmung der Mehrheit der Kantone erfordern. Die Bundesbehörden müssen daher fast zwangsläufig ihre Positionen im Vorfeld berücksichtigen, sowohl in der Vernehmlassungsphase als auch in der parlamentarischen Phase, wenn sie solche Projekte erfolgreich durchführen wollen. In diesem Zusammenhang ist anzumerken, dass die Fälle, in denen die Kantone eine vom Volk gewünschte Verfassungsrevision verhindert haben, in den letzten Jahrzehnten tendenziell zugenommen haben, während sie in der Vergangenheit selten waren, was die Bedeutung dieses Mitwirkungsrechts unterstreicht, das manchmal als das wichtigste von allen angesehen wird. Es wird jedoch zunehmend kritisiert, da es heute bestimmten kleinen Kantonen, in der Regel deutschsprachigen

Kantonen mit einer sogenannten konservativen Mehrheit, ein manchmal als unverhältnismässig angesehenes politisches Gewicht verleiht.

17 Die Mitwirkung der Kantone bei der Genehmigung **internationaler Verträge** ist Gegenstand spezifischer Bestimmungen in Art. 55 BV sowie in Art. 140 Abs. 1 Bst. b und c und Art. 141 Abs. 1 Bst. d BV. Sie ist je nach Bedeutung der betreffenden Verträge und ihren Auswirkungen auf die kantonalen Zuständigkeiten unterschiedlich geregelt.

3. Normative Tragweite: Kritik und Perspektive

18 Generell mag es paradox erscheinen, dass eine Norm, die sich ausdrücklich auf den Prozess der Ausarbeitung der Bundesgesetzgebung bezieht, eines der wichtigsten Axiome der Gesetzgebungstechnik nicht beachtet, nämlich den Verzicht auf überflüssige deklaratorische Verweise auf andere Gesetze. An dieser Stelle sei darauf hingewiesen, dass sich die Verfassung insofern von Gesetzen unterscheidet, als sie eine fast ebenso politische wie rechtliche Funktion hat und eine **symbolische Norm** wie Art. 45 Abs. 1 BV daher einen legitimen Platz darin einnimmt.

19 Bei der Auslegung dieser Bestimmung müssen Juristen daher der Versuchung widerstehen, ihr eine normative Tragweite zuzuschreiben, die sie *a priori* nicht unbedingt hat, und gleichzeitig darauf achten, sie nicht auf eine rein informative Funktion zu beschränken. Ein Mittelweg besteht darin, Art. 45 Abs. 1 BV als **programmatische Bestimmung** zu betrachten, die die Bedeutung der Mitwirkung der Kantone am Entscheidungsprozess des Bundes hervorhebt. Die Norm würde somit – neben anderen – als Leitlinie für die Auslegung der Verfassung und die Lösung von Spannungen zwischen ihren verschiedenen Normen dienen. Unter diesem Gesichtspunkt wäre es Aufgabe des Bundesgesetzgebers, die Bedeutung der Mitwirkungsrechte der Kantone besonders zu berücksichtigen, wenn er eine Regelung zu ihrer Umsetzung oder Einschränkung in Betracht zieht (z. B. ZGB und ParlG) sowie dem Bundesgericht, sie in seine Argumentation einzubeziehen, wenn es darum geht, eine Rechtsprechung zu entwickeln, die die Möglichkeit der Kantone, Einfluss auf die Bundespolitik zu nehmen, einschränken könnte (z. B. hinsichtlich der Intervention kantonaler Behörden bei eidgenössischen Abstimmungen; vgl. *infra* N. 20).

Die im Wesentlichen symbolische Funktion von Art. 45 Abs. 1 BV verbietet es 20
jedenfalls, ihr eine einschränkende Bedeutung beizumessen. Die Norm hindert die Kantone in keiner Weise daran, sich in anderen Fällen und/oder auf andere Weise als in der Bundesverfassung vorgesehen an der Entscheidungsfindung zu beteiligen, auch wenn die französische und, in geringerem Masse, die italienische Fassung durch die Formulierung, dass sie dies nur « in den in der Bundesverfassung vorgesehenen Fällen» (oder « *secondo quanto previsto dalla Costituzione federale* ») tun dürfen. **Andere Formen und Arten der informellen** Beteiligung der Kantone am Entscheidungsprozess des Bundes sind möglich, solange sie nicht im Widerspruch zum Bundesverfassungsrecht stehen, was aus der deutschen Fassung von Art. 45 Abs. 1 BV (« *nach Massgabe der Bundesverfassung* ») , aber auch implizit aus dem allgemeinen Informationsrecht der Kantone gemäss Art. 45 Abs. 2 BV hervorgeht. Die Kantone können daher über ihre Regierungen oder interkantonale Organe Mechanismen der informellen Beteiligung umsetzen, beispielsweise durch den Einsatz von Lobbyisten oder die Organisation von Begegnungstagen, um sich bei Parlamentariern und der Bundesverwaltung Gehör zu verschaffen, und sich gegebenenfalls zusammenschliessen, um ihre Lobbyarbeit in Bern zu koordinieren, wie sie es in der Praxis ohnehin tun, solange ihr Verhalten nicht gegen den Grundsatz der Bundestreue verstösst (vgl. Art. 44 Abs. 2 BV; was bei einer systematischen und irreführenden Verleumdungskampagne im Zusammenhang mit einem Bundesprojekt der Fall sein könnte). Diese Vorgehensweise wird manchmal als die wirksamste angesehen. Ebenso schliesst die Tatsache, dass die Kantone über verschiedene Möglichkeiten verfügen, um an der Willensbildung des Bundes mitzuwirken, ihre Beteiligung an einer eidgenössischen Referendumskampagne nicht von vornherein aus. So können die kantonalen Behörden an den Debatten teilnehmen und bei eidgenössischen Abstimmungen Abstimmungsempfehlungen abgeben, jedoch nur in bestimmten Situationen, gemäss einer Bundesrechtsprechung, die leider weitgehend die Bedeutung der Beteiligung der Kantone an der Bundespolitik, die implizit in Art. 45 BV implizit verankert ist. Schwieriger zu beurteilen ist, ob andere formelle Mitwirkungsrechte, die weiter gehen und nicht ausdrücklich in der Verfassung vorgesehen sind, in das Gesetz aufgenommen werden könnten, wie beispielsweise ein Vetorecht der Kantone gegen Verordnungen des Bundesrats oder sogar das Recht, deren Änderung zu verlangen, wie es die KdK im Rahmen der Vernehmlassung zum

Verfassungsvorentwurf gefordert hatte. Diese Fragen fallen jedoch sicherlich nicht unter die Auslegung von Art. 45 Abs. 1 BV, sondern unter die Auslegung anderer Bestimmungen der Bundesverfassung, wie z. B. Art. 182 Abs. 1 BV. Es sei angemerkt, dass der Bundesrat im Rahmen der Bilateralen III die Einführung neuer formaler Mitwirkungsrechte der Kantone plant, die in der Bundesverfassung nicht vorgesehen sind (z. B. die Möglichkeit der Kantone, den Bundesrat aufzufordern, die Schutzklausel zu aktivieren).

B. Pflicht des Bundes, die Kantone über seine Vorhaben zu informieren und sie zu konsultieren (Abs. 2)

1. Allgemeines

21 Mit der Bestimmung, dass der Bund «die Kantone rechtzeitig und ausführlich über seine Vorhaben informiert» und «sie konsultiert, wenn ihre Interessen betroffen sind», gewährt Art. 45 Abs. 2 BV den Kantonen bestimmte **spezifische Mitwirkungsrechte**, die es ihnen ermöglichen sollen, Einfluss auf den Entscheidungsprozess des Bundes zu nehmen. Aus systematischer Sicht führt die Bestimmung in jedem ihrer beiden Sätze ein anderes Recht ein: einerseits das Recht der Kantone, rechtzeitig über (fast) alle Vorhaben des Bundes informiert zu werden (1. Satz; siehe unten N. 30 ff.), und andererseits das Recht der Kantone, konsultiert zu werden, wenn ihre Interessen betroffen sind (2. Satz; unten N. 34 ff.).

22 Damit hat Art. 45 Abs. 2 BV im Gegensatz zum vorangehenden Abs. nicht nur eine deklaratorische und symbolische Funktion. Zwar überschneiden sich die Informations- und Konsultationspflichten, die Art. 45 Abs. 2 BV dem Bund auferlegt, teilweise mit denen, die in anderen Bestimmungen der Bundesverfassung vorgesehen sind. Dennoch hat Art. 45 Abs. 2 BV eine **eigene Bedeutung** gegenüber diesen Normen, zu denen er gegebenenfalls kumulativ gilt.

23 Dieser Aspekt ist wichtig. Denn Art. 45 Abs. 2 BV gewährt in gewissem Masse «weitergehende» Mitwirkungsrechte als **Art. 147 BV**, der, zur Erinnerung, den Kantonen das Recht einräumt, sich in der Vorbereitungsphase zu wichtigen Erlassen und anderen Vorhaben von grosser Tragweite zu äussern. Im Gegensatz zu dieser Bestimmung betrifft Art. 45 Abs. 2 zunächst (fast) alle Vorlagen des Bundes und nicht nur solche von besonderer Bedeutung; bestimmte weniger wichtige Vorhaben müssen somit möglicherweise den

Kantonen im Sinne von Art. 45 Abs. 2 BV zur Vernehmlassung vorgelegt werden, obwohl Art. 147 BV dies nicht vorschreibt (vgl. infra N. 26 ff.). Art. 45 Abs. 2 BV führt zudem eine Pflicht zur Konsultation der Kantone ein, die nicht auf das ordentliche Vernehmlassungsverfahren beschränkt ist, sondern auch andere Phasen des Entscheidungsprozesses des Bundes betreffen kann (vgl. unten N. 37 ff.). Unter diesem Gesichtspunkt lässt sich insbesondere argumentieren, dass Art. 45 Abs. 2 BV den Bund verpflichtet, die Kantone frühzeitig in die Ausarbeitung bestimmter Vorentwürfe von Erlassen einzubeziehen, und zwar lange vor dem in Art. 147 BV vorgesehenen Vernehmlassungsverfahren (vgl. unten N. 37), ja sogar, dass er ihn in bestimmten Fällen verpflichtet, nach dieser Phase erneut ihre Stellungnahme einzuholen, wenn ein Entwurf Gegenstand von wesentlichen, völlig unerwarteten Änderungen ist, die die Interessen der Kantone in neuer Weise berühren (vgl. unten N. 38 f.). Diese potenzielle Tragweite von Art. 45 Abs. 2 BV bleibt in der Praxis noch weitgehend verborgen und wird vernachlässigt.

24 Wenn Art. 45 Abs. 2 BV den Kantonen echte Informations- und Konsultationsrechte einräumt (siehe zu ihrer Justiziabilität unten N. 43 ff.), , so verwendet er dabei mehrere unbestimmte Begriffe wie «rechtzeitig» oder «wenn ihre Interessen betroffen sind». Diese Ungenauigkeit bietet dem Bund einen gewissen **Ermessensspielraum** bei der Umsetzung (vgl. unten N. 31 und 35) , was nicht zwangsläufig die Verabschiedung eines Bundesgesetzes zur Umsetzung erfordert.

25 Jedenfalls wird Art. 45 Abs. 2 BV heute durch **verschiedene gesetzliche Regelungen** mehr oder weniger präzise konkretisiert. Einige davon – wie beispielsweise die Vorschriften zur Raumplanung, zur Kernenergie sowie zu den Nationalstrassen und Eisenbahnen – bestanden bereits zuvor, da der Verfassungsgeber in dieser Hinsicht lediglich Pflichten kodifiziert hat, die sich der Bund bereits seit langem auferlegt hatte. Andere Vorschriften wurden nach 2000 unter der neuen Verfassung verabschiedet. Zu nennen ist in diesem Zusammenhang Art. 18 Abs. 1 Bst. b des Bundesgesetzes vom 7.10.2005 über den eidgenössischen Finanzhaushalt (FHG), das im Rahmen der Einführung der Schuldenbremse gerade zur Umsetzung von Art. 45 Abs. 2 BV verabschiedet wurde, sowie natürlich an das Vernehmlassungsgesetz (VlG). Dieses zielt jedoch in erster Linie darauf ab, das in Art. 147 BV vorgeschriebene Vernehmlassungsverfahren bei den Vorarbeiten umzusetzen

und nicht direkt die in Art. 45 Abs. 2 BV vorgesehenen Mitwirkungsrechte der Kantone.

2. Begriff «Vorhaben» des Bundes

26 Der Begriff «Vorhaben» (*progetti*), über die die Kantone informiert und gegebenenfalls konsultiert werden müssen, ist weder in Art. 45 Abs. 2 BV noch an anderer Stelle in der Verfassung oder der Bundesgesetzgebung definiert. Eine systematische Auslegung der Verfassung lässt jedoch vermuten, dass der Verfassungsgeber der Norm einen **breiten Anwendungsbereich** geben wollte, der im Gegensatz zu Art. 55 und 147 BV nicht nur für Beschlüsse gilt, die die Zuständigkeiten oder wesentlichen Interessen der Kantone betreffen, oder für wichtige oder «weitreichende» Vorhaben.

27 Der Begriff «Vorhaben» in Art. 45 Abs. 2 BV kann somit sehr **viele Situationen** abdecken. Er kann sich nicht nur auf Gesetzgebungsvorhaben des Bundes wie Gesetzes- oder Verordnungsentwürfe beziehen, sondern auch auf andere Vorhaben des Bundes, die zwar nicht unbedingt allgemeine und abstrakte Regeln festlegen, aber dennoch von allgemeiner Tragweite sind, wie Planungs-, Finanz- oder Haushaltsbeschlüsse, die durch Bundesbeschlüsse oder Beschlüsse des Bundesrats umgesetzt werden sollen. Hinzu kommt, dass die Verwendung des Begriffs „*Vorhaben*" im Deutschen darauf hindeutet, dass die Informations- und Konsultationspflicht des Bundes grundsätzlich nicht nur vor der vollständigen Ausarbeitung der Rechtsakte bestehen muss, sondern unter bestimmten Umständen bereits dann erforderlich sein kann, wenn sich die betreffenden Rechtsakte noch im Stadium einfacher Absichtserklärungen oder vager Programme befinden (vgl. infra N. 31 und N. 37). Der Begriff umfasst hingegen nicht «Entwürfe» von Entscheidungen oder Urteilen, die von einer gerichtlichen oder nichtgerichtlichen Beschwerdeinstanz vor ihrer Entscheidung ausgearbeitet werden können.

28 Es ist sofort ersichtlich, dass diese weite Auslegung von Art. 45 Abs. 2 BV und des darin enthaltenen Begriffs «Entwürfe» zu Spannungen mit anderen Verfassungsnormen führen kann. Wie sollen die Kantone in dringenden Fällen oder Krisensituationen, die ein rasches Ergreifen von Massnahmen in Anwendung des Notstandsrechts im Sinne von Art. 173 Abs. 1 Bst. b oder Art. 185 BV oder wenn es darum geht, die Vertraulichkeit eines Vorhabens im Bereich der Landesicherheit im Sinne von Art. 57 BV zu gewährleisten? Die offensichtlichen Widersprüche, die zwischen Art. 45 Abs. 2 BV und den oben

genannten Normen bestehen, müssen zunächst nach einer gewissen «**praktischen Übereinstimmung**» gelöst werden, ähnlich wie bei der nach der COVID-Krise verabschiedeten Änderung des LCo, mit der die Gesetze und Verordnungen der Bundesversammlung und des Bundesrats, die sich direkt auf die Bundesverfassung stützen, vom Vernehmlassungsverfahren ausgenommen wurden. Um diese neue Ausnahme vom Vernehmlassungsverfahren auszugleichen, sieht ein neuer Art. 10 LCo – der sich insbesondere am Epidemiengesetz (EpG) und am Covid-19-Gesetz orientiert – nun vor, dass die zuständige Behörde (der Bundesrat oder eine parlamentarische Kommission) «soweit möglich die Stellungnahme der Kantonsregierungen und der von der Vorlage besonders betroffenen Kreise» einholen muss, indem sie zu gegebener Zeit eine «informelle Vernehmlassung» durchführt, die *a priori* in Form einer kurzen E-Mail erfolgen kann. Diese gesetzliche Norm bekräftigt somit die Bedeutung der Konsultation der Kantone und macht sie gleichzeitig etwas flexibler.

29 Gemäss Art. 45 Abs. 2 BV muss der Bund die Kantone schliesslich nur über **«seine» eigenen Vorhaben** informieren oder sogar konsultieren. Dies schliesst Projekte der Kantone oder des Schweizer Volkes aus, die keine Organe des Bundes (*Bund*) sind, der gemäss dem Wortlaut der Bestimmung allein betroffen ist, sondern der «Schweizerischen Eidgenossenschaft» (*Schweizerische Eidgenossenschaft*) als Ganzes. Somit fallen bestimmte Projekte, die der Bund lediglich genehmigen oder bestätigen muss, wie kantonale Verfassungsrevisionen oder Volksinitiativen, nicht in den Anwendungsbereich von Art. 45 Abs. 2 BV bestimmte Vorhaben, die der Bund lediglich genehmigen oder bestätigen muss, wie kantonale Verfassungsrevisionen oder Volksinitiativen. Da diese Art von Vorlagen von den Bundesbehörden nicht geändert werden kann, wäre eine Vernehmlassung ohnehin kaum sinnvoll. Wird hingegen ein Gegenentwurf zu einer Volksinitiative vorgelegt, muss innerhalb der in Art. 97 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die politischen Rechte festgelegten Fristen eine Vernehmlassung durchgeführt werden. Zusammenfassend lässt sich sagen, dass die von Art. 45 Abs. 2 BV betroffenen Vorlagen in erster Linie diejenigen der Bundesversammlung, des Bundesrates und seiner Verwaltung sind. Schwieriger ist hingegen die Frage, ob dezentrale Institutionen wie die Schweizerische Nationalbank, die Post oder die SBB ebenfalls diesen Pflichten unterliegen. Die Frage ist teilweise akademischer Natur, da sie

bereits gesetzlich verpflichtet sind, die Kantone vor bestimmten Entscheidungen zu informieren und/oder zu konsultieren.

3. «Rechtzeitige» und «ausführliche» Information

30 Gemäss Art. 45 Abs. 2 BV muss der Bund die Kantone grundsätzlich «rechtzeitig» und «ausführlich» über seine Vorhaben informieren. Diese beiden Präzisierungen sollen sicherstellen, dass die Kantone unter guten Bedingungen entscheiden können, ob sie sich an der Ausarbeitung eines Bundesvorhabens beteiligen wollen und wenn ja, in welcher Form. Art. 45 Abs. 2 BV schafft damit einen **allgemeinen Rahmen für die Ausübung der Mitwirkungsrechte der Kantone** und unterstreicht gleichzeitig ihre «Partnerrolle» gegenüber dem Bund.

31 Die Bestimmung lässt dem Bund jedoch einen grossen Spielraum hinsichtlich des Zeitpunkts und der Art und Weise der Information der Kantone. Dies gilt insbesondere, da sie relativ offen festlegt, dass die Information «**rechtzeitig**» (*rechtzeitig*, *tempestivamente*) erfolgen muss. Ist darunter zu verstehen, dass diese Information zum für die Kantone günstigsten Zeitpunkt erfolgen muss, oder dass sie aus Sicht des Bundes zum günstigsten Zeitpunkt erfolgen muss? Die Antwort kann *a priori* von den Umständen abhängen. So lässt sich beispielsweise argumentieren, dass der Bund zwar die Kantone über alle seine Vorhaben informieren muss, ihm jedoch in bestimmten Situationen, insbesondere in dringenden Fällen oder unter aussergewöhnlichen Umständen, die Möglichkeit eingeräumt werden muss, diese Pflicht – vorübergehend – auszusetzen (vgl. auch oben N. 28). Bei gewöhnlichen Vorhaben kann man im Übrigen davon ausgehen, dass es in der Regel notwendig – und ausreichend – ist, die Kantone in einer Phase zu informieren, in der der Ausgang noch offen ist, damit sie, wenn sie es für notwendig erachten, versuchen können, den Entscheidungsprozess des Bundes durch die Ausübung ihrer verschiedenen Mitwirkungsrechte oder durch eine gewisse Lobbyarbeit zu beeinflussen. Die Festlegung dieses Zeitpunkts unterliegt jedoch einem grossen Ermessen des Bundes.

32 Die Anforderung an die Qualität der Information, die gemäss Art. 45 Abs. 2 BV «umfassend» (umfassend, compiutamente) erfolgen muss, stellt ihrerseits eine relativ unbestimmte inhaltliche Anforderung dar. Aus den deutschen und italienischen Begriffen lässt sich höchstens ableiten, dass die den Kantonen zu erteilenden Informationen vollständig und umfassend sein müssen, d. h. so

weitreichend, dass diese das gesamte Projekt und seine Herausforderungen verstehen können. Mit dem Adjektiv «détaillé» bezieht sich die französische Fassung eher auf eine sorgfältige und ausführliche Beschreibung der verschiedenen Elemente eines Projekts. Damit es sich nicht um Alibi-Informationen handelt, muss der Bund ein ausgewogenes Verhältnis finden, um klar und vollständig zu kommunizieren, ohne dass der Kern der Botschaft in zu vielen Details untergeht. Er muss auch berücksichtigen, dass die Informationspflicht nach Art. 45 Abs. 2 BV über eine allgemeine Pflicht zur Unterrichtung der Öffentlichkeit über seine Tätigkeit hinausgeht, wie sie dem Bundesrat in Art. 180 BV auferlegt ist.

Was die Sprache betrifft, so sind die Bundesbehörden verpflichtet, in ihrer 33
Kommunikation mit den Kantonen die drei Amtssprachen des Bundes zu verwenden, wobei die Verwendung des Rätoromanischen gegenüber dem Kanton Graubünden nicht vorgeschrieben ist (vgl. Art. 70 Abs. 1, 2. Satz, , der dies nur für den Verkehr mit «Personen» vorsieht, die diese Sprache verwenden). Es ist ihnen nicht möglich, ausschliesslich eine dieser Sprachen zu verwenden, da sonst das Ziel der Information der Kantone gefährdet wäre, die einen in einer beliebigen Sprache erläuterten Entwurf nicht verstehen müssen, insbesondere wenn es sich um einen neuen und technischen Bereich handelt.

4. Konsultation der «in ihren Interessen betroffenen» Kantone.

Art. 45 Abs. 2 verpflichtet den Bund nicht nur allgemein, die Kantone über 34
seine Vorhaben zu informieren, sondern auch, sie zu konsultieren, wenn die betreffenden Vorhaben ihre Interessen berühren. Die Kantone genießen in dieser Hinsicht eine Art institutionelles Recht auf Anhörung, das ihnen ermöglicht, beim Bund Stellungnahmen einzureichen.

Wann berührt ein Bundesvorhaben die Interessen eines oder mehrerer 35
Kantone im Sinne von Art. 45 Abs. 2 BV? Die Lehre plädiert im Allgemeinen für eine weite Auslegung der Bestimmung und vertritt die Auffassung, dass die Kantone nicht nur dann zu konsultieren sind, wenn ein Vorhaben ihre Autonomie einschränkt oder ihren Zuständigkeitsbereich betrifft, sondern auch dann, wenn es andere Auswirkungen auf sie hat. In Bezug auf Letzteres könnte man sich an der Praxis des Bundesgerichts orientieren, wonach ein Kanton im Sinne von Art. 89 Abs. 1 des Bundesgerichtsgesetzes in seinen schutzwürdigen Interessen betroffen ist, wenn der betreffende Entwurf oder

Erlass seine hoheitlichen Befugnisse in qualifizierter Weise berührt (« in seinen hoheitlichen Befugnissen berührt»), d. h. wenn er wichtige oder wesentliche öffentliche Interessen beeinträchtigt. Dazu würden insbesondere Fälle gehören, in denen ein Bundesvorhaben die Vermögensinteressen eines Kantons erheblich beeinträchtigen würde oder erhebliche Emissionen verursachen würde, von denen ein grosser Teil seiner Einwohner betroffen wäre. Es ist anzumerken, dass aus dieser Sicht eine Konsultation erforderlich sein kann, wenn ein Projekt die Interessen einer oder mehrerer Gemeinden des Kantons berührt, die mit denen des Kantons gleichgesetzt werden können. Dies ist hingegen nicht der Fall, wenn ein Projekt nur private Interessen von Einzelpersonen berührt, auch wenn diese für den Kanton von Bedeutung sind (z. B. ein Unternehmen oder ein wichtiger Steuerzahler). Es ist daher nicht ersichtlich, dass die Kantone Genf und Zürich ein Recht auf spezifische Konsultation im Sinne von Art. 45 Abs. 2 BV haben. im Falle eines Entwurfs zur Änderung der Verordnung der FINMA über Finanzinstitute, ebenso wenig wie die Kantone Bern und Neuenburg im Falle einer Revision der Verordnung über die Verwendung des Namens «Schweiz» für Uhren.

36 Unter diesem Gesichtspunkt und trotz des erwähnten Vorbehalts kann das Konsultationsrecht der Kantone gemäss Art. 45 Abs. 2 BV auf vielfältige und unterschiedliche Fälle angewendet werden. Dabei handelt es sich nicht nur um Gesetzgebungsvorhaben (Gesetze, Verordnungen oder sogar Richtlinien), sondern auch um nationale Bauvorhaben wie Strassen- und Eisenbahnprojekte, um Vorhaben im Bereich der Raum- oder Landwirtschaftsplanung oder um bestimmte Haushalts- oder Finanzbeschlüsse.

37 Generell ist die in Art. 45 Abs. 2 BV festgelegte Konsultationspflicht vor allem für Vorhaben von praktischer Bedeutung, die nicht zwingend einem Vernehmlassungsverfahren im Sinne von Art. 147 BV unterzogen werden müssen, d. h. für Vorhaben, die die Interessen eines oder mehrerer Kantone berühren, ohne jedoch ein wichtiges Gesetzgebungsvorhaben oder ein anderes Vorhaben von grosser Tragweite zu sein. Allerdings lässt sich argumentieren, dass Art. 45 Abs. 2 BV auch im Zusammenhang mit wichtigen Gesetzgebungsvorhaben eine eigene Bedeutung haben kann, wenn diese wesentliche Interessen der Kantone berühren. So kann es beispielsweise gerechtfertigt sein, sie bereits **vor dem offiziellen Vernehmlassungsverfahren** gemäss Art. 147 BV in einer früheren Phase der

Ausarbeitung des Vorentwurfs, zu einem Zeitpunkt, zu dem der Ausgang des Entwurfs und seiner möglichen Varianten noch offener ist. Die Eidgenössischen Departemente und die Bundeskanzlei sind seit 2016 in jedem Fall verpflichtet, die zuständigen kantonalen Organe in geeigneter Weise in die Ausarbeitung ihrer Vorentwürfe für Gesetze oder Verordnungsentwürfe, wenn deren Umsetzung ganz oder teilweise den Kantonen obliegt und von diesen erhebliche personelle und finanzielle Ressourcen erfordert oder die Reorganisation kantonaler Organe oder wesentliche Änderungen des kantonalen Rechts mit sich bringt.

38 Art. 45 Abs. 2 BV kann auch eine eigene Bedeutung im Verhältnis zu Art. 147 BV in Bezug auf Gesetzesvorhaben haben, die **während der parlamentarischen Beratung** tiefgreifend überarbeitet würden, , sofern solche Änderungen die Interessen der Kantone – oder nur einiger Kantone – in völlig neuer und unerwarteter Weise berühren würden. Eine Konsultation der (betroffenen) Kantone sollte unserer Meinung nach in solchen Fällen erforderlich sein, auch wenn das Kantons- und Gemeindenrecht dies natürlich nicht vorsieht, da es lediglich die Beteiligung der Kantone an den Vorarbeiten regelt. Dies würde eine Revision des ParlG erfordern, das derzeit nur die Möglichkeit vorsieht, dass die Kommissionen Vertreter der Kantone anhören können. Es sei angemerkt, dass die Notwendigkeit einer solchen Revision vom Bundesrat bei der Ausarbeitung der neuen Bundesverfassung und ihres künftigen Artikels 45 Abs. 2 BV sofort erkannt wurde. .

39 Bislang haben sich die eidgenössischen Räte stets zurückhaltend gezeigt, **das ParlG** oder gegebenenfalls das GlG zu ergänzen, was ihre Arbeit zweifellos erschweren würde. Bei der Verabschiedung des GlG haben zwar einige Organisationen vorgeschlagen, die parlamentarischen Kommissionen zu verpflichten, ein neues Vernehmlassungsverfahren durchzuführen, wenn sie einen Entwurf des Bundesrats wesentlich ändern. Dieser Vorschlag blieb jedoch ohne Folgen. Ebenso scheiterte eine Initiative der Staatspolitischen Kommission des Ständerats, die darauf abzielte, die Beteiligung der Kantone am parlamentarischen Gesetzgebungsverfahren zu verbessern (insbesondere durch die Schaffung eines Anhörungsrechts der Kantone in den Kommissionen), am Widerstand der gleichnamigen Kommission des Nationalrats. Diese war unter anderem der Ansicht, dass die Berücksichtigung der kantonalen Interessen ohnehin zum parlamentarischen Prozess gehöre.

40 Was die **Modalitäten der Vernehmlassung** betrifft, so müssen die Kantone direkt und einzeln konsultiert werden, in der Praxis über ihre Exekutiven, auch wenn dies in Art. 45 Abs. 2 BV nicht ausdrücklich festgelegt ist. Das KHG schreibt diesen Regierungsweg nun ausdrücklich für Projekte vor, die in seinen Anwendungsbereich fallen, um von vornherein jeglichen Versuch des Bundes zu unterbinden, die Kantone über andere Organe (insbesondere parlamentarische oder interkantonale) oder Behörden (z. B. einfache Verwaltungsstellen) zu konsultieren. Es geht in erster Linie darum, alle Kantone einheitlich zu konsultieren und sicherzustellen, dass der Ansprechpartner des Bundes in allen Kantonen dasselbe Organ ist. Das bedeutet also nicht, dass die Stellungnahme der Kantonsregierungen nicht zusätzlich vom Kantonsparlament oder, wie es in einigen Kantonen der Fall sein kann, von der Bevölkerung bestätigt werden kann oder muss. Es ist Sache der kantonalen Legislative, zu bestimmen, wer im Kanton für die Abgabe von Stellungnahmen zuständig ist. vom kantonalen Parlament oder, wie es in einigen Kantonen der Fall sein kann, von der Bevölkerung bestätigt werden. Es ist Sache der kantonalen Legislative, zu bestimmen, wer im Kanton für die Abgabe von Stellungnahmen zuständig ist und welche Behörden gegebenenfalls an der Vernehmlassung teilnehmen.

41 Auf den ersten Blick erfüllt der Bund seine Konsultationspflicht, indem er die Stellungnahmen der Kantonsregierungen einholt, deren Interessen betroffen sind. Man könnte allenfalls argumentieren, dass er auch eine **Pflicht zur Antwort und zur Begründung** hat, wenn er davon abweicht, um zu zeigen, dass er seine Konsultationspflicht ernst genommen und eingehalten hat. Eine **Antwort** könnte dann als Zeichen des Respekts des Bundes angesehen werden (vgl. Art. 44 Abs. 2 BV) . Es ist jedoch anzumerken, dass ein Vorschlag, der den Bund verpflichten sollte, die Gründe anzugeben, die ihn dazu veranlasst haben, von einer Stellungnahme einer bedeutenden Anzahl von Kantonen abzuweichen, nach Abschluss des Vernehmlassungsverfahrens zum Entwurf der neuen Bundesverfassung nicht berücksichtigt wurde; eine historische Auslegung der Norm dürfte daher dazu führen, dass in diesem Punkt ein qualifiziertes Schweigen des Verfassungsgebers anzuerkennen ist. Davon abgesehen ist jedenfalls klar, dass der Bund gemäß Art. 45 Abs. 2 BV nicht verpflichtet ist, die Stellungnahmen der Kantone – d. h. sie zu konkretisieren oder umzusetzen – materiell zu berücksichtigen, selbst wenn sie einstimmig sind. Dies bedeutet natürlich nicht, dass er keiner verfassungsrechtlichen Verpflichtung unterliegt, die Interessen der Kantone

und die von ihnen in einer Vernehmlassung geäusserten Stellungnahmen zu berücksichtigen: Eine solche Verpflichtung kann im Zusammenhang mit bestimmten Projekten bestehen, bei denen der Bund aufgrund anderer Verfassungsnormen eine Koordinationspflicht hat (vgl. z. B. Art. 57 Abs. 2, 61a Abs. 2 und 75 Abs. 2 BV) oder bei denen ausdrücklich vorgesehen ist, dass die Stellungnahme der Kantone besonderes Gewicht hat (vgl. z. B. Art. 62 Abs. 6, 76 Abs. 6, 89 Abs. 5, 100 Abs. 2 und 110 Abs. 2 BV).

Die Kantone ihrerseits haben keine – zumindest rechtliche – Verpflichtung, ihre Stellungnahme abzugeben. Für sie handelt es sich höchstens um eine **Obliegenheit**, deren Nichterfüllung ihre Position im Falle einer gerichtlichen Anfechtung des Bundesvorhabens schwächen kann. Sie müssen insbesondere bedenken, dass ihre Beschwerdelegitimation gegen ein solches Vorhaben von ihrer Mitwirkung in der Ausarbeitungsphase abhängen kann. Ebenso ist nicht auszuschließen, dass die zuständige Behörde ihnen im Falle einer gerichtlichen Anfechtung eines Entwurfs das Recht verweigert, bestimmte Argumente oder Elemente geltend zu machen, die sie während der Konsultationsphase nicht für sinnvoll gehalten haben, mit der Begründung, dass ihre verspätete Geltendmachung gegen den allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 BV) oder der Treuepflicht gegenüber der Eidgenossenschaft (Art. 44 Abs. 2 BV; vgl. auch unten N. 46) widersprechen würde. 42

5. Justiziabilität

Was die Möglichkeit betrifft, sich bei einer Justizbehörde über einen Verstoss gegen Art. 45 Abs. 2 BV und insbesondere der Pflicht des Bundes, die von seinen Vorhaben möglicherweise betroffenen Kantone zu konsultieren, hat bisher noch zu **keiner Rechtsprechung** geführt. Sie wird auch in der Lehre kaum diskutiert, wobei diese zu Recht mit Ja antwortet, ohne jedoch näher darauf einzugehen. 43

Die Problematik erscheint **im Wesentlichen akademisch**. Art. 45 Abs. 2 BV wurde bereits weitgehend gesetzlich kodifiziert, was in der Praxis grundsätzlich eingehalten wird, und in den übrigen Fällen verfügt der Bund über einen erheblichen Ermessensspielraum hinsichtlich der Art und Weise seiner Anwendung. Schliesslich steht fest, dass eine Privatperson die Aufhebung eines Vorhabens oder einer Massnahme zu dessen konkreter Umsetzung nicht erreichen kann, indem sie vor Gericht geltend macht, dass 44

das betreffende Vorhaben unter Verletzung der Pflicht zur Konsultation der Kantone verabschiedet worden sei. Es ist ihr nämlich nicht möglich, sich auf die Verletzung eines Verfahrensrechts zu berufen, das ihr nicht zusteht und das ihre schutzwürdigen Interessen nicht beeinträchtigt. Was die Kantone betrifft, die somit die einzigen Geschädigten im Falle einer Nichteinhaltung von Art. 45 Abs. 2 BV sind, sind traditionell zurückhaltend, wenn es darum geht, Verfahren gegen den Bund einzuleiten.

45 Sollten sich jedoch eines Tages ein oder mehrere Kantone entschliessen, einen Bundesentwurf vor Gericht anzufechten, der ihrer Meinung nach unter Verletzung von Art. 45 Abs. 2 BV ausgearbeitet oder verabschiedet wurde würde ihr Vorgehen sicherlich eine Reihe von **heiklen rechtlichen Fragen** aufwerfen, insbesondere im Zusammenhang mit dem neuartigen und sehr besonderen Charakter eines solchen Rechtsstreits. Auch wenn es unmöglich erscheint, alle diese Fragen hier vorwegzunehmen und noch weniger, ihre Lösung durch die Richter mit Sicherheit vorherzusagen, kann man versuchen, einige Antwortansätze zu skizzieren, die je nach Art des betreffenden Entwurfs und der für seinen Erlass zuständigen Behörde variieren.

46 Grundsätzlich scheint der Weg zum Bundesgericht in Anwendung von Art. 189 Abs. 4 BV und 120 Abs. 1 lit. b BGG nicht von vornherein ausgeschlossen, wenn **ein Bundesgesetz oder eine Bundesverordnung** unter Verletzung der Konsultationspflicht der Kantone gemäss Art. 45 Abs. 2 BV verabschiedet worden wäre oder kurz vor der Verabschiedung stünde. Man könnte nämlich argumentieren, dass es sich um eine «öffentlich-rechtliche Streitigkeit» zwischen Bund und Kantonen handelt, die vom Bundesgericht als einzige Instanz gemäss der zweiten Bestimmung entschieden werden könnte. Das Bundesgericht müsste in einem solchen Fall jedoch zunächst klären, ob es auf Anträge auf (vollständige oder teilweise) Aufhebung des angefochtenen Erlasses gemäss Art. 189 Abs. 4 und Art. 190 BV eingehen kann oder nicht, was letztere Bestimmung im Falle von Bundesgesetzen, die die Richter anzuwenden und somit zu beachten haben, zu verhindern scheint. Im Vergleich dazu könnte die Aufhebung einer Verordnung des Bundesrats zumindest grundsätzlich in Betracht kommen. Die rechtlichen Hindernisse für eine solche Massnahme könnten noch zahlreich sein. Insbesondere wäre zu prüfen, ob den betroffenen Kantonen nicht vorgeworfen werden könnte, sich zu spät über eine Verletzung ihres Konsultationsrechts im Sinne von Art. 45 Abs. 2 BV zu beschweren, was einen Verstoss gegen die Regeln von Treu und

Glauben und der föderalen Achtung darstellen würde (vgl. Art. 5 Abs. 3 und Art. 44 Abs. 1 und 2 BV). Dies könnte der Fall sein, wenn sie bisher keine Schritte unternommen hätten, um in die Ausarbeitung eines Bundesprojekts einbezogen zu werden, das ihre Interessen betrifft und von dem sie wussten, dass es in Vorbereitung war. Es bleibt auch offen, ob das Bundesgericht die Verletzung von Art. 45 Abs. 2 BV durch die Einreichung der Klage als «geheilt» betrachten würde, wie es dies bereits weitgehend bei Beschwerden gegen Entscheidungen akzeptiert, die gegen das Grundrecht auf Anhörung im Sinne von Art. 29 Abs. 2 BV verstossen. Eine solche Lösung wäre unserer Meinung nach wahrscheinlich erforderlich, wenn sich – insbesondere angesichts der Antwort des Bundesrats auf die eingereichte Klage – herausstellen sollte, dass der Bund nach Anhörung der Argumente der in ihren Mitwirkungsrechten beeinträchtigten Kantone ohnehin denselben Erlass verabschieden würde und/oder dass eine Aufhebung der Verordnung schwerwiegende Probleme hinsichtlich der Rechtssicherheit mit sich bringen würde.

47 Der Weg der Klage vor dem Bundesgericht müsste nach derselben Logik grundsätzlich auch gegen **andere Vorhaben des Bundesrats oder sogar der Bundesversammlung** (Infrastrukturvorhaben, Sachplan usw.) offenstehen, die möglicherweise unter Verletzung von Art. 45 Abs. 2 BV. , wiederum in Anwendung von Art. 120 Abs. 1 lit. b BGG. In solchen Fällen ist davon auszugehen, dass das Bundesgericht selbst nach Feststellung einer Verletzung des Mitwirkungsrechts der Kantone den angefochtenen Erlass nur mit Vorsicht aufheben würde. Alles deutet darauf hin, dass es eine sorgfältige Abwägung der Interessen unter Berücksichtigung der Gesamtumstände und den politischen Charakter des Entscheidungsprozesses, der zu dem im Grunde angefochtenen Rechtsakt geführt hat, sorgfältig abwägen würde, wie es dies übrigens bereits bei Beschwerden gegen kantonale Gesetzgebungsakte tut, deren Verabschiedung mit Verfahrensfehlern behaftet ist, oder bei Volksabstimmungen, die nicht immer unter strikter Einhaltung der demokratischen Regeln gemäß Art. . Dabei würde es die Dringlichkeit des betreffenden Entwurfs, das Interesse des Kantons oder der Kantone, speziell dazu konsultiert zu werden, und den Einfluss berücksichtigen, den ihre Stellungnahme auf das Ergebnis oder die endgültigen Parameter gehabt haben könnte oder noch haben könnte, wobei zu berücksichtigen ist, dass die überwiegende Mehrheit der Entwürfe der Bundesversammlung und des Bundesrates ohnehin eine öffentliche Vernehmlassung im Sinne von Art. 147 BV unterzogen werden. Unter diesem Gesichtspunkt ist festzuhalten, dass

eine mögliche Klage vor dem Bundesgericht in den meisten Fällen keinen anderen praktischen Nutzen hätte – wenn auch nicht zu vernachlässigen auf der politischer Ebene – als das Erreichen einer Grundsatzentscheidung über die Tragweite von Art. 45 Abs. 2 BV.

48 Anders könnte sich die Situation darstellen, wenn **eine Behörde oder ein Departement** – also Verwaltungsbehörden des Bundes – es ablehnen oder unterlassen, einen oder mehrere Kantone im Zusammenhang mit einem von ihnen in Vorbereitung befindlichen oder bereits verabschiedeten Bundesprojekt zu konsultieren, wie beispielsweise Sachpläne oder spezielle Planfeststellungsverfahren (Eisenbahn, Elektrizität usw.). Zunächst einmal ist klar, dass die Kantone in einer solchen Situation grundsätzlich beim Bundesverwaltungsgericht – und anschliessend beim Bundesgericht – Beschwerde einlegen oder je nach Fall sogar direkt eine direkte Klage beim Bundesgericht einreichen könnten (vgl. Art. 120 Abs. 1 und 2 BGG), um eine mögliche Verletzung von Art. 45 Abs. 2 BV zu beanstanden. Sollte die zuständige Justizbehörde zu dem Schluss kommen, dass der oder die betroffenen Kantone tatsächlich das Recht auf besondere Anhörung im Sinne von Art. 45 Abs. 2 BV im Zusammenhang mit einem noch nicht verabschiedeten Entwurf, müsste sie die Departemente oder Bundesämter anweisen, sie über den Entwurf zu informieren oder sie sogar direkt in den laufenden Entwurf einzubeziehen, damit sie dazu Stellung nehmen können. Sollte das betreffende Departement oder Amt den strittigen Entwurf bereits selbst verabschiedet haben, wäre dessen Aufhebung zu verfügen, es sei denn, dem Kanton könnte vorgeworfen werden, zu spät gehandelt zu haben (vgl. oben N. 46) oder der Entwurf sei dringlich und diene einem wichtigen öffentlichen Interesse. Abgesehen von diesen beiden Fällen wird es in der Regel nicht möglich sein, auf eine Aufhebung des angefochtenen Bundesvorhabens zu verzichten, da eine frühzeitige Information und Konsultation der betroffenen Kantone ohnehin keinen Einfluss auf den Ausgang des Verfahrens gehabt hätte.

Über die Autoren

Eloi Jeannerat, Dr. iur., ist Gerichtsschreiber am Bundesgericht. Fanny Matthey, Dr. iur., ist wissenschaftliche Mitarbeiterin beim Bundesamt für Justiz.

Diese Veröffentlichung gibt nur die Meinung der Autorinnen und Autoren wieder und nicht die des Bundesgerichts oder des Bundesamtes für Justiz.

EMPFOHLENE WEITERFÜHRENDE LITERATUR

Egli Patricia, Kantone als Verfassungsorgane, in : Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (édit.), Verfassungsrecht der Schweiz – Droit constitutionnel suisse, Vol. III : Verfassungsorgane, Verfahren. Bereichsverfassungen, Zurich et al. 2020, p. 1677–1698.

Freiburghaus Rahel, Lobbyierende Kantone – Subnationale Interessenvertretung im Schweizer Föderalismus, Berne 2023, disponible sur http://doi.org/10.5771/9783748919483, consulté le 7.11.2025.

Rapport et propositions du groupe de travail commun Confédération-Cantons à l'attention du Dialogue confédéral du 16 mars 2012, La mise en œuvre du droit fédéral par les cantons, du 13.3.2013, disponible sur https://www.bj.admin.ch/dam/bj/fr/data/staat/foederalismus/bericht-antraege.pdf.download.pdf/bericht-antraege-f.pdf, consulté le 7.11.2025.

Tschannen Pierre, Die Bedeutung normativ substanzschwacher Verfassungssätze, RDS 143 (2024) I, p. 103–124.

Uhlmann Felix, Gutachten zuhanden der Konferenz der Kantonsregierungen (KDK) betreffend gerichtliche Überprüfung der föderalistischen Grundsätze in der Schweiz, 18.7.2016, disponible sur https://kdk.ch/fileadmin/files/Newsletter/Gutachten_GerichtlicheUEberpruefungFoederalerStreitigkeiten.pdf, consulté le 7.1.2025.

Willi Hans-Urs, Kollektive Mitwirkungsrechte von Gliedstaaten in der Schweiz und im Ausland, Geschichtlicher Werdegang, Rechtsvergleichung, Zukunftsperspektiven, eine institutsbezogene Studie, Berne 1988.

LITERATURVERZEICHNIS

Aubert Jean-François, Art. 45 Cst., in : Aubert Jean-François/Mahon Pascal (édit.), Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18.4.1999, Zurich et al., 2003.

Aubert Jean-François, Art. 147 Cst., in : Aubert Jean-François/Mahon Pascal (édit.), Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18.4.1999, Zurich et al. 2003.

Aubry Girardin, Art. 89 LTF, in : Aubry Girardin et al. (édit.), Commentaire de la LTF, 3e éd., Berne 2022.

Benoit Anne, Art. 147 Cst., in : Martenet Vincent/Dubey Jacques (édit.), Constitution fédérale – Commentaire romand, Bâle 2021.

Biaggini Giovanni, BV-Kommentar, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2e éd., Zurich 2017.

Bigler de Mooij Olivier, Art. 45 Cst., in : Martenet Vincent/Dubey Jacques (édit.), Constitution fédérale – Commentaire romand, Bâle 2021.

Egli Patricia, Art. 45 Cst., in : Ehrenzeller Bernhard et al. (édit.), Bundesverfassung – St. Galler Kommentar, 4e éd., Zurich 2023.

Egli Patricia, Kantone als Verfassunsorgane, in : Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (édit.), Verfassungsrecht der Schweiz – Droit constitutionnel suisse, Vol. III : Verfassunsorgane, Verfahren, Bereichsverfassungen, Zurich et. al. 2020, p. 1677–1698.

Freiburghaus Rahel, Lobbyierende Kantone – Subnationale Interessenvertretung im Schweizer Föderalismus, Berne 2023, disponible sur http://doi.org/10.5771/9783748919483, consulté le 7.11.2025.

Gonin Luc, Droit constitutionnel suisse, Zurich 2021.

Graf Martin, Die Standesinitiative – Instrument der Kantonsparlamente zur Mitwirkung im Bundesstaat ?, in : Bulletin d'information de la Société suisse pour les questions parlementaires, août 2001, no 2, 4e année, p. 12–16.

Häfelin Ulrich/Haller Walter/Keller Helen/Thurnherr Daniela, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 11e éd., Zurich et al. 2024.

Jeannerat Eloi/Bühlmann Lukas, Art. 13 LAT, in : Aemisegger Heinz/Moor Pierre/Ruch Alexander/Tschannen Pierre (édit.), Commentaire pratique LAT : Planification directrice et sectorielle, pesée des intérêts, Genève et al. 2019.

Lanz Matthias, Art. 67 BPR, in : Glaser Andreas/Braun Binder Nadja/Bisaz Corsin/Tornay Schaller Bénédicte (édit.), Onlinekommentar zum

Bundesgesetz über die politischen Rechte, version du 1.9.2023, disponible sur https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/bpr67, consulté le 7.11.2025.

Lüthi Ruth, Art. 44 LParl, in : Graf Martin/Caroni Andrea (édit.), Parlamentsrecht und Parlamentspraxis der Schweizerischen Bundesversammlung – Kommentar zum Parlamentsgesetz (ParlG), 2e éd., Bâle 2024.

Mazidi Simon, Art. 55 BV, in: Schlegel Stefan/Ammann Odile (édit.), Onlinekommentar zur Bundesverfassung, version du 14.5.2024, disponible sur https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/bv55, consulté le 7.11.2025.

Varuna Singh, Interview d'une attachée aux questions fédérales pour le canton de Genève, in : Forum – épisode du 19.9.2018, disponible sur https://www.rts.ch/audio-podcast/2018/audio/le-lobbyisme-exerce-par-les-cantons-interview-de-varuna-singh-25553589.html, consulté le 7.11.2025.

Reich Johannes, § 13 Mitwirkung der Kantone an der Willensbildung im Bund, in : Biaggini Giovanni et al. (édit.), Staatsrecht, 3e éd., Zurich et al., 2021, p. 168–173.

Rhinow René, Die Bundesverfassung 2000 – Eine Einführung, Bâle et al. 2000.

Rhinow René/Schefer Markus, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3e éd., Bâle 2016.

Tschannen Pierre, Die Bedeutung normativ substanzschwacher Verfassungssätze, RDS 143 (2024) I, p. 103–124.

Tschannen Pierre, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 5e éd., Berne 2021.

Uhlmann Felix, Gutachten zuhanden der Konferenz der Kantonsregierungen (KDK) betreffend gerichtliche Überprüfung der föderalistischen Grundsätze in der Schweiz, 18.7.2016, disponible sur https://kdk.ch/fileadmin/files/Newsletter/Gutachten_GerichtlicheUEberpruefungFoederalerStreitigkeiten.pdf, consulté le 7.1.2025.

Waldmann Bernhard, Art. 45 Cst., in : Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (édit.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, 2e éd., Bâle 2025.

Willi Hans-Urs, Kollektive Mitwirkungsrechte von Gliedstaaten in der Schweiz und im Ausland, Geschichtlicher Werdegang, Rechtsvergleichung, Zukunftsperspektiven, eine institutsbezogene Studie, Berne 1988.

MATERIALIENVERZEICHNIS

Annuaire statistique de la Suisse (extraits 1918-1980), disponible sur https://www.parlament.ch/centers/documents/_layouts/15/DocIdRedir.aspx?ID=DOCID-1-6860, consulté le 12.12.2025.

Explications de la Chancellerie fédérale relatives à la révision partielle de l'ordonnance sur la consultation (OCo), Version du 5.6.2015, disponible sur https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/40187.pdf, consulté le 7.11.2025.

Exposé des motifs du projet de Constitution du 16.6.1995, disponible sur https://www.bj.admin.ch/dam/bj/fr/data/staat/gesetzgebung/archiv/bundesverfassung/vn-ber.pdf.download.pdf/vn-ber-d.pdf, consulté le 7.11.2025.

Guide de législation de l'Office fédéral de la justice OFJ, Guide pour l'élaboration de la législation fédérale, 5e éd., 2025, disponible sur https://www.bj.admin.ch/dam/bj/fr/data/staat/legistik/hauptinstrumente/gesetzgebungsleitfaden.pdf.download.pdf/gesetzgebungsleitfaden-f.pdf, consulté le 13.1.2026.

Lexique du Parlement, Fiche d'information Initiative déposée par un canton, état au 15.6.2024, disponible sur https://www.parlament.ch/centers/documents/fr/Faktenblatt%20Standesinitiative-f.pdf, consulté le 7.11.2025.

Message du Conseil fédéral relatif à une nouvelle constitution fédérale du 20.11.1996, FF 1997 I 1 ss, disponible sur https://fedlex.data.admin.ch/eli/fga/1997/1_1_1_1, consulté le 7.11.2025.

Message du Conseil fédéral relatif à la loi fédérale sur la procédure de consultation du 21.1.2004, FF 2004 485 ss, disponible sur https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2004/127/fr, consulté le 7.11.2025.

Message du Conseil fédéral relatif à l'évolution future de la Politique agricole à partir de 2022 (PA22+) du 12.2. 2020, FF 2020 3851 ss, disponible sur https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2020/881/fr, consulté le 7.11.2025.

Message du Conseil fédéral concernant le plafond des dépenses pour les routes nationales sur la période 2024–2027, l'étape d'aménagement 2023 des routes nationales, le crédit d'engagement et la modification de l'arrêté fédéral sur le réseau des routes nationales du 22.2.2023, FF 2023 865 ss, disponible sur https://www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2023/865.pdf, consulté le 7.11.2025.

Message du Conseil fédéral concernant l'état d'avancement et la modification des programmes d'aménagement de l'infrastructure ferroviaire ainsi que la Perspective Rail 2050 du 16.8.2023, FF 2023 2061 ss, disponible sur https://www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2023/2061.pdf, consulté le 7.11.2025.

Rapport de la Commission des institutions politiques du Conseil des États (CIP-CE), Initiative parlementaire. Procédure relative aux initiatives des cantons, du 4.5.1993, FF 1993 III 325 ss, disponible sur https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1993/3__325_/fr, consulté le 7.11.2025.

Rapport et propositions du groupe de travail commun Confédération-Cantons à l'attention du Dialogue confédéral du 16 mars 2012, La mise en œuvre du droit fédéral par les cantons, du 13.3.2013, disponible sur https://www.bj.admin.ch/dam/bj/fr/data/staat/foederalismus/bericht-antraege.pdf.download.pdf/bericht-antraege-f.pdf, consulté le 7.11.2025.

Rapport de la Commission des institutions politiques du Conseil national (CIP-CN), Initiatives parlementaires. Améliorer la capacité d'action du Parlement en situation de crise / Utilisation des compétences en matière de droit de nécessité et contrôle du droit de nécessité édicté par le Conseil fédéral en temps de crise, du 27.1.2022, FF 2022 301 ss, disponible sur https://www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2022/301.pdf, consulté le 7.11.2025.

Rapport de la Commission des institutions politiques du Conseil national (CIP-CN) sur l'initiative parlementaire 23.425, Garantir la transparence du lobbying des cantons, du 6.9. 2024, disponible sur https://www.parlament.ch/centers/kb/Documents/2023/Rapport_de_la_commission_CIP-N_23.425_2024-09-06.pdf, consulté le 7.11.2025.

Résultats de la procédure de consultation, Réforme de la Constitution fédérale, du 31.5.1996, disponible sur https://www.bj.admin.ch/dam/bj/fr/data/staat/gesetzgebung/archiv/bundesverfassung/ve-ber.pdf.download.pdf/ve-ber-f.pdf, consulté le 7.11.2025.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 51 BV

Eine Kommentierung von Renata Trajkova

ZITIERVORSCHLAG

Renata Trajkova, Kommentierung zu Art. 51 BV, in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (Hrsg.), Onlinekommentar zur Bundesverfassung

Kurzzitat: OK-Trajkova, Art. 51 BV N. XXX.

4. Abschnitt: Bundesgarantien

Art. 51 Kantonsverfassungen

[1] Jeder Kanton gibt sich eine demokratische Verfassung. Diese bedarf der Zustimmung des Volkes und muss revidiert werden können, wenn die Mehrheit der Stimmberechtigten es verlangt.

[2] Die Kantonsverfassungen bedürfen der Gewährleistung des Bundes. Der Bund gewährleistet sie, wenn sie dem Bundesrecht nicht widersprechen.

GLIEDERUNG

I. Entstehungsgeschichte 897
II. Begriffliche und systematische Einordnung 898
III. Funktion 899
IV. Kommentar i. e. S. 901
A. Anforderungen an die Kantonsverfassungen (Art. 51 Abs. 1 BV) 901
1. Überblick 901
2. Vorgaben im Einzelnen 901
a. Geschriebene Verfassung im formellen Sinn 901
b. Demokratische Verfassung 903
c. Zustimmung des Volkes 905
d. Verfassungsinitiative 905
e. Vereinbarkeit mit Bundesrecht 906
B. Gewährleistung der Kantonsverfassungen (Art. 51 Abs. 2 BV) 909
1. Verfahren 909
2. Rechtliche Wirkung des Gewährleistungsbeschlusses 911
3. Prozessuale Tragweite des Gewährleistungsbeschlusses 913
Weitere empfohlene Lektüre 916
Literaturverzeichnis 917

I. ENTSTEHUNGSGESCHICHTE

Die Idee einer Verfassungsgewährleistung lässt sich bis zur Helvetik zurückverfolgen.[3964] Nach § 1 des Bundesvertrages von 1815[3965] hatten sich zu Beginn die Kantone noch gegenseitig ihre Verfassungen garantiert. Vor dem Hintergrund der revolutionären Ereignisse in den 1830er und 1840er Jahren erwies sich dieses kantonale Gewährleistungssystem als nicht stabil genug.[3966] Mit der **Gründung des Bundesstaats 1848** übernahm der Bund daher die Rolle des entsprechenden Garanten.[3967] 1

Art. 6 BV 1848[3968] verpflichtete die Kantone in Abs. 1, für ihre Verfassungen die Gewährleistung des Bundes nachzusuchen. Diese Gewährleistung übernahm der Bund gestützt auf Art. 6 Abs. 2 BV 1848, sofern die Kantonsverfassungen nichts den Vorschriften der Bundesverfassung Zuwiderlaufendes enthielten (lit. a), die Ausübung der politischen Rechte nach republikanischen (repräsentativen oder demokratischen) Formen sicherten (lit. b) und sie vom Volk angenommen worden waren und revidiert werden konnten, wenn die absolute Mehrheit der Bürger es verlangte (lit. c). Als Inspiration für diese Regelung diente das US-amerikanische Pendant zur Bundesgarantie in Art. IV, Section 4 der US-amerikanischen Verfassung.[3969] 2

Seit ihrer Entstehung hat die schweizerische Bundesgarantie **keine wesentlichen materiellen Änderungen** erfahren.[3970] Auch die Nachführung der BV änderte nichts an dieser Situation.[3971] Im Unterschied zur 3

3964 Töndury, S. 345.

3965 Bundesvertrag zwischen den XXII Cantonen der Schweiz vom 7. August 1815.

3966 Ausführlich und m. w. N. BSK-Belser/Massüger, Art. 51 BV N. 3 ff.; Töndury, S. 345; CR-Martenet, Art. 51 BV N. 8.

3967 Art. 6 BV 1848; vgl. auch Art. 6 BV 1874; vgl. Tschannen, § 18 N. 661. Zum Paradox, dass der Begriff «Staat» trotz der Gewährleistung nicht mit dem Bund, sondern mit den Kantonen assoziiert wird, eingehend Auer, Les constitutions cantonales, S. 15 ff.

3968 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 12.9.1848 (BBl 1849 I 3 ff.).

3969 BSK-Belser/Massüger, Art. 51 BV N. 4.

3970 Ausführlich dazu BSK-Belser/Massüger, Art. 51 BV N. 6; vgl. Art. 6 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874 (AS 1875 1).

3971 Seit 1999: Art. 51 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18.4.1999 (AS 1999 2556). Art. 38 VE-BV 1995 hatte den gleichen Wortlaut wie Art. 51 BV und gab im Gesetzgebungsverfahren keinen Anlass zu Diskussionen, vgl. AB N 1998 258 und AB S 1998 66.

Ursprungsfassung wurde mit der Totalrevision von 1999 der Inhalt von Art. 6 BV 1848 (und die gleichlautende Bestimmung Art. 6 BV 1874) in zwei Absätzen zusammengefasst, die Reihenfolge der Anforderungen geändert und die Annahme, dass die Kantone über eine Verfassung «verfügen», in eine Aufforderung umformuliert, sich «eine solche zu geben». Dabei handelt es sich aber nur um formelle Kosmetik.[3972]

II. BEGRIFFLICHE UND SYSTEMATISCHE EINORDNUNG

4 Die Gewährleistung der Kantonsverfassungen durch den Bund gehört zu den sog. **Bundesgarantien,** die im vierten Abschnitt der Bundesverfassung respektive in Art. 51–53 BV verankert sind.[3973] Fragt man eine künstliche Intelligenz oder gibt man in einer Suchmaschine den Begriff «Bundesgarantie» ein, wird regelmässig auf finanzielle Sicherheiten des Bundes referenziert, wie sie jüngst bei der CS-Übernahme zum Einsatz kamen.[3974] Unter «Bundesgarantien» versteht die Verfassung aber keine finanziellen Sicherheiten. Der Bund leistet vielmehr eine Garantie, die sich auf die bundesstaatliche Struktur und Rechtsstellung der Kantone bezieht.[3975] Gemeint ist das Versprechen, für die Erhaltung der essenziellen Werte einzustehen, die die Eidgenossenschaft zum Bundestaat werden lassen, ohne bei den Kantonen einen Abschlag von ihrer eigenen Staatlichkeit zu machen.[3976] Eine finanzielle Sicherstellung gehört aber nicht dazu.

5 Die Bundesgarantien von Art. 51–53 BV sind gewissermassen ein Ausdruck des gegenseitigen Beistands, der die Eidgenossenschaft seit ihrer Gründung charakterisiert.[3977] Neben Art. 51 BV haben die übrigen beiden

3972 Botschaft BV, S. 217 f.; BSK-Belser/Massüger, Art. 51 BV N. 6; vgl. SGK-Egli/Ruch, Art. 51 BV N. 3 ff.

3973 So explizit die Marginalien: «3. Titel: Bund, Kantone und Gemeinden, 1. Kapitel: Verhältnis von Bund und Kantonen, 4. Abschnitt: Bundesgarantien».

3974 Z. B. Bundesrat, Medienmitteilung vom 9.6.2023, https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-95616.html, besucht am 19.7.2024. Vgl. die Antwort von ChatGPT, einem KI-Modell von OpenAI, vom 19.7.2024: «Eine Bundesgarantie in der Schweiz bezieht sich häufig auf Garantien, die vom Bund für bestimmte Aktivitäten oder Projekte gewährt werden. Sie dient dazu, die finanzielle Sicherheit oder Durchführung eines Vorhabens zu gewährleisten, indem der Bund einspringt, sollte das unterstützte Vorhaben bestimmte Verpflichtungen nicht erfüllen können.»

3975 Vgl. Tschannen, § 18 N. 661.

3976 Vgl. sogleich die Ausführungen unter N. 7 ff.

3977 CR-Martenet, Art. 51 BV N. 10.

Bundesgarantien den Schutz der verfassungsmässigen Ordnung der Kantone (Art. 52) und die Bestandes- sowie Gebietsgarantie der Kantone (Art. 53 BV) zum Inhalt. Systematisch betrachtet befinden sich die Gewährleistung der Kantonsverfassungen in Art. 51 BV, der Schutz der verfassungsmässigen Ordnung der Kantone in Art. 52 BV und die Bestandes- sowie Gebietsgarantie in Art. 53 BV im Kapitel über das **Verhältnis von Bund und Kantonen**.[3978]

Mit der besonderen Formulierung «jeder Kanton gibt sich…; chaque canton se dote…; ogni cantone si dà…» wird in Art. 51 Abs. 1 BV bekräftigt, dass der Erlass und die Revision der Kantonsverfassungen in die **alleinige Zuständigkeit des jeweiligen Kantons** fallen.[3979] 6

Die Begriffe «garantieren», «sicherstellen» und «gewährleisten» – und ihre Substantivierungen – werden dabei als Synonyme verwendet.[3980] Genauer betrachtet gleicht das Verfahren eher einer **Genehmigung** als einer Gewährleistung. Dass die Verfassung von «Gewährleistung» spricht, ist ein historisches Relikt.[3981] Der Ausdruck bringt aber gleichzeitig zur Geltung, dass eine Garantenstellung begründet werden soll,[3982] die über eine rein präventive Aufsicht hinausgeht.[3983] 7

III. FUNKTION

Art. 51 BV enthält grundsätzlich **drei Hauptforderungen**: Er verpflichtet die Kantone, geschriebene Verfassungen im formellen Sinn zu erlassen, die bestimmten Anforderungen genügen müssen und dem Bund zur Genehmigung unterbreitet werden.[3984] 8

Zur Beantwortung der Frage der Funktion der bundesstaatlichen Gewährleistung der Kantonsverfassungen können unterschiedliche Perspektiven eingenommen werden. Aus **Sicht des Bundes** will das Gewährleistungsverfahren entsprechend der nach wie vor herrschenden 9

3978 Zur Gliederung der Vorgängerbestimmungen, vgl. SGK-Egli/Ruch, Art. 51 BV N. 5.
3979 Auer, Staatsrecht der Kantone, N. 568.
3980 Vgl. Biaggini, Vorb. zu Art. 51–53 BV N. 2.
3981 Vgl. Tschannen, § 18 N. 669.
3982 Reich, § 15 N. 4.
3983 Zur Gewährleistung als Aufsichtsmittel, vgl. SGK-Egli/Ruch, Art. 51 BV N. 28.
3984 Etwas irreführend ist die Übersicht bei Tschannen, § 18 N. 666, da mit der gleichgesetzten Auflistung suggeriert wird, dass diese drei Hauptforderungen Gültigkeitsvoraussetzungen sind.

«Homogenitäts- oder Konvergenztheorie» sicherstellen, dass die Strukturen der Kantone gewisse bundesstaatlich vorgegebene gemeinsame Grundparameter aufweisen.[3985] Historisch lässt sich diese Funktion damit belegen, dass die kantonalen Gewährleistungen der Kantonsverfassungen durch ein einheitliches Bundessystem ersetzt wurden. Ein solches bietet sich nur an, wenn der Bund gemeinsame Nenner untersuchen kann. Dabei geht es aber primär darum, wenige Mindestanforderungen festzulegen, grösstmögliche Freiheit bei der Staatsorganisation einzuräumen und Bundesgarantien vorzusehen, die im Dienste dieser Freiheit stehen.[3986] Auch rechtsvergleichend zeigt sich, dass Mindestanforderungen an Verfassungen von Gliedstaaten ein etabliertes Instrument sind, um eine gewisse strukturelle Einheitlichkeit zu bewirken.[3987] Während der Massstab der Prüfung, d.h. die Vereinbarkeit mit Bundesrecht, für alle Kantone derselbe ist, bleibt den Kantonen in der konkreten Umsetzung dieser Anforderungen in ihren Kantonsverfassungen eine grosse Freiheit. Im Ergebnis ist dies eine Angleichung der Regelungen bei nur bescheidenem Autonomieverlust, was ein schönes Beispiel für einen hierzulande typischen föderalistischen Kompromiss darstellt.

10 Mit Art. 51 Abs. 1 BV wird gleichsam die «Verfassungsstaatlichkeit» der Kantone als souveräne Gliedstaaten zum Ausdruck gebracht.[3988] Aus **Sicht der Kantone** bedeutet die Gewährleistung daher einerseits ein Bekenntnis zum Bundesstaat. Der Preis dafür liegt im Rechtschutz der einzelnen Rechtssuchenden, weil Bestimmungen der Kantonsverfassungen nach der Gewährleistung nicht mehr angefochten werden können (vgl. dazu N. 38 ff.). Anderseits handelt es sich um eine echte Bundesgarantie, mit der den Kantonen insbesondere die Vereinbarkeit ihrer Kantonsverfassungen mit Bundesrecht attestiert wird. Die Gewährleistung der Kantonsverfassungen und die damit verbundene Prüfung des Bundesrechts bildet so das Fundament für die verfassungsmässige Ordnung der Kantone.[3989]

3985 Tschannen, § 18 N. 668; SGK-Egli/Ruch, Art. 51 BV N 1, 6, 8; CR-Martenet, Art. 51 BV N. 1, 8; BSK-Belser/Massüger, Art. 51 BV N. 1 f.; Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, N. 1010; anders Biaggini, Art. 51 BV N. 2, vgl. auch aber Seferovic, N. 62 und Töndury, S. 43 ff., die aufzeigen, dass sich die Funktionen von Homogenitätsklauseln je nach historischem Kontext ändern können (historisch betrachtet eine «dynamische Homogenisierungsklausel», vgl. S. 345).

3986 Biaggini, Art. 51 BV N. 2.

3987 Vgl. SGK-Egli/Ruch, Art. 51 BV N 1; CR-Martenet, Art. 51 BV N. 7.

3988 Botschaft Totalrevision BV, S. 218, basierend auf Eichenberger, Hauptfunktionen, S. 155 ff.; vgl. SGK-Egli/Ruch, Art. 51 BV N. 7.

IV. KOMMENTAR I. E. S.

A. Anforderungen an die Kantonsverfassungen (Art. 51 Abs. 1 BV)

1. Überblick

Art. 51 Abs. 1 BV enthält **zwei der drei Hauptanforderungen** an die Kantone, nämlich, dass sie über geschriebene Kantonsverfassungen im formellen Sinn verfügen und diese bestimmten inhaltlichen Anforderungen der Bundesverfassung genügen.[3990] Der Verfassungswortlaut ist hier unpräzis, wenn einzig die Rede davon ist, dass sich jeder Kanton eine demokratische Verfassung gibt (Art. 51 Abs. 1 Satz 1 BV), diese Verfassung der Zustimmung des Volkes bedarf und revidiert werden können muss, wenn die Mehrheit der Stimmberechtigten es verlangt (Art. 51 Abs. 1 Satz 2 BV). Neben der demokratischen Verfassung, der Zustimmung des Volkes und der Revidierbarkeit müssen die kantonalen Verfassungen auch mit dem Bundesrecht vereinbar sein. Diese Anforderung ergibt sich erst aus dem Zusammenspiel mit Art. 51 Abs. 2 Satz 2 BV, nach welchem der Bund die Kantonsverfassung gewährleistet, wenn sie dem Bundesrecht nicht widerspricht (dritte Hauptanforderung). Ebenfalls nicht explizit angesprochen – aber unumstritten – ist die Voraussetzung, dass es sich um eine geschriebene Verfassung handeln muss (dazu N. 12). 11

2. Vorgaben im Einzelnen

a. Geschriebene Verfassung im formellen Sinn

Nicht ausdrücklich vorgeschrieben ist bemerkenswerterweise gerade die Schriftlichkeit selbst: Gleichwohl wird vorausgesetzt, dass die Kantone eine geschriebene Verfassung haben müssen.[3991] Die **Schriftlichkeit** ergibt sich 12

3989 Biaggini, Art. 51 BV N. 21 f.; Töndury, S. 328; CR-Martenet, Art. 51 BV N. 17, 20; SGK-Egli/Ruch, Art. 51 BV N. 10; anders Auer, Staatsrecht der Kantone, N. 574, der darauf hinweist, dass der Begriff der «verfassungsmässigen Ordnung» nicht auf den Inhalt der gewährleisteten Kantonsverfassungen beschränkt werden darf.

3990 Tschannen, § 18 N. 666; CR-Martenet, Art. 51 BV N. 12 ff. und Biaggini, Art. 51 BV N. 11 unterscheiden zwischen formellen und materiellen Voraussetzungen; noch differenzierter Auer, Staatsrecht der Kantone, N. 567.

3991 Statt aller CR-Martenet, Art. 51 BV N. 12; BSK-Belser/Massüger, Art. 51 BV N. 15; SGK-Egli/Ruch, Art. 51 BV N. 12.

schon aus dem Umstand, dass die Kantone verpflichtet sind, einen Antrag für die Gewährleistung ihrer Kantonsverfassung beim Bund zu stellen.[3992] Historisch betrachtet ist dies eine Selbstverständlichkeit; rechtsvergleichend aber keineswegs eine Notwendigkeit: So anerkennen zum Beispiel Kanada oder das Vereinigte Königreich ungeschriebene Verfassungen ihrer Landesteile.[3993]

13 Dabei wird davon ausgegangen, dass es sich um *eine* einheitliche Verfassungsurkunde handelt, die eine erhöhte Geltungskraft besitzt und nur in einem qualifizierten Verfahren geändert werden kann.[3994] Die Verfassungsqualität impliziert daher, dass der Erlass in einem besonderen Rechtssetzungsverfahren verabschiedet worden ist, weshalb er sonstigem kantonalen Recht vorgeht. Das Bundesgericht geht davon aus, dass Art. 51 BV diesen Vorrang «stillschweigend» voraussetzt.[3995] Im Schrifttum wird diese Vorgabe jedoch angezweifelt: So könne die formelle Natur einer Verfassung nur von ihr selbst vorgesehen und nicht von Bundesrechts wegen vorgegeben werden.[3996] Es liege in der Kompetenz der Kantone, zu entscheiden, was **Verfassungsrang** aufweist.[3997] Bei Kantonen, die das obligatorische Gesetzesreferendum kennen, wird die Abgrenzung tatsächlich schwieriger sein.[3998] Wenn nämlich keine zusätzlichen Anforderungen an das Verfahren gestellt werden, besteht in formeller Sicht keine Überlegenheit der Kantonsverfassung gegenüber «gewöhnlichen» Gesetzesrecht. Martenet hebt aus diesem Grund die Bedeutung der Gewährleistung des Bundes hervor, wodurch die Kantonsverfassung eine bewusste Sonderstellung einnehme.[3999] Da alle Kantone von sich aus für ihre Verfassungen ein qualifiziertes Verfahren vorsehen, ist die praktische Bedeutung dieser Frage gering.[4000] Bedeutungslos

---

3992 Vgl. Auer, Staatsrecht der Kantone, N. 569.

3993 Burgess/Tal, S. 17 ff., die Fallstudien in den USA, Deutschland, Österreich, Bosnien, Schweiz, Belgien, das Vereinigte Königreich, Spanien und Italien vorgenommen haben und die Vielfalt der gliedstaatlichen Verfassungen darstellen. Weitere rechtsvergleichende Hinweise bei SGK-Egli/Ruch, Art. 51 BV N. 37 ff.

3994 Explizit nur Biaggini, Art. 51 BV N. 4, 6.

3995 BGE 143 I 272 E. 2.2.1.

3996 Auer, Staatsrecht der Kantone, N. 569; BSK-Belser/Massüger, Art. 51 BV N. 16; nach Biaggini, Art. 51 BV N. 8, ist es zumindest nicht zwingend, dass die Kantonsverfassung in einem erschwerten Verfahren geschaffen wird.

3997 BSK-Belser/Massüger, Art. 51 BV N. 16; SGK-Egli/Ruch, Art. 51 BV N. 12.

3998 Vgl. SGK-Egli/Ruch, Art. 51 BV N. 12, die zurecht darauf hinweisen, dass dies nur ein theoretisches Problem ist.

3999 CR-Martenet, Art. 51 BV N. 14.

ist die Diskussion darüber aber nicht, weil m. E. erst durch die Definition des Gegenstands «Kantonsverfassung» nach Art. 51 BV eine innerkantonale Normenhierarchie, wie sie alle Kantone kennen, für den Bund rechtlich bindend wird. Für den Bund wäre es ohne diese Vorgabe unerheblich, ob die Kantone eine Verfassung und – darauf gestützt – eine innerkantonale Normenhierarchie vorsehen. Auch historisch betrachtet ist klar, dass der in Art. 51 BV gemeinte Prüfgegenstand ein schriftlicher, schwer revidierbarer Erlass ist, dem unabhängig von seinem Inhalt in seinem Herkunftskanton eine erhöhte Stellung beigemessen wird. Der Umstand, dass die Kantone diese Vorgaben auch ohne ausdrückliche Aufforderung umgesetzt haben, verdeutlicht deren Selbstverständlichkeit aus kantonaler Sicht.

Eng mit der Frage der Qualität der Kantonsverfassung verbunden ist die Frage des verfassungsgebenden Organs: **Verfassungsgeberin** ist, vom Fall der Volksinitiative abgesehen, einerseits die kantonale Legislative, die je nach Kanton als «Kantonsrat» oder «Grosser Rat» bezeichnet wird. Zwei Kantone (Appenzell Innerrhoden und Glarus) kennen auch die sog. Landsgemeinde.[4001] Aufgrund der Organisationsautonomie können die politischen Strukturen und Verfahren von Kanton zu Kanton erhebliche Unterschiede aufweisen.[4002] Gemeinsam ist den Kantonen, dass für die Verfassungsgebung die Zustimmung der Stimmbürgerschaft benötigt wird (vgl. dazu N. 17 ff.), sodass die Stimmbevölkerung ebenfalls als Verfassungsgeberin agiert. In den Präambeln wird in diesem Sinne auch auf die Stimmberechtigten («das Volk») verwiesen.[4003] 14

b. Demokratische Verfassung

Die zu prüfende Kantonsverfassung muss demokratisch sein. Eine demokratische Verfassung ergibt sich aus zwei kumulativen Voraussetzungen: [4004] Demokratisch ist eine Kantonsverfassung erstens dann, wenn sie den **Grundsatz der Gewaltenteilung** respektiert.[4005] Konkret müssen die 15

4000 Vgl. BSK-Belser/Massüger, Art. 51 BV N. 17.

4001 Die Landsgemeinde ist eine Volksversammlung, die jährlich tagt und alle Stimmberechtigten zusammenbringt, wobei per Handzeichen abgestimmt wird, zu den Vor- und Nachteilen, vgl. z. B. CR-Martenet, Art. 51 BV N. 26.

4002 Tschannen, § 18 N. 670. Auch der Einsatz eines eigenen Organs für eine Totalrevision kommt vor, vgl. der Einsatz des sog. Verfassungsrates bei der Totalrevision im Kanton Zürich im Jahr 2005.

4003 Vgl. z. B. die Präambel der Verfassung des Kantons Zürich vom 27.2.2005 (KV; LS 101).

Kantone daher Parlaments-, Regierungs- und Gerichtsorgane aufweisen, die personell und organisatorisch voneinander unabhängig sind. Ein absolut monarchistisches oder aristokratisches Regime wird damit ausgeschlossen.[4006] Bei der konkreten Ausgestaltung verfügen die Kantone über eine grosse Organisationsautonomie – die Kantone haben sich aber bislang alle für ein Kollegialsystem entschieden.[4007] Auch eine rein repräsentative Verfassung wäre theoretisch zulässig,[4008] wobei die Kantone heute alle direktdemokratische Instrumente kennen.[4009]

16 Die **Legislative** (je nach Kanton Kantonsrat/Grosser Rat) muss zweitens im Rahmen einer **direkten Volkswahl** gewählt werden.[4010] Bei der Landsgemeinde erübrigt sich diese Voraussetzung, da dort die Stimmberechtigten selbst handeln bzw. sich selbst vertreten. Beim Wahlsystem für den Kantonsrat/Grossen Rat sind die Kantone frei.[4011] Die Kantone müssen «lediglich» eine allgemeine, gleiche, freie und geheime Wahl sicherstellen.[4012]

4004 Auer, Staatsrecht der Kantone, N. 583, subsumiert unter «demokratische Verfassung» auch die anderen beiden explizit genannten Voraussetzungen des obligatorischen Verfassungsreferendums und der Verfassungsinitiative, was etwas irritiert, da der Wortlaut diese als einzelne Voraussetzungen nennt.

4005 Tschannen, § 18 N. 672; Biaggini, Art. 51 BV N. 12; SGK-Egli/Ruch, Art. 51 BV N. 20; BGE 140 I 394 E. 8.1; kritisch Auer, Staatsrecht der Kantone, N. 586; Aubert, Comm., Art. 51 N. 7.

4006 CR-Martenet, Art. 51 BV N. 23; BSK-Belser/Massüger, Art. 51 BV N. 22. Eine konstitutionelle Monarchie, die Aspekte der Gewaltenteilung berücksichtigt, ist hingegen denkbar.

4007 CR-Martenet, Art. 51 BV N. 24.

4008 BGE 100 1a 263 E. 4b/aa; SGK-Egli/Ruch, Art. 51 BV N. 15. Das ist nicht mit einem rein repräsentativen demokratischen System zu verwechseln: Die Kantone sind verpflichtet, die Volksinitiative und das Volksreferendum zu institutionalisieren, vgl. dazu CR-Martenet, Art. 51 BV N. 33.

4009 CR-Martenet, Art. 51 BV N. 22; Biaggini, Art. 51 BV N. 16; Tschannen, § 18 N. 673. Es bestehen heute nur Mischformen, vgl. dazu Auer, Staatsrecht der Kantone, N. 584 und SGK-Egli/Ruch, Art. 51 BV N. 15.

4010 BGE 140 I 394 E. 8.1; CR-Martenet, Art. 51 BV N. 32; Auer, Staatsrecht der Kantone, N. 584; Tschannen, § 18 N. 672; BSK-Belser/Massüger, Art. 51 BV N. 24.

4011 BGE 140 I 394 E. 8.1. Eine andere, viel diskutierte, Frage ist, ob die Wahl der Kantonsparlamente nach dem Majorzprinzip demokratisch sind, eine gute Zusammenfassung der Debatte bei Auer, Staatsrecht der Kantone, N. 585.

4012 CR-Martenet, Art. 51 BV N. 27; Auer, Staatsrecht der Kantone, N. 584; BSK-Belser/Massüger, Art. 51 BV N. 28, 35.

c. Zustimmung des Volkes

Die Kantonsverfassung bedarf der Zustimmung des Volkes, so heisst es ausdrücklich in Art. 51 Abs. 1 Satz 2 BV. Damit sind die Kantone verpflichtet, ein **obligatorisches Verfassungsreferendum** einzuführen.[4013] 17

Umstritten ist, ob sich diese Pflicht sowohl auf eine **Total- als auch auf eine Teilrevision**, also auf die Revision der ganzen Kantonsverfassung oder nur auf einzelne Bestimmungen, bezieht.[4014] Historisch betrachtet war das Verfassungsreferendum nur für eine Totalrevision erforderlich.[4015] Da alle Kantone ein obligatorisches Referendum für Verfassungsänderungen kennen, [4016] hat die Diskussion keine praktische Tragweite. Es darf aber als eidgenössische Errungenschaft betrachtet werden, dass erfolgreiche kantonale Verfassungsteilrevisionen stets des Zuspruchs des Volkes bedürfen. 18

Die Antwort auf die Frage, wer das «Volk» ist, hat zwar auch zu Diskussionen geführt, lässt sich heute aber klar historisch belegen: Zustimmen muss die **Mehrheit der gültig Stimmenden unter Abrechnung der leeren Stimmen**.[4017] 19

d. Verfassungsinitiative

Darüber hinaus wird von Bundesrechts wegen vorgegeben, dass eine Verfassungsrevision **jederzeit** möglich sein muss, wenn die «Mehrheit der Stimmberechtigten es verlangt». Die Kantone müssen mit anderen Worten eine Verfassungsinitiative einführen.[4018] Aus dem Wort «jederzeit» wird ein Verbot für die Statuierung von Sperrfristen, autonomen materiellen 20

4013 Statt vieler SGK-Egli/Ruch, Art. 51 BV N. 21. Wobei Biaggini, Art. 51 BV N. 13, zutreffend darauf hinweist, dass die Aussage etwas ungenau ist, da auch eine Landsgemeinde den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügen dürfte.

4014 Tschannen, § 18 N. 677; Auer, Staatsrecht der Kantone, N. 587; BSK-Belser/Massüger, Art. 51 BV N. 38, 41; Schaub, N. 16.

4015 CR-Martenet, Art. 51 BV N. 36. Über die Möglichkeiten und Grenzen der Totalrevision einer Kantonsverfassung ausführlich, Eichenberger, Totalrevision, S. 1 ff.

4016 Art. 32 KV/ZH; Art. 61 KV/BE; § 23 KV/LU; Art. 24 lit. a KV/UR; § 34 Abs. 1 lit. a KV/SZ; Art. 58 lit. a KV/OW; Art. 52 KV/NW; § 79 Abs. 3 KV/ZG; Art. 51 KV/FR; Art. 35 Abs. 1 lit. a KV/SO; § 51 KV/BS; § 30 KV/BL; Art. 32 lit. a KV/SH; Art. 60 Abs. 1 lit. a KV/AR; Art. 48 lit. a KV/SG; Art. 16 Abs. 1 Ziff. 1 KV/GR; § 122 i.V.m. 125 KV/AG; § 23 i.V.m. § 94 KV/TG; Art. 82 KV/TI; Art. 83 Abs. 1 lit. a KV/VD; Art. 105 KV/VS; Art. 104 KV/NE; Art. 65 KV/GE; Art. 77 KV/JU. Im Kanton AI und GL entscheidet die Landsgemeinde.

4017 Tschannen, § 18 N. 675; CR-Martenet, Art. 51 BV N. 41; Auer, Staatsrecht der Kantone, N. 587.

Schranken und Ewigkeitsklauseln abgeleitet.[4019] Dieses Verbot erstreckt sich sowohl auf Total- als auch auf Teilrevisionen.[4020]

21 Die Verfassungsinitiative kann sich zudem auf **beliebige Verfassungsinhalte** beziehen.[4021] Eine Aussondierung von verfassungsunwürdigen Inhalten ist mit dem schweizerischen Verständnis der Volksrechte nicht vereinbar.[4022]

e. Vereinbarkeit mit Bundesrecht

22 Die aus heutiger Sicht praktisch bedeutsamste Gewährleistungsvoraussetzung ist die Vereinbarkeit der Kantonsverfassung mit dem Bundesrecht.[4023] Als Bundesrecht gilt auch das gesamte für die Schweiz verbindliche Völkerrecht.[4024] Neben Bundesgesetzen, -verordnungen und dem für die Schweiz massgeblichen Völkerrecht, gehören auch sämtliche rechtsstaatlichen Grundsätze inkl. der höchstrichterlichen Praxis dazu.[4025] Das ist ein **breites Spektrum**, das von Grundrechten, Sozialzielen und Zuständigkeiten bis hin zu Regelungen zum Verhältnis Bund–Kantone reicht.[4026]

23 Der Anwendungsbereich des in Art. 51 Abs. 2 BV bezeichneten Bundesrechts erinnert an die Umschreibungen zu Art. 95 lit. a und lit. b BGG, der die zulässigen Beschwerdegründe «Bundesrecht» und «Völkerrecht» vor dem Bundesgericht statuiert.[4027] Auch wenn die Anwendungsbereiche fast

---

4018 Was sie auch getan haben: Art. 23 lit. a KV/ZH; Art. 58 Abs. 1 lit. a KV/BE; § 20 KV/LU; Art. 27 Abs. 1, Art. 120 und Art. 121 Abs. 1 KV/UR; § 28 lit. a KV/SZ; Art. 61 Abs. 1 lit. a KV/OW; Art 54, 92 und 93 KV/NW; Art. 138, 139 und 140 KV/GL; § 79 Abs. 1 und 2 KV/ZG; Art. 41 lit. a KV/FR; Art. 29 Abs. 1 lit. a KV/SO; § 47 Abs. 1 und 2 KV/BS; § 28 Abs. 1 und 4 KV/BL; Art. 27 Abs, 1 lit. a KV/SH; Art. 51 Abs. 1 lit. a KV/AR; Art. 7 Abs. 1 und 2 KV/AI; Art. 41 KV/SG; Art. 12 Abs. 1 KV/GR; § 64 Abs. 1 KV/AG; § 26 Abs. 1 und § 94 KV/TG; Art. 83 Abs. 1 lit. c und Art. 85 Abs. 2 KV/TI; Art. 78 lit. a KV/VD; Art. 100 Abs. 1 KV/VS; Art. 101 Abs. 1 und Art. 102 Abs. 1 KV/NE; Art. 56 Abs. 1 KV/GE; Art. 75 Abs. 1, Art. 136 Abs. 1 und Art. 137 Abs. 1 KV/JU, vgl auch Schaub N. 16 Fn. 39.

4019 Kölz, S. 178 ff.; CR-Martenet, Art. 51 BV N. 39; Biaggini, Art. 51 BV N. 14; Auer, Staatsrecht der Kantone, N. 590; Tschannen, § 18 N. 676; BSK-Belser/Massüger, Art. 51 BV N. 41; Schaub, N. 17.

4020 Schaub, N. 17; Kölz, S. 178 m. w. H.

4021 Tschannen, § 18 N. 676.

4022 Vgl. gute Übersicht zur Verfassung im materiellen Sinn bei SGK-Egli/Ruch, Art. 51 BV N. 13.

4023 Die bisher gescheiterten Gewährleistungen hatten bisher alle eine Unvereinbarkeit mit Bundesrecht zum Gegenstand, vgl. die Übersicht über die Fälle bei Biaggini, Art. 51 BV N. 23

4024 Botschaft Totalrevision BV, S. 219.

4025 Statt vieler Auer, Staatsrecht der Kantone, N. 592 ff.

4026 Tschannen, § 18 N. 679; vgl. SGK-Egli/Ruch, Art. 51 BV N. 26.

deckungsgleich sind, darf man sich nicht dazu verleiten lassen, Art. 95 BGG wegen des Wortlauts mit den Anforderungen für das Gewährleistungsverfahren zu verwechseln: Die Kompetenzen des Bundesgerichts sind viel umfassender, indem neben Bundes- und Völkerrecht auch kantonale verfassungsmässige Rechte, Bestimmungen über die politische Stimmberechtigung der Bürgerinnen und Bürger sowie über Volkswahlen und -abstimmungen sowie interkantonales Recht geprüft werden (Art. 95 lit. a–e BGG). Gleichwohl kann aus dem Vergleich geschlossen werden, dass der Begriff «Bundesrecht» verfassungsrechtlich weiter verstanden wird, als es das prozessuale Verständnis des BGG zulässt. So fällt (dem monistischen System nachgedacht) in der Terminologie der Bundesgarantie unter «Bundesrecht» auch das massgebliche Völkerrecht, während dieses nach Art. 95 lit. b vor Bundesgericht neben dem Bundesrecht einen eigenen Rügegrund darstellt. Indes: Die Gegenüberstellung mit dem Beschwerdeverfahren vor Bundesgericht irritiert auf den ersten Blick, weil sich die Funktionen des Gewährleistungs- und Beschwerdeverfahrens unterscheiden. Die Gewährleistung der Kantonsverfassungen ist eine Bundesgarantie, während das Beschwerdeverfahren vor Bundesgericht primär dem Rechtsschutz dient. Bezogen auf den Gegenstand der Prüfung ist beides eine Form der **abstrakten Normenkontrolle**, ein Prüfvorgang, bei dem ein Erlass auf seine Vereinbarkeit mit dem übergeordneten Recht überprüft wird (vgl. dazu N. 30). Schon aus diesem Grund rechtfertigt sich eine Gegenüberstellung. Trotz der unterschiedlichen Funktionen des Gewährleistungsverfahrens und des Beschwerdeverfahren bildet die Richtgrösse «Bundesrecht» zudem regelmässig ein weiteres Argument dafür, dass das Bundesgericht eine Normenkontrolle von Kantonsverfassungen ausschliesst (vgl. dazu N. 38). Darum sollte betont werden, dass die Richtgrössen nicht gleich sind.

Nicht Sache der Gewährleistung ist die Prüfung, ob die Kantonsverfassung **mit dem übrigen kantonalen Recht** vereinbar ist. Das korreliert mit der Vorgabe, dass auch das Bundesgericht – abseits der verfassungsmässigen Rechte, der politischen Rechte und des interkantonalen Rechts – auch «nur» die Einhaltung von Bundesrecht prüft. Darin ist eine gewisse Kohärenz zu 24

4027 Statt vieler C-LTF-Bovey, Art. 95 LTF N. 20 ff. Anders als bei Art. 95 BGG wird erfährt das Völkerrecht keine eigene Erwähnung (Art. 95 lit. b BGG), sondern wird bei Art. 51 BV unter den Bundesrecht subsumiert. Das ist nichts anders als eine konsequente Handhabung des monistischen Systems der Schweiz.

erblicken, indem klar ist, dass die Respektierung der kantonalen Normenhierarchie auch eine kantonale Angelegenheit bleibt.

25 Damit einer Bestimmung in einer kantonalen Verfassung die Gewährleistung versagt werden kann, muss sie Bundesrecht verletzen. Ein Verstoss gegen Bundesrecht liegt aber nicht schon dann vor, wenn ein Widerspruch zum Bundesrecht zu erkennen ist. Die Gewährleistung wird nur verweigert, wenn sich die kantonale Verfassungsnorm **jeder bundesrechtskonformen Auslegung entzieht**.[4028] Der Mechanismus erinnert an die Praxis zur Ungültigkeit von kantonalen Volksinitiativen: Die meisten Kantone schreiben vor, dass ihre Verfassungs- und Gesetzesinitiativen mit übergeordnetem Recht vereinbar sein müssen[4029] (was sich bereits aus dem Bundesrecht nach Art. 49 Abs. 1 BV ergibt und entsprechend auch vor Bundesgericht geltend gemacht werden kann). Nach der Rechtsprechung sind diese Verfassungs- und Gesetzesinitiativen nur dann für ungültig zu erklären, wenn ihnen ein Sinn beizumessen ist, der sie vernünftigerweise nahezu mit Gewissheit als unzulässig erscheinen lässt.[4030] Grundgedanke dieser Rechtsprechung ist das Prinzip, dass Initiativbegehren mit mehrdeutigen Texten im Zweifel den Stimmberechtigten zur Abstimmung vorzulegen sind, sofern sie bei entsprechender Auslegung als mit dem übergeordneten Recht vereinbar erscheinen (*in dubio pro populo*).[4031] Beim Gewährleistungsverfahren wird die Bedeutung dieses Prinzips aber deutlich relativiert: Wenn eine Kantonsverfassung der Bundesversammlung zur Gewährleistung unterbreitet wird, hat sie (1) ein kantonales Rechtsetzungsverfahren hinter sich und ist (2) vom kantonalen Stimmvolk im obligatorischen Referendum angenommen worden. Es hat somit eine Vorprüfung (unabhängig von ihrer konkreten kantonalen Ausgestaltung) stattgefunden. Wenn sich nach dieser Triage immer noch ein Widerspruch zum Bundesrecht ergibt, dann darf die Bestimmung in der Kantonsverfassung m. E. nicht gewährleistet werden. Eine kantonale

4028 Botschaft Totalrevision BV, S. 219; Auer, Staatsrecht der Kantone, N. 571, 595, vgl. auch N. 580 zur Erteilung mit Vorbehalt; vgl. Reich, § 15 N. 7. Grenze der verfassungskonformen Auslegung bildet der klare Wortlaut und Sinn der Bestimmung, statt vieler BGE 138 II 440 E. 13.

4029 So insb. Art. 28 Abs. 1 lit. c KV/ZH; Art. 59 Abs. 2 lit. a KV/BE; Art. 28 Abs. 2 KV/UR; § 30 Abs. 3 lit. c KV/SZ; Art. 43 KV/FR; § 48 Abs. 2 lit. b KV/BS; Art. 28 Abs. 2 lit. a KV/SH; Art. 55 Abs. 2 lit. b KV/AR; Art. 44 Abs. 2 lit. b KV/SG; Art. 14 Abs. 1 Ziff. 2 KV/GR; Art. 38 KV/TI; Art. 33 KV/VS; Art. 75 Abs. 3 KV/JU.

4030 Statt vieler BGE 142 I 216 E. 3.3.

4031 BGE 138 I 131 E. 7; ausführlich Pedretti, S. 308 ff.

Verfassungsbestimmung auch dann zu gewährleisten, wenn sich keine mit dem Bundesrecht vereinbare Auslegungsvariante ergibt, verletzt Art. 51 Abs. 2 BV.

Art. 51 Abs. 2 BV bezieht zudem die Aufforderung, mit Bundesrecht vereinbar zu sein, nur auf die Kantonsverfassung. Mit dem Gewährleistungsbeschluss besteht aber die Erwartung, dass das nachgeordnete weitere kantonale Recht ebenfalls im Einklang mit dem Verfassungsrecht steht.[4032] Da bei der Gewährleistung nur die Einhaltung von Bundesrecht geprüft wird, hat dies m. E. nur zur Folge, dass das übrige kantonale Recht mit Bundesrecht vereinbar sein muss. Das wiederum ist eine Vorgabe, die sich bereits aus Art. 49 Abs. 1 BV ergibt («Bundesrecht geht entgegenstehendem kantonalem Recht vor»). Art. 51 BV stellt jedoch nicht nur einen **Anwendungsfall von Art. 49 Abs. 1 BV** dar, sondern ergänzt ihn um die Pflicht der Bundesversammlung, bei einem solchen Widerspruch die Kantonsverfassung nicht zu gewährleisten.[4033] Dogmatisch ändert sich durch die fehlende Genehmigung an der Wirkung aber nichts – eine Bundesrecht verletzende Bestimmung einer Kantonsverfassung erzielt von vorherein keine Wirkung (auch wenn die Bundesrechtswidrigkeit erst im Zeitpunkt der Gewährleistung auffällt).[4034] Man wird darum nicht in Abrede stellen können, dass der Gewährleistung heute mehr ein symbolischer Gehalt als eine praktische Relevanz zukommt.[4035] 26

B. Gewährleistung der Kantonsverfassungen (Art. 51 Abs. 2 BV)

1. Verfahren

Jeder Kanton ist verpflichtet, dem Bund jede Änderung seiner Kantonsverfassung vorzulegen – ungeachtet dessen, ob es sich um eine Total- oder Teilrevision handelt.[4036] – Es sind grundsätzlich **zwei Phasen** zu unterscheiden: der Erlass der Kantonsverfassung in Form einer Total- oder Teilrevision nach kantonalem Recht und die anschliessende Gewährleistung der Kantonsverfassungsbestimmungen durch den Bund. 27

4032 BGE 143 I 272 E. 2.2.2; Tschannen, § 18 N. 679.
4033 Auer, Staatsrecht der Kantone, N. 591.
4034 Vgl. zur deklaratorischen Wirkung des Gewährleistungsbeschlusses die Ausführungen in N. 36.
4035 Auer, Staatsrecht der Kantone, N. 575.
4036 Biaggini, Art. 51 BV N. 18.

28 Gegenstand der Prüfung kann eine **erst verabschiedete oder bereits in Kraft getretene Kantonsverfassung** sein: Es steht den Kantonen nämlich zu, Kantonsverfassungen nach kantonalem Recht zu verabschieden und bereits vor der Gewährleistung in Kraft zu setzen.[4037] Daran hindert sie auch das Bundesrecht nicht.

29 Für das Verfahren spielt es keine Rolle, ob die zu prüfenden Verfassungsbestimmungen erst verabschiedet sind oder bereits in Kraft stehen. Es gibt **keine Fristen**, innert welchen das Gesuch gestellt werden muss. Bleibt ein Kanton indes vollständig säumig, ist der Bundesrat als Aufsichtsorgan angewiesen, die Kantone zur Vorlage der revidierten Verfassung aufzufordern.[4038]

30 Gewährleistungsorgan ist die **Bundesversammlung** (Art. 52 Abs. 2 i. V. m. Art. 172 Abs. 2 BV), die eine abstrakte Normenkontrolle vornimmt.[4039] Prüfgegenstand ist im Rahmen dieser abstrakten Normenkontrolle die Kantonsverfassung als Ganzes (bei einer Totalrevision) oder auch eine einzelne bzw. mehrere Bestimmungen der Kantonsverfassung (bei einer Teilrevision).

31 Das **Verfahren** gestaltet sich konkret wie folgt: Der betroffene Kanton stellt zunächst ein Gesuch an den Bundesrat, der zu Handen der Bundesversammlung das Gewährleistungsverfahren vorbereitet. Das Gesuch wird bei der Bundeskanzlei anhängig gemacht.[4040] Der Bundesrat formuliert nach der Prüfung der Kantonsverfassung einen Antrag mit Botschaft an die Bundesversammlung, in welcher er seine Einschätzung festhält (Gewährleistung/Nichtgewährleistung mit entsprechenden Erwägungen). Die Bundesversammlung ist an diesen Antrag nicht gebunden, obwohl sie in der Regel dem Antrag folgen wird. Ein Eintreten ist obligatorisch.[4041]

32 Die Bundesversammlung führt – wie auch schon der Bundesrat – eine reine **Rechtskontrolle** durch.[4042] Sie prüft nur den Inhalt der Kantonsverfassung, indes nicht auch die Art und Weise, wie sie zustande gekommen ist.[4043] In

4037 So sind zum Beispiel die Kantonsverfassungen von LU, SZ, UR, NW, GL, GR, SH, AR, TI, BS, VD, FR, GE und JU vor ihrer Gewährleistung in Kraft getreten, vgl. dazu Auer, Staatsrecht der Kantone, N. 573, Fn. 145.

4038 Vgl. Art. 186 Abs. 4 BV.

4039 Biaggini, Art. 51 BV N. 20; BSK-Stöckli, Art. 172 BV N. 12.

4040 Art. 72 Abs. 2 ParlG.

4041 Art. 74 Abs. 3 ParlG; Biaggini, Art. 51 BV N. 20.

Zeiten einer sehr gut funktionierenden Gerichtsbarkeit durch das Bundesgericht kann die Notwendigkeit einer politischen Rechtskontrolle durch die Bundesversammlung durchaus angezweifelt werden.[4044] Wenn insbesondere die bundesstaatliche Treuepflicht nach Art. 44 Abs. 2 BV dazu verwendet wird, staatspolitische Erwägungen einzubeziehen, führt dies zu einer Relativierung der Rechtskontrolle.[4045] Solche Schwierigkeiten legen das konzeptionelle Problem der Durchführung einer abstrakten Normenkontrolle durch ein politisches Organ offen: Bei einer Rechtskontrolle sollten politische Opportunitätsgedanken keinen Platz haben, was wiederum zeigt, dass das Bundesgericht geeigneter für die Durchführung einer solchen abstrakten Normenkontrolle ist.

Die Bundesversammlung kann die Gewährleistung ganz oder auch nur teilweise (d. h. nur für einzelne Verfassungsbestimmungen) verweigern.[4046] Entscheiden National- und Ständerat unterschiedlich, findet eine einfache Differenzbereinigung statt. Die zweite Abweisung stellt somit einen negativen Gewährleistungsbeschluss dar.[4047] Der Gewährleistungsbeschluss ergeht schliesslich in Form eines **einfachen Bundesbeschlusses** i. S. v. Art. 141 Abs. 1 lit. c und Art. 163 Abs. 2 BV. Der Gewährleistungsbeschluss untersteht deshalb weder dem fakultativen Referendum, noch kann er vor Bundesgericht angefochten werden.[4048] 33

2. Rechtliche Wirkung des Gewährleistungsbeschlusses

Der positive Gewährleistungsbeschluss ist nach h. L. **deklaratorischer Natur**, weshalb die kantonalen Verfassungen auch vorab in Kraft treten können.[4049] Erfüllt die Kantonsverfassung alle Anforderungen und fällt die Bundesversammlung einen positiven Gewährleistungsbeschluss, steht der Inkraftsetzung der Kantonsverfassung nichts mehr im Weg (wenn sie nicht 34

4042 BSK-Stöckli, Art. 172 BV N. 12; Auer, Staatsrecht der Kantone, N. 571, der zudem kritisiert, dass eine Rechtskontrolle durch eine Politbehörde einen inneren Widerspruch darstellt.

4043 Tschannen, § 18 N. 683; BSK-Stöckli, Art. 172 BV N. 12; SGK-Egli/Ruch, Art. 51 BV N. 29. Für Mängel im Rahmen Zustandekommen ist eine sog. Stimmrechtsbeschwerde das geeignete Instrument.

4044 So auch Biaggini, Art. 51 BV N. 26.

4045 Tschannen, § 18 N. 684; Kölz, S. 174 f.; Töndury, S. 323 ff.; anderes, da engeres Verständnis Reich, § 15 N. 5.

4046 Tschannen, § 18 N. 685.

4047 Vgl. Art. 95 lit. d ParlG; Reich, § 15 N. 8.

4048 Art. 141 Abs. 1 lit. c i. V. m. Art. 163 Abs. 2 BV.

bereits in Kraft gesetzt wurde). Die Kantone können aber vorsehen, dass die Erteilung der Gewährleistung durch die Bundesversammlung eine Voraussetzung für das Inkrafttreten bildet, womit dem Entscheid konstitutive Wirkung zukommt.[4050] Nach der Gewährleistung werden die Kantonsverfassungen als einzige kantonale Erlasse in der systematischen Sammlung des Bundes publiziert.[4051]

35 Im Falle der **Nichtgewährleistung fällt die Bestimmung nach herrschender Ansicht** *ex tunc* **(seit dem Zeitpunkt ihrer Verabschiedung) dahin**.[4052] Bei einer erst verabschiedeten Revision hat dies zur Folge, dass die erfolgreiche Volksabstimmung ohne Wirkung bleibt. Auch hier wird dem Beschluss der Bundesversammlung deklaratorische Wirkung zugeschrieben, da eine nichtige Bestimmung nie rechtliche Wirkungen erzeugen konnte.[4053] Bestreiten wird man aber nicht, dass eine Kantonsverfassung, die im dafür vorgesehenen Verfahren verabschiedet und nach kantonalem Recht in Kraft gesetzt wurde, durchaus rechtliche Wirkungen erzielt, vor allem dann, wenn nicht offensichtlich ist, dass sie gegen die Gewährleistungsvoraussetzungen verstösst. Ein auf diese Bestimmung gestützter Anwendungsakt müsste widerrufen werden,[4054] was sich mit der Nichtigkeitstheorie nicht verträgt.[4055] Faktisch hat der Gewährleistungsbeschluss daher konstitutive Wirkung.

36 Dogmatisch genauer wäre es vor diesem Hintergrund von einer Nichtigkeit *ex nunc* zu reden. Die nicht gewährleisteten Bestimmungen verletzen Bundesrecht und sollten im Rahmen einer abstrakten oder konkreten Normenkontrolle entsprechend aufgehoben bzw. nicht angewendet werden.

4049 Botschaft Totalrevision BV, S. 219; CR-Martenet, Art. 51 BV N. 56; Auer, Staatsrecht der Kantone, N. 573; Tschannen, § 18 N. 688; Biaggini, Art. 51 BV N. 22; BSK-Stöckli, Art. 172 BV N. 13; SGK-Egli/Ruch, Art. 51 BV N. 30.

4050 Vgl. z. B. § 100 Abs. 2 der Kantonsverfassung des Kanton Thurgau vom 16.3.1987 (KV; RB 101).

4051 Art. 11 PublG.

4052 Botschaft Totalrevision BV, S. 219; CR-Martenet, Art. 51 BV N. 56; Biaggini, Art. 51 BV N. 22; SGK-Egli/Ruch, Art. 51 BV N. 31; BSK-Stöckli, Art. 172 BV N. 13.

4053 Auer, Staatsrecht der Kantone, N. 577; Tschannen, § 18 N. 685.

4054 Vgl. hingegen zur Zulässigkeit eines Widerrufs eines Gewährleistungsbeschlusses, Biaggini, Art. 51 BV N. 22.

4055 Auer, Staatsrecht der Kantone, N. 579; zutreffend hält Tschannen, § 18 N. 689, fest, dass «streng genommen nicht fallen, was nie zum Stehen kam», vgl. auch N. 690. Töndury, S. 338, plädiert dafür, zwischen Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit zu unterscheiden.

Dafür müsste aber eine Kantonsverfassungsbestimmung im Rahmen einer abstrakten und konkreten Normenkontrolle überprüft werden können. Ein solcher Ansatz ist aber nicht mit dem geltenden bundesgerichtlichen Ausschluss der abstrakten und konkreten Normenkontrolle von Kantonsverfassungsbestimmungen vereinbar (vgl. dazu N. 37). Die Nichtigkeitstheorie *ex tunc* anzuwenden hat deshalb den Vorteil, dass die Rechtsgrundlage des Anwendungsaktes gar nie existiert hat, weshalb auch die darauf gestützte Verfügung keine Rechtsgrundlage besitzt. Ein Verfahren erübrigt sich. In der Praxis beschränkt man sich auf die Formulierung, dass eine entsprechende Bestimmung nicht gewährleistet werde[4056] – womit im Grunde die Nichtigkeit festgestellt wird. Die Problematik wird dadurch relativiert, dass die Fälle, in denen Kantonsverfassungsbestimmungen nicht gewährleistet wurden, sehr selten sind.[4057]

3. Prozessuale Tragweite des Gewährleistungsbeschlusses

Der Gewährleistungsbeschluss hat, wie bereits angemerkt, prozessuale Implikationen: Kantonsverfassungen können, obwohl sie eindeutig kantonales Recht sind und die einschlägige Gesetzgebung in Art. 82 Abs. 2 BGG keine Ausnahme vorsieht, nicht Anfechtungsobjekt einer Beschwerde sein.[4058] Das hat zur Folge, dass die Kantonsverfassung (oder einzelne Bestimmungen daraus) nicht vom Bundesgericht aufgehoben werden, selbst wenn sie gegen Bundesrecht verstossen. Seit 1891 hält das Bundesgericht daran fest.[4059] Der Ausschluss wird damit erklärt, dass Art. 172 Abs. 2 BV, der die Zuständigkeit zur abstrakten Normenkontrolle dem Parlament zuweist, *lex specialis* zu Art. 189 BV sei.[4060] M. E. lässt sich der Ausschluss direkt aus einem 37

4056 Vgl. Auer, Staatsrecht der Kantone, N. 577 f., der aufzeigt, dass die Publikationspraxis nicht gewährleisteter Bestimmungen in gewissen Kantonen mit der Nichtigkeitstheorie schwer vereinbar ist; ferner Biaggini, Art. 51 BV N. 22 f.; Töndury, S. 339, geht von einer Pflicht zur Beseitigung der Normen durch die Kantone aus.

4057 Bislang sind erst wenige Gewährleistungen gescheitert: Am bekanntesten sind die Fälle zum Wiedervereinigungsverfahren von Basel-Stadt und Basel-Landschaft, zu Art. 138 der jurassischen Kantonsverfassung der sich auf ein Gebiet des Kantons Bern bezogen hat und § 48 Abs. 3 der Schwyzer Kantonsverfassung, der mit einer bestimmten Wahlkreiseinteilung ein durchschnittliches natürliches Quorum von über 33% geschaffen hätte; zur Gewährleistungspraxis, vgl. die Übersicht Biaggini, Art. 51 BV N. 23; ausführlich Töndury, S. 135 ff.

4058 Tschannen, § 18 N. 691.

4059 BGE 17 622 E. 4; BGE 89 I 389 E. 2; BGE 104 Ia 215 E. 1b; BGE 118 Ia 124 E. 3b; BGE 140 I 394 E. 9.1.

Zusammenspiel beider Normen begründen: Kantonsverfassungen werden von der Bundesversammlung gewährleistet, was einen Akt der Bundesversammlung darstellt, womit eine abstrakte Normenkontrolle der Kantonsverfassungen durch das Bundesgericht ausser Betracht fällt (Art. 172 Abs. 2 i. V. m. Art. 189 Abs. 4 BV). Auch wenn über die genaue Herleitung diskutiert werden kann, scheint die Lehre den **Ausschluss der abstrakten Normenkontrolle** akzeptiert zu haben.[4061] Diese Praxis kann aber in grundsätzlicher Weise angezweifelt werden: Wie bereits in N. 23 angesprochen, unterscheiden sich die Möglichkeiten der abstrakten Normenkontrolle des Bundesgerichts und der Bundesversammlung stark. Dass Art. 172 Abs. 2 BV darum eine Spezialregelung darstellt, ist zumindest nicht zwingend. Naheliegender ist der Weg über Art. 189 Abs. 4 BV, wonach durch den Gewährleistungsbeschluss die Kontrolle über die Kantonsverfassung als Akt der Bundesversammlung vor Bundesgericht nicht anfechtbar ist. Aber auch hier liesse sich entgegnen, dass die Kantonsverfassung selbst kein Akt der Bundesversammlung ist. Dogmatisch fusst der Ausschluss daher auf einem weniger stabilen Fundament, als es die lange historische Praxis vermittelt. Führt man den Diskurs abseits der Gewaltenteilungsfrage, bleibt nicht so viel Argumentationsspielraum für den Ausschluss übrig. Kohärent erscheint m.E. deshalb die Lösung, Kantonsverfassungen wie jedes andere kantonale Recht zu behandeln und die abstrakte Normenkontrolle zuzulassen.

38 Aus Respekt vor dem Gewährleistungsverfahren der Bundesversammlung und der damit einhergehenden Prüfung der Bundesrechtskonformität sieht das Bundesgericht in ständiger Praxis auch davon ab, in einer konkreten Normenkontrolle Kantonsverfassungen akzessorisch zu prüfen.[4062] Dieser **Ausschluss der akzessorischen Kontrolle** des Bundesgerichts wird in der Literatur fast einhellig kritisiert, da ein solches Vorgehen weder von den gesetzlichen Grundlagen gedeckt noch funktionell begründet ist.[4063] Das

4060 BGE 142 I 99 E. 4.3.3; Tschannen, § 18 N. 691.

4061 Tschannen, § 18 N. 692; Biaggini, Art. 51 BV N. 25; BSK-Stöckli, Art. 172 BV N. 16.

4062 BGE 83 I 181 E. 6; BGE 100 1a 362 E. 5; BGE 104 Ia 215 E. 1 ff.; BGE 131 I 85 E. 2.4 ff.; BGE 131 I 126 E. 3.1.

4063 CR-Martenet, Art. 51 BV N. 58; Auer, Staatsrecht der Kantone, N. 606 ff.; Tschannen, § 18 N. 695; BSK-Belser/Massüger, Art. 51 BV N. 48; Biaggini, Art. 51 BV N. 25; BSK-Stöckli, Art. 172 BV N. 17; mit ausführlicher Analyse der Präjudizien Töndury, S. 138 ff., 335 ff. Befürwortende Stimmen sind nur in der ganz alten Literatur zu finden, z. B., Fleiner, S. 59; Gut, S. 31.

Bundesgericht hat zwar selbst Zweifel an der eigenen Praxis geäussert,[4064] aber auch für Erweiterungen plädiert.[4065] Der wissenschaftliche Diskurs lässt sich damit ergänzen, dass mit der gleichen Argumentation auf die akzessorische Prüfung der Verfassungsmässigkeit von sämtlichem Bundesrecht verzichtet werden könnte: Ist es nicht regelmässig Teil des Gesetzgebungsprozesses, dass der Bundesrat eine Botschaft erlässt, in der er die Vereinbarkeit prüft und die Bundesversammlung auf dieser Basis debattiert? Rein faktisch könnte dieser Prozess auch als Vorprüfung betrachtet werden, mit der Folge, dass das Bundesgericht wegen der Vorbefassung hier nichts mehr prüfen dürfte. Die akzessorische Prüfung von Bundesverordnungen ist aber in der Praxis essenziell. Selbst Bundesgesetze werden vom Bundesgericht auf ihre Verfassungsmässigkeit hin geprüft, auch wenn stets das Anwendungsgebot von Art. 190 BV greift. Überspitzt lässt sich im Vergleich daher die Frage anführen, ob folglich der Umstand des Gewährleistungsverfahrens dazu führen darf, dass das Bundesgericht eine seiner Kernaufgaben nicht erfüllen darf. Art. 51 BV bietet m. E. keine hinreichende Grundlage für eine solche Zurückhaltung. Es ist nämlich eine Illusion, zu glauben, die Bundesversammlung bzw. der Bundesrat könne die Vereinbarkeit der Kantonsverfassung mit sämtlichem Bundesrecht i. S. v. Art. 51 Abs. 2 BV umfassend und vollständig prüfen. Der Umfang des zu prüfenden Bundesrechts ist aus heutiger Perspektive derart gross, dass sich eine erneute Prüfung geradezu anbietet.

Seit 1985 führt das Bundesgericht immerhin dann ausnahmsweise eine konkrete Normenkontrolle durch, wenn das in Frage stehende Bundesrecht – unabhängig davon, auf welcher Stufe es steht – erst nach dem Gewährleistungsverfahren in Kraft getreten ist.[4066] Diese **Ausnahme** gilt auch für ungeschriebene, sich weiter entwickelnde, übergeordnete Verfassungsgrundsätze.[4067] Das Argument dahinter überzeugt: Eine Zurückhaltung ist dann nicht angebracht, wenn die Bundesversammlung gar keine Möglichkeit hatte, die Kompatibilität mit einer bestimmten Norm zu 39

4064 BGE 138 I 378 E. 5.3; BGE 131 I 85 E. 2.4.

4065 Zur Erstreckung des Vorbehalts auf kantonale Gesetzesbestimmungen, die sich mit der Verfassungsregelung decken, vgl. BGE 138 I 378 E. 5.2 f.

4066 BGE 111 Ia 239 E. 3b; BGE 116 Ia 359 E. 4b; vgl. auch Erweiterungen in BGE 145 I 259 E. 5.1; BGE 142 I 99 E. 4.3.3; BGE 140 I 394 E. 9; BGE 140 I 107 E. 4.1; BGE 131 I 126 E. 3.1.

4067 SGK-Egli/Ruch, Art. 51 BV N. 35; BGE 145 I 259 E. 5.1; BGE 142 I 99 E. 4.3.3; BGE 140 I 394 E. 9.1; BGE 138 I 378 E. 5.2; BGE 131 I 1256 E. 3.1 f.

prüfen. Später in Kraft getretenes Recht sollte folglich nicht in die Wirkung des Gewährleistungsbeschlusses mit einbezogen werden. Die Weiterentwicklung der Verfassungsgrundsätze könnte ein Anlass bilden, die überkommene Praxis zur konkreten Normenkontrolle als Ganzes zu «präzisieren».

Zur Autorin

Dr. Renata Trajkova ist Dozentin für Staats- und Verwaltungsrecht an der Züricher Hochschule für Angewandte Wissenschaften (School of Management and Law) und forscht am Institut für Regulierung und Wettbewerb in diversen Forschungsprojekten zu raumplanungs-, bau- und umweltrechtlichen Fragestellungen. Sie ist Co-Vorsitzende des Fachkreises Raumplanungsrecht und verfasst an der Universität St. Gallen eine Habilitationsschrift zum Raumplanungsrecht. Zudem ist sie selbständige Rechtsanwältin und Lehrbeauftragte an der Universität Zürich.

WEITERE EMPFOHLENE LEKTÜRE

Auer Andreas, Les constitutions cantonales: une source négligée du droit constitutionnel suisse, ZBl 1990, S. 14 ff.

Cereghetti Remo, Die Überprüfung der Kantonsverfassungen durch die Bundesversammlung und das Bundesgericht, Diss., Winterthur 1956.

Ehrenzeller Bernhard/Nobs Roger, Gemeinsamkeiten und Unterschiede der totalrevidierten Kantonsverfassungen, ZBl 2009, S. 1 ff.

Forster Peter, Eigenständigkeit der Kantone, Vorrang und Einhaltung des Bundesrechts und Bundesgarantien, BV-CF 2000, S. 131 ff.

Hotz Reinhold, Probleme bei der eidgenössischen Gewährleistung kantonaler Verfassungen, ZBl 1982, S. 193 ff.

Jaag Tobias, Die Rechtsstellung der Kantone in der Bundesverfassung, VRdCH, S. 473 ff.

Kälin Walter, Überprüfung kantonaler Verfassungsbestimmungen durch das Bundesgericht, recht 1986, S. 131 ff.

Kölz Alfred, Die Zulässigkeit von Sperrfristen für kantonale Volksinitiativen, Ein Beitrag zur Auslegung von Art. 51 BV, ZBl 2001, S. 169 ff.

Martenet Vincent, L'autonomie constitutionnelle des cantons, Diss. Genf, Basel 1999.

Sidler Lisbeth, Gewährleistung von Kantonsverfassungen, in: Schindler Benjamin (Hrsg.), Aus der Werkstatt des Rechts, Festschrift zum 65. Geburtstag von Heinrich Koller, Basel 2006, S. 281 ff.

Töndury Andrea Marcel, Bundesstaatliche Einheit und kantonale Demokratie: Die Gewährleistung der Kantonsverfassungen nach Art. 51 BV, Zürich 2004.

Tschannen Pierre, Die Schwyzer Kantonsverfassung, das Bundesgericht und die Bundesversammlung – Ein Lehrstück, in: Berner Festgabe zum Juristentag 2014, Bern 2014, S. 405 ff.

LITERATURVERZEICHNIS

Aubert Jean-François, Kommentierung zu Art. 51 BV, in: Aubert Jean-François/Mahon Pascal (Hrsg.), Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse di 18 avril 1999, Zürich et al. 2003 (zit. Comm.)

Auer Andreas, Les constitutions cantonales: une source négligée du droit constitutionnel suisse, ZBl 1990, S. 14 ff. (zit. Les constitutions cantonales)

Auer Andreas, Staatsrecht der schweizerischen Kantone, Bern 2016 (zit. Staatsrecht der Kantone)

Belser Eva Maria/Massüger Nina, Kommentierung zu Art. 51 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Schweizerische Bundesverfassung, Basler Kommentar, 2. Aufl., Basel 2025.

Biaggini Giovanni, Kommentierung zu Art. 51 BV und Vorb. zu Art. 51–53, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2017.

Bundesrat, Botschaft über die Inkraftsetzung der neuen Bundesverfassung und die notwendige Anpassung der Gesetzgebung vom 11.8.1999, BBl 1999 7922 ff. (zit. Botschaft Totalrevision BV).

Bovey Grégory, Kommentierung zu Art. 95 BV, in: Aubry Girardin Florence/Donzallaz Yves/Denys Christian/Grégory Bovey/Frésard Jean-Maurice, Commentaire de la LTF, 3. Aufl., Bern 2022 (zit. C-LTF).

Burgess Michael/Tarr Alan, Sub-national constitutions in federal systems, Ottawa 2021.

Egli Patricia/Ruch Alexander, Kommentierung zu Art. 51 BV, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, Band 1, 4. Aufl., Zürich et al. 2023 (zit. SGK).

Eichenberger Kurt, Über Möglichkeiten und Grenzen der Totalrevision einer Kantonsverfassung, ZBl 1990, S. 1 ff. (zit. Totalrevision)

Eichenberger Kurt, Von der Bedeutung und von den Hauptfunktionen der Kantonsverfassungen, in: Festschrift Hans Huber, Bern 1981, S. 155 ff. (zit. Hauptfunktionen)

Fleiner Fritz, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Mohr 1923.

Gut Werner, Die Gewährleistung der Kantonsverfassung durch den Bund, Diss., Zürich 1928.

Häfelin Ulrich/Haller Walter/Keller Helen/Thurnherr Daniela, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10. Aufl., Zürich 2020.

Kölz Alfred, Bundestreue als Verfassungsprinzip?, ZBl 1980, S. 145 ff.

Martenet Vincent, Kommentierung zu Art. 51 BV, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Commentaire romand de la Constitution fédérale, Band 1, Basel 2021 (zit. CR).

Pedretti Ramona, Die Vereinbarkeit von kantonalen Volksinitiativen mit höherrangigem Recht, ZBl 2017, S. 299 ff.

Reich Johannes, Gewährleistung der bundesstaatlichen Ordnung, in: Biaggini Giovanni/Gächter Thomas/Kiener Regina (Hrsg.), Staatsrecht, 3. Aufl., Zürich et al. 2021.

Rhinow René/Schefer Markus/Peter Uebersax, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3. Aufl., Basel 2014.

Schaub Barbara, Die Vereinbarkeit kantonaler Volksinitiativen mit dem übergeordneten Recht, Diss. Basel, Zürich/St. Gallen 2023.

Seferovic Goran, Volksinitiative zwischen Recht und Politik, Die staatsrechtliche Praxis in der Schweiz, den USA und Deutschland, Habil. Zürich, Bern 2018.

Stöckli Andreas, Kommentierung zu 172 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Schweizerische Bundesverfassung, Basler Kommentar, 2. Aufl., Basel 2025.

Töndury Andrea Marcel, Bundesstaatliche Einheit und kantonale Demokratie, Die Gewährleistung der Kantonsverfassungen nach Art. 51 BV, Diss., Zürich 2004.

Tschannen Pierre, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 5. Aufl., Bern 2021.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 52 BV

Eine Kommentierung von Renata Trajkova

ZITIERVORSCHLAG

Renata Trajkova, Kommentierung zu Art. 52 BV, in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (Hrsg.), Onlinekommentar zur Bundesverfassung

Kurzzitat: OK-Trajkova, Art. 52 BV N. XXX.

Art. 52 Verfassungsmässige Ordnung

[1] Der Bund schützt die verfassungsmässige Ordnung der Kantone.

[2] Er greift ein, wenn die Ordnung in einem Kanton gestört oder bedroht ist und der betroffene Kanton sie nicht selber oder mit Hilfe anderer Kantone schützen kann.

GLIEDERUNG

I. Entstehungsgeschichte 923
II. Kommentar i. e. S. 926
A. Schutzverpflichtung des Bundes (Art. 52 Abs. 1 BV) 926
B. Interventionspflicht (Art. 52 Abs. 2 BV) 931
Weitere empfohlene Lektüre 936
Literaturverzeichnis 937

I. ENTSTEHUNGSGESCHICHTE

Art. 52 BV geht, wie schon Art. 51 BV, auf die **Bundesstaatgründung** zurück.[4068] Er steht systematisch nicht nur neben Art. 51 BV, sondern ist auch inhaltlich mit ihm verbunden.[4069] Art. 52 Abs. 1 BV definiert eine Garantiepflicht des Bundes zum Schutz der verfassungsmässigen Ordnung der Kantone. Art. 52 Abs. 2 regelt die bedeutsamste Massnahme zur Einlösung dieser Garantiepflicht: die Bundesintervention. 1

Art. 52 BV ist das **Ergebnis der letzten Totalrevision der Bundesverfassung** (sog. Nachführung): Seine Inhalte waren davor in Art. 5 BV 1848[4070] und 1874[4071] (Gewährleistung des Gebiets und der Staatlichkeit der Kantone) und Art. 16 BV 1848 und 1874 (Bundesintervention) geregelt. Bei der Nachführung wurden diese Bestimmungen weitestgehend zusammengeführt, gekürzt und teilweise auf andere Normen überführt (vgl. dazu N. 3, ferner N. 8 f.).[4072] 2

Art. 5 BV 1848 und 1874, der heute in Art. 52 Abs. 1 BV verankert ist, umfasste in seiner ursprünglichen Fassung die Gewährleistung des Gebiets, der Souveränität und der Verfassungsordnung der Kantone durch den Bund und garantierte zusätzlich die Freiheit und die Rechte des Volkes sowie die verfassungsmässigen Rechte der «Bürger».[4073] Damit ging die Vorläuferbestimmung weiter als die heutige Norm: Die Rechtsweggarantie des Bundes zum Schutz der in den Kantonsverfassungen verankerten Grundrechte wurde in Art. 189 Abs. 1 lit. d und f BV überführt.[4074] Individueller Grundrechtsschutz gehört nach dem geltenden Wortlaut von Art. 52 Abs. 1 BV grundsätzlich nicht mehr zu dieser Bundesgarantie.[4075] Die in der 3

4068 Biaggini, Art. 52 BV N. 1; BSK-Belser/Massüger, Art. 52 BV N. 2. Die Norm hat ihren Ursprung aber schon in den ersten Bündnissen des 13. und 14. Jahrhunderts, so CR-Martenet, Art. 52 BV N. 1.

4069 Vgl. N. 3 sowie CR-Martenet, Art. 52 BV N. 3, der zurecht anführt, dass es sich angeboten hätte, diese beiden Artikel zusammenzuführen.

4070 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 12. September 1848 (BBl 1849 I 3 ff.).

4071 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874 (AS 1875 1).

4072 Botschaft VE 1996, S. 219 f.

4073 Ausführlich zur Entstehungsgeschichte SGK-Schweizer/Müller, Art. 52 BV N. 2 ff. und BSK-Belser/Massüger, Art. 52 BV N. 2 ff.

4074 Vgl. zur Tragweite Tschannen, § 18 N. 697.

Ursprungsfassung ebenfalls erwähnte Gebiets- und Bestandesgarantie findet sich heute in Art. 53 BV. Die angesprochene «Souveränität» ist abseits der allgemeinen Bestimmung in Art. 3 BV nicht mehr separat aufgeführt. Art. 52 Abs. 1 BV erfasst daher nur noch den Schutz der verfassungsmässigen Ordnung.[4076]

4 Art. 52 Abs. 2 BV wiederum regelt die Bundesintervention, die vorab in **Art. 16 Abs. 1–4 BV 1848 und 1874** verankert war.[4077] Mit der Bundesintervention sollte der Bund die innere Sicherheit und Ordnung in einem Kanton wiederherstellen, sofern der betroffene Kanton dazu nicht bzw. nicht mehr in der Lage war.[4078] Art. 16 BV 1848 und 1874 differenzierte noch zwischen (1) den Voraussetzungen und (2) den Modalitäten der Bundesintervention.[4079] In der Vorstellung des damaligen Verfassungsgebers würden die Kantonsregierungen bei schweren Störungen der inneren Sicherheit zunächst den Bundesrat um Hilfe ersuchen und dann andere Kantone, sofern der Bund nicht in der Lage wäre, zu helfen.[4080] Zusätzlich war ein Einschreiten der kompetenten Bundesbehörde – die je nach Anwendungsfall variieren kann (vgl. dazu die Massnahmen unter N. 13) – bei einer Bedrohung und nicht erst bei einer Störung der Sicherheit der Schweiz vorgesehen (Art. 16 Abs. 2 BV 1848 und 1874). Unter dem Titel der «erforderlichen Massregeln» wurde zwischen unbewaffneten und bewaffneten Bundesinterventionen unterschieden (Art. 16. Abs. 1 BV 1848 und 1874). Nach dem zweiten Weltkrieg setzte sich die Überzeugung durch, dass Einsätze der Armee im Inneren zu vermeiden seien und stattdessen zivile polizeiliche Mittel der Kantone eingesetzt werden sollten.[4081] Eine Bundesintervention sollte die absolute Ausnahme bilden.[4082] Dieser *Ultima-Ratio*-Gedanke prägt die

4075 Immerhin ist denkbar, dass im Zusammenhang mit einer Ordnungsstörung auch mittelbar Grundrechtsverletzungen behoben werden können, vgl. Tschannen, § 18 N. 697.

4076 Mit der Totalrevision der BV ist dieser Begriff eingeführt worden; die Bundesverfassungen von 1848 und 1874 sprachen noch von «Ruhe und Ordnung im Inneren», so Art. 2, Art. 74 Ziff. 7 und Art. 90 Ziff. 100 aBV 1848 und Art. 2, Art. 85 Ziff. 7 und 102 Ziff. 10 aBV, vgl. CR-Martenet, Art. 52 BV N. 2.

4077 Vgl. dazu Macheret, Komm. aBV, Art. 16 aBV, N. 1 ff. sowie SGK-Schweizer/Müller, Art. 52 BV N. 4.

4078 Womit keine Unterscheidung mehr zwischen innerer und äusserer Sicherheit vorgenommen wird, dazu SGK-Schweizer/Müller, Art. 52 BV N. 8 m. w. H.

4079 Grundlegend Müller, S. 30 ff.

4080 Müller, S. 33.

4081 SGK-Schweizer/Müller, Art. 52 BV N. 10.

4082 SGK-Schweizer/Müller, Art. 52 BV N. 10.

Bundesintervention bis heute.[4083] Die Neuformulierung von Art. 52 BV 1999 verzichtet gegenüber den (miteinander identischen) Versionen von 1848 und 1874 auf alle diese Differenzierungen.[4084] Geblieben ist der Subsidiaritätsgedanke.

Die Bundesintervention hat vor diesem Hintergrund heute **keine praktische Bedeutung** mehr. Die letzte Bundesintervention stammt aus dem Jahr 1932, die anderen neun fanden im 19. Jahrhundert statt.[4085] Die meisten Interventionen gab es im Kanton Tessin, wobei es durchaus unterschiedliche Einsätze waren, etwa betreffend den jahrzehntelangen Konflikt zwischen Liberalen und Konservativen im Kanton oder zur Abwehr äusserer Gefahren.[4086] Die letzte Bundesintervention war jene vom 9. November 1932 im Kanton Genf, bei der die Lausanner Rekrutenschule beauftragt wurde, die Auseinandersetzung zwischen radikalen Sozialisten und Rechtsextremen einzudämmen.[4087] 5

Dass es nur wenige Anwendungsbeispiele für Bundesinterventionen gibt, bedeutet aber nicht, dass die Bundesgarantie von Art. 52 BV als solche in Frage gestellt werden sollte: Wegen der historischen Legitimität und der präventiven Wirkung als bundesrechtliches Warnsignal ist diese Norm **unentbehrlich**.[4088] Nicht von der Hand zu weisen ist trotzdem, dass die Garantie des Schutzes der verfassungsmässigen Ordnung heute vor allem eine Aufgabe des Bundesgerichts ist.[4089] Durch seine Rechtsprechung gelingt es dem Bundesgericht als höchstrichterliche und letzte Instanz, auf eine subtilere Art zur Aufrechterhaltung der verfassungsmässigen Ordnung der Kantone beizutragen. Zu denken ist beispielsweise an die Stimmrechtsbeschwerde nach Art. 82 lit. c BGG, bei der das Bundesgericht kantonales Verfassungs-, Gesetzes- und Verordnungsrecht frei prüfen kann, 6

4083 Vgl. SGK-Schweizer/Müller, Art. 52 BV N. 13.

4084 Müller, S. 431.

4085 Tschannen, § 18 N. 703; Biaggini, Art. 52 BV N. 13; mit chronologischer Auflistung Macheret, Komm. aBV, Art. 16 aBV, N. 25.

4086 SGK-Schweizer/Müller, Art. 52 BV N. 9, die auch das Armee-Aufgebot auf gesamtschweizerischer Ebene, nämlich die Besetzungen sämtlicher grossen oder mittelgrossen Städte anlässlich des Landesstreiks von 1918, dem Kanton Tessin zurechnen.

4087 Müller, S. 261 ff.

4088 Ähnlich CR-Martenet, Art. 52 BV N. 24.

4089 Vgl. CR-Martenet, Art. 52 BV N. 25.

sofern dieses in einem engen Zusammenhang zum Stimm- und Wahlrecht steht.[4090]

II. KOMMENTAR I. E. S.

A. Schutzverpflichtung des Bundes (Art. 52 Abs. 1 BV)

7 Die Bundesgarantie[4091] fordert vom Bund (vgl. zur Zuständigkeit N. 19), die kantonale Rechtsstaatlichkeit vor unmittelbar drohenden schweren Störungen wie Unruhen oder Verfassungskrisen zu schützen.[4092] Mit der Regelung zur verfassungsmässigen Ordnung wird der **Bund als Garant** «für die allseitige Respektierung aller bedeutsamen Bestandteile der kantonalen Souveränität: der verfassungsmässigen Ordnung und der Rechte und Freiheiten des Kantonsvolkes» eingesetzt.[4093]

8 Der **Begriff «verfassungsmässige Ordnung»** wird im Schrifttum unterschiedlich interpretiert.[4094] Er bezieht sich grundsätzlich auf das kantonale Verfassungsrecht als Ganzes.[4095] Die verfassungsmässige Ordnung verweist auf die Grundlagen der schweizerischen Eidgenossenschaft und ist somit eine Konstitutionsbedingung des schweizerischen Bundesstaats.[4096] In

---

4090 Statt vieler BGE 121 I 1 E. 2.

4091 Zum Begriff der «Bundesgarantie» in diesem Kontext vgl. OK-Trajkova zu Art. 51 BV, N. 4.

4092 Tschannen, § 18 N. 698; SGK-Schweizer/Müller, Art. 52 BV N. 13; CR-Martenet, Art. 52 BV N. 5.

4093 Botschaft Totalrevision BV, S. 219; SGK-Schweizer/Müller, Art. 52 BV N. 13; vgl. Tschannen, § 18 N. 697; ferner CR-Martenet, Art. 52 BV N. 5.

4094 SGK-Schweizer/Müller, Art. 52 BV N. 14 ff. definieren sie als die Verfassungsautonomie der Kantone; ähnlich CR-Martenet, Art. 52 BV N. 3 f., 7 ff.; Biaggini, Art. 52 BV N. 3 geht vom gewährleisteten Verfassungsrecht aus; BSK-Belser/Massüger, Art. 52 BV N. 8, von einem materiellen Verfassungsbegriff; Tschannen, § 18 N. 697, von dem öffentlichen Frieden und die Funktionsfähigkeit der Kantonsorgane; Rechsteiner, N. 80 als Schutz des Staates als Kollektiv.

4095 Biaggini, Art. 52 BV N. 3; Aubert, Comm., Art. 52 BV N. 1; jedoch überzeugendes weiteres Verständnis als Verfassungsautonomie der Kantone (mit den Teilgehalten kantonale Verfassungsgebungskompetenz, Organisationsautonomie, Verfahrensautonomie, Finanzautonomie sowie weitere Parameter der kantonalen Eigenstaatlichkeit) bei SGK-Schweizer/Müller, Art. 52 BV N. 14 ff. Nimmt man die Entstehungsgeschichte (vgl. N. 3) könnte angenommen werden, dass gewisse Aspekte mit der Zersplitterung auf andere Normen ausgeklammert wurden (wie der Individualrechtschutz). Diese Formalität ändert m. E. aber nichts am Begriffsverständnis.

4096 SGK-Schweizer/Müller, Art. 52 BV N. 14.

Verbindung mit Art. 51 BV kann damit nur gemeint sein, was vom Bund gewährleistet wurde.[4097] Aus dem Zusammenspiel von Art. 51 BV und Art. 52 BV ergibt sich aber, dass auch die kantonale Autonomie als solche geschützt wird.[4098] Zusammen mit Art. 47 BV, gemäss welchem der Bund die Eigenständigkeit der Kantone wahrt, stehen Art. 51 BV und Art. 52 BV somit auch für die kantonale Autonomie.[4099]

Aus der Funktion der Bestimmung als Bundesgarantie folgt, dass Bezugspunkt der Garantie die verfassungsmässige Ordnung der Kantone ist. Garantiert wird mithin nicht die verfassungsmässige Ordnung des Bundes, sondern jene der Kantone, zu deren Schutz und Aufrechterhaltung sich der Bund verpflichtet. Gleichzeitig zeigt die Historie bzw. die Vorfassungen,[4100] dass hinter der Formulierung «verfassungsmässige Ordnung» mehr steckt als der heutige Wortlaut vermuten lässt. Für das Verständnis der verfassungsmässigen Ordnung ist nämlich die Vorgängerformulierung entscheidend: Geschützt waren nach Art. 5 BV 1848 und 1874 «die Souveränität und die Verfassungsordnung der Kantone». Der heutige Wortlaut von Art. 52 BV spricht nur von verfassungsmässiger Ordnung, während die Souveränität im geltenden Wortlaut dieser Bestimmung nicht mehr auftaucht. Es ist aber nicht dokumentiert, dass die Absicht bestand, vom Inhalt der verfassungsmässigen Ordnung, wie er noch als «Souveränität und Verfassungsordnung der Kantone» umschrieben wurde, abzuweichen. Unausgesprochen, aber nach wie vor Teil von Art. 52 BV ist, dass die Souveränität eines Kantons zu seiner verfassungsmässigen Ordnung gehört. Es bestehen mit anderen Worten keine Hinweise dafür, dass mit der Streuung von Art. 5 BV 1848 und 1874 auf mehrere eigenständige Bestimmungen ein engeres Verständnis der verfassungsmässigen Ordnung einhergehen sollte. Der Begriff «Souveränität» i.S.v. Art. 3 BV («Die Kantone sind souverän, soweit ihre Souveränität nicht durch die Bundesverfassung beschränkt ist ») ist wiederum auslegungsbedürftig. Gemeint ist das, was den Kanton als verfassungsmässigen «Staat» ausmacht. Dazu gehört unter anderem auch die kantonale Autonomie

9

4097 Biaggini, Art. 52 BV N. 3; Botschaft Totalrevision BV, S. 219; Tschannen, § 18 N. 697, der darauf hinweist, dass Störungen unter dem Regime einer nicht gewährleisteten Kantonsverfassung ein Thema der Bundesexekution sind. Anders BSK-Belser/Massüger, Art. 52 BV N. 8, die von einem materiellen Verfassungsbegriff ausgehen.

4098 CR-Martenet, Art. 52 BV N. 4.

4099 CR-Martenet, Art. 52 BV N. 4.

4100 Vgl. dazu die Ausführungen unter N. 3.

in all ihren Facetten.[4101] Diese historischen Gesichtspunkte sprechen demnach für ein weites Verständnis der verfassungsmässigen Ordnung (zur Abgrenzung mit der Bundesaufsicht in Art. 49 Abs. 2 BV, vgl. N. 16). Die verfassungsmässige Ordnung der Kantone umfasst alle Normen, die zur Verfassungsordnung der Kantone gehören (und damit insbesondere die kantonale Autonomie).

10 In der Literatur zu finden ist die Aussage, dass die Pflicht des Bundes nach Art. 52 Abs. 1 BV unabhängig davon besteht, ob ein Stör- oder Bedrohungsfall im Sinne von Art. 52 Abs. 2 BV vorliegt.[4102] Es lassen sich aber kaum Fälle denken, in denen nicht zugleich eine Störung oder Bedrohung der verfassungsmässigen Ordnung vorliegt. Praktisch greift die Schutzverpflichtung daher vor allem bei **Störungen oder Bedrohungen,** weil erst dann ein Schutzbedürfnis besteht: Dabei geht es primär um den Schutz der kantonalen Rechtsstaatlichkeit vor unrechtmässigen Angriffen von Seiten anderer Kantone, aber auch vor aufständischen Bewegungen sowie vor Eingriffen des Bundes selbst (wenn die Störungen oder Bedrohungen von Bundesbehörden ausgehen).[4103] Darunter fallen insbesondere Machtanmassung, Aufruhr, Sabotageaktionen, regionale Bürgerkriege oder Putsch-Versuche.[4104] Die Störungen oder Bedrohungen der verfassungsmässigen Ordnung treten in unterschiedlicher Art und Weise auf: Innerkantonale Probleme können sich in Form von Gewaltenteilungsproblemen (etwa wenn die Exekutive die Legislative systematisch ignoriert) bis hin zu vollkommener Untätigkeit (etwa wenn eine Behörde sich weigert, trotz einer entsprechenden Pflicht ein Referendum durchzuführen) manifestieren.[4105] Die verfassungsmässige Ordnung eines Kantons kann auch beeinträchtigt werden, wenn die Kantonsorgane nicht mehr funktionsfähig sind, weil beispielsweise die demokratisch gewählte Regierung die Amtsgeschäfte nicht mehr ausüben kann.[4106] Gemeinsam ist

4101 Was sehr weitgehend sein kann, wie SGK-Schweizer/Müller, Art. 52 BV N. 14 ff., darlegen. Grundlegend Martenet Vincent, L'autonomie constitutionnelle des cantons, Zürich/Basel/Genf 1999.

4102 So explizit nach BSK-Belser/Massüger, Art. 52 BV N. 6 und Biaggini, Art. 52 BV N. 3.

4103 Botschaft Totalrevision BV, S. 219; Biaggini, Art. 52 BV N. 3; vgl. CR-Martenet, Art. 52 BV N. 6.

4104 Biaggini, Art. 52 BV N. 3; Müller, S. 416; Ruch, S. 899; Tschannen, § 18 N. 697; SGK-Schweizer/Müller, Art. 52 BV N. 36 mit weiteren Beispielen.

4105 CR-Martenet, Art. 52 BV N. 10; vgl. die Ausführungen unter N. 16, 24.

4106 SGK-Schweizer/Müller, Art. 52 BV N. 37.

diesen Situationen, dass es sich um Fälle einer Überforderung der kantonalen Sicherheitskräfte handelt.[4107] Der Bund ist verpflichtet, sicherzustellen, dass politische Auseinandersetzungen in den Kantonen sowie die Beziehungen zwischen den Kantonen innerhalb des verfassungsrechtlichen Rahmens verlaufen.[4108] Damit trägt er dazu bei, dass kantonale Konflikte nicht so weit gehen können, dass sie den Bund selbst destabilisieren.[4109]

Dabei musss **nicht die Ordnung im ganzen Kanton** betroffen sein; vielmehr reicht es, wenn eine solche Situation irgendwo auf dem Kantonsgebiet stattfindet.[4110] Die Grenzziehung zum nicht von Art. 52 BV erfassten Staatsnotstand, der mehrere Kantone miteinbezieht und Notrecht ermöglicht, ist schwierig. Das liegt nicht zuletzt daran, dass der Staatsnotstand bzw. das Notrecht nicht ausdrücklich geregelt ist, sondern sich implizit aus Art. 165 BV, Art. 184 BV und Art. 185 BV ableiten lässt. Art. 52 BV kommt von seiner Konzeption her wohl immer dann zur Anwendung, wenn es sich nur um einen bis maximal zwei Kantone handelt. Wird der Konflikt hingegen zum gesamtschweizerischen Problem, sollte gestützt auf das verfassungsrechtlich vorgesehene Dringlichkeitsrecht vorgegangen werden.[4111] 11

Art. 52 Abs. 1 BV äussert sich – anders als Abs. 2 – gar nicht zu der Frage, **wann der Bund handeln muss**. Aufgrund ihrer umfassenden Organisationsautonomie sind die Kantone grundsätzlich selbst verantwortlich, den Schutz ihrer kantonalen Verfassungsordnung sicherzustellen. Damit stellen die Schutzpflichten aus Art. 52 BV nur subsidiäre Bundesauflagen mit geringer praktischer Wirkung dar.[4112] Kann ein Kanton die akute Gefährdung oder Beeinträchtigung nicht selbst abwenden, greift die Schutzverpflichtung in Art. 52 Abs. 1 BV und das Interventionsrecht des Bundes in Art. 52 Abs. 2 BV kommt zum Zug.[4113] 12

4107 Müller, S. 416.

4108 Botschaft Totalrevision BV, S. 219.

4109 CR-Martenet, Art. 52 BV N. 6.

4110 Biaggini, Art. 52 BV N. 3; Müller, S. 417; BSK-Belser/Massüger, Art. 52 BV N. 10.

4111 So in Art. 173 Abs. 1 lit. a–c BV (Kompetenzen der Bundesversammlung zur Wahrung der inneren und äusseren Sicherheit des Landes), Art. 165 Abs. 2 BV zur dringlichen Bundesgesetzgebung sowie die entsprechenden Kompetenzen des Bundesrats zu Notverordnungen und -verfügungen (Art. 185 Abs. 3 BV).

4112 Auer, Staatsrecht der Kantone, N. 575; vgl. ferner schon Macheret, Komm. aBV, Art. 16 aBV, N. 26 ff.

4113 Auer, Staatsrecht der Kantone, N. 575; ähnlich Biaggini, Art. 52 BV N. 5.

13 Die **Massnahmen**, mit denen der Bund seine Garantiepflicht einlösen kann, sind vielfältig und werden in Art. 52 BV nicht aufgeführt (zum Verhältnis zur Bundesintervention vgl. N. 15 und zur Abgrenzung mit der Bundesaufsicht vgl. N. 16). Eine wichtige Option ist der Rechtsweg, der auch im Fall von Unruhen und Verfassungskrisen offen steht.[4114] Gegen Hoheitsakte letztinstanzlicher kantonaler Gerichte kann Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten (bzw. je nach Fall subsidiäre Verfassungsbeschwerde) an das Bundesgericht geführt werden.[4115] Private können die Verletzung verfassungsmässiger Rechte sowie den Grundsatz der Gewaltenteilung rügen.[4116] Als Massnahme i. S. v. Art. 52 BV eignet sich dieser Schritt aber nur bedingt, weil das Bundesgericht lediglich eine Einzelfalloptik einnehmen kann.[4117] Immerhin kann das Bundesgericht im Rahmen der abstrakten Normenkontrolle eine breitere Perspektive als bei der Prüfung von Einzelakten anwenden. Eine weitere Relativierung des Rechtswegs ergibt sich aus dem Umstand, dass die Bundesrechtspflege kein Klageverfahren für innerkantonale Organstreitigkeiten kennt,[4118] die den Anwendungsfällen von Art. 52 BV regelmässig zugrunde liegen. Die Behördenbeschwerde von Bundesbehörden lässt sich der Bundesaufsicht zuschreiben (vgl. dazu N. 16). Bei der Wahl der Massnahmen zur Einlösung der Garantiepflicht sind die allgemeinen rechtsstaatlichen Prinzipien zu beachten.[4119]

14 Die Kantone müssen grundsätzlich dafür sorgen, dass die verfassungsmässige Ordnung bestehen bleibt, wenn nötig mit polizeilichen Mitteln. Versagen die kantonalen Mittel bzw. erweisen sie sich schon vorab als nicht ausreichend, so ist die Hilfe der anderen Kantone einzuholen.[4120] Reichen auch diese nicht aus, so kann der Kanton dem Bund beantragen, **Truppen zum Ordnungsdienst**[4121] aufzubieten.[4122] Dabei ist es dem Bund stets vorbehalten, über das Aufgebot und die Führung zu entscheiden.[4123] Der Ordnungsdienst hat indes eine geringe praktische Bedeutung. Der Armeeeinsatz erfolgt heute in Form des Assistenzdienstes, wie er jüngst in der Covid-19-Pandemie zum

4114. Tschannen, § 18 N. 699.
4115. Art. 189 Abs. 1 BV, konkretisiert in Art. 82 i. V. m. Art. 113 BGG bzw. Art. 116 ff. BGG.
4116. Für eine gute Übersicht über die Rechtsschutzmöglichkeiten vgl. CR-Martenet, Art. 52 BV N. 19.
4117. Tschannen, § 18 N. 699; ebenfalls kritisch zur Wirksamkeit auf dem Beschwerdeweg, BSK-Belser/Massüger, Art. 52 BV N. 12 f.
4118. Vgl. Biaggini, Art. 52 BV N. 4 und Aubert, Comm., Art. 52 BV N. 2.
4119. BSK-Belser/Massüger, Art. 52 BV N. 11; Biaggini, Art. 52 BV N. 4.
4120. Tschannen, § 18 N. 700.

Einsatz kam.[4124] Die Rolle der Armee wird dahingehend beschränkt, dass sie den zivilen Behörden auf deren Verlangen beisteht. Aufgebot und Zuweisung in die Kantone erfolgen durch den Bund.[4125]

B. Interventionspflicht (Art. 52 Abs. 2 BV)

Art. 52 Abs. 2 widmet der Bundesintervention einen eigenen Absatz. Darin manifestiert sich ein historisch wichtiger Anwendungsfall der Garantiemassnahmen.[4126] Unter «Bundesintervention» (oder auch «Eidgenössische Intervention»; «Intervention de la Confédération»; «Intervento della Confederazione») ist das **Eingreifen des Bundes bei gestörter oder unmittelbar bedrohter Ordnung** in einem Kanton gemeint.[4127] Mit der Bundesintervention soll eine gestörte öffentliche Ordnung in einem Kanton wiederhergestellt werden.[4128] Das Verhältnis zu den anderen Massnahmen zur Einlösung der Garantiepflicht ist bisweilen unklar und wird auch nicht ausdrücklich thematisiert. Während einige Massnahmen nach Art. 52 Abs.1 BV einen präventiven Charakter aufweisen können (z.B. Assistenzdienst der Armee oder Beschwerde an das Bundesgericht), wirkt die Bundesintervention aufgrund ihrer zusätzlichen Voraussetzungen (N. 17) grundsätzlich repressiv. Das schliesst aber nicht aus, dass im Rahmen einer Bundesintervention auch andere (mildere) Massnahmen gleichzeitig angeordnet werden können. 15

Fraglich ist weiter die Abgrenzung zur Bundesaufsicht in Art. 49 Abs. 2 BV. Nach Art. 49 Abs. 2 BV wacht der Bund über die Einhaltung des Bundesrechts durch die Kantone. Für Schweizer/Müller bildet die Bundesaufsicht ein Instrument des Bundes, um der Bundesgarantie nach Art. 52 BV 16

4121 Das Militärgesetz unterscheidet zwischen Friedensförderungs- (Art. 66 ff.), Assistenz- (Art. 67 ff.) und dem Aktivdienst (Art. 76 ff.), wobei der Ordnungsdienst als eine Unterkategorie des Aktivdienstes gilt, SGK-Schweizer/Müller, Art. 52 BV N. 49. Der Ordnungsdienst unterstützt die zivilen Behörden bei der Abwehr schwerwiegender Bedrohungen der inneren Sicherheit und bei der Bewältigung anderer ausserordentlicher Lagen (Art. 58 Abs. 2 Satz 2 BV).

4122 Art. 83 Abs. 5 MG.

4123 Art. 58 Abs. 3 BV.

4124 Tschannen, § 18 N. 700.

4125 Tschannen, § 18 N. 700.

4126 Vgl. Biaggini, Art. 52 BV N. 7; ferner Aubert, Comm., Art. 52 BV N. 4, 9.

4127 Tschannen, § 18 N. 701.

4128 Botschaft Totalrevision BV, S. 219.

nachzukommen.[4129] Biaggini unterscheidet dagegen zwischen dem Handeln im Rahmen der Bundesaufsicht und der Bundesexekution nach Art. 49 BV, auch wenn er einräumt, dass sich die Anwendungsbereiche überschneiden können.[4130] Im Unterschied zur **Bundesexekution**, die sich der Durchsetzung des Bundesrechts widmet, möchte die Bundesintervention die bundestreuen, aber überforderten Behörden schützen. Während sich demnach Massnahmen der Bundesintervention grundsätzlich zugunsten eines Kantons auswirken, bedeutet die Bundesexekution hingegen den Eingriff des Bundes im Rahmen seiner Aufsicht über einen Kanton.[4131] Die Grenzen können fliessend sein.[4132]

17 Die Bundesintervention ist an zwei kumulative Voraussetzungen geknüpft: Erstens muss eine **unmittelbar drohende oder bereits eingetretene Störung oder Bedrohung der verfassungsmässigen Ordnung der Kantone** vorliegen. Die Störung muss in einem qualifizierten Sinne verstanden werden; erfasst sind schwer kontrollierbare Ereignisse (Putschversuche, Aufstände oder gar schwere Gefährdungen von kritischen Infrastrukturen), welche den Kanton als Institution destabilisieren können (vgl. N. 10).[4133]

18 Zweitens muss die **Subsidiarität** gewahrt werden; eine Bundesintervention kommt nur in Frage, wenn der betroffene Kanton nicht in der Lage ist, die Störung selbst oder mit Hilfe anderer Kantone zu beseitigen.[4134] Hilfe anderer Kantone kann bedeuten, Polizeikräfte anderer Kantone über Konkordate oder das IKAPOL beizuziehen.[4135] Die Kantone müssen alles in ihrer Macht Stehende tun, um eine Störung zu vermeiden und die öffentliche Ordnung im

4129 Was sich unter anderem aus der Systematik ergibt, vgl. «Aufsicht durch den Bund» als Ziff. 4.2.2. unter «Instrumente des Bundes» im Abschnitt zur Bundesintervention bei SGK-Schweizer/Müller, Art. 52 BV N. 31.

4130 Biaggini, Art. 52 BV N. 7, 10; scheinbar ähnlich, auch wenn er sich nicht klar dazu äussert, CR-Martenet, Art. 52 BV N 21.

4131 Biaggini, Art. 52 BV N. 7; CR-Martenet, Art. 52 BV N. 21; vgl. Rechsteiner, N. 90; ferner SGK-Schweizer/Müller, Art. 52 BV N. 34.

4132 Vgl. CR-Martenet, Art. 52 BV N. 21 und BSK-Belser/Massüger, Art. 52 BV N. 20.

4133 Aubert, Comm., Art. 52 BV N. 5; SGK-Schweizer/Müller, Art. 52 BV N. 35 ff., kritische Auseinandersetzung mit dem Begriff der qualifizierten Gefahr, N. 38; BSK-Belser/Massüger, Art. 52 BV N. 16, vergleichen die Situation mit «failed oder failing states».

4134 Tschannen, § 18 N. 702; Biaggini, Art. 52 BV N. 8; Rechsteiner, N. 93; Macheret, Komm. aBV, Art. 16 aBV, N. 3; BSK-Belser/Massüger, Art. 52 BV N. 18 m. w. N., gehen von einer Beistandspflicht aus.

4135 SGK-Schweizer/Müller, Art. 52 BV N. 32; Rechsteiner, N. 93.

Falle einer Störung wiederherzustellen.[4136] Dem Bund kommt nur eine subsidiäre Letztverantwortung zu.[4137]

19 Die Bundesintervention kann sowohl von der Bundesversammlung als auch vom Bundesrat angeordnet werden (Art. 173 Abs. 1 lit. b BV und Art. 185 Abs. 2 BV). Die **Zuständigkeit** des Bundesrats ist vor allem ausserhalb der Parlamentssessionen und bei Dringlichkeit von Belang.[4138] Der Interventionsbeschluss ergeht von Amtes wegen oder auf Gesuch eines Kantons.[4139]

20 Als Interventionsmassnahmen kommt vieles in Betracht – begrenzt werden diese Möglichkeiten insbesondere durch das Verhältnismässigkeitsprinzip.[4140] Die zuständigen Behörden verfügen über einen Ermessensspielraum. Das hat weitreichende Implikationen: In der Literatur wurde – soweit ersichtlich – nicht thematisiert, ob eine Bundesintervention auch dazu ermächtigt, die **verfassungsmässige Zuständigkeitsordnung zu umgehen**. Darf der Bund mit anderen Worten mehr, weil er die Voraussetzungen einer Bundesintervention erfüllt? Dafür spricht sicherlich der Umstand, dass es gerade Voraussetzung einer Bundesintervention ist, in Autonomiebereiche der Kantone einzugreifen. Eine nicht mehr funktionierende kantonale Regierung (etwa bei Untätigkeit oder Amtsniederlegung sämtlicher Mitglieder ohne Nachfolge) ist zum Beispiel grundsätzlich eine kantonale Angelegenheit. Interveniert der Bund in einem solchen Fall, verletzt er formal betrachtet die verfassungsmässige Zuständigkeitsordnung. Relativiert wird diese Problematik aber durch den Umstand, dass die Bundesintervention im weitesten Sinne zu Gunsten des betroffenen Kantons erfolgt und an Voraussetzungen geknüpft ist, die die Kompetenzordnung respektieren und zum schonenden Umgang raten.[4141] Der Kanton hat daher ein Interesse, dass der Bund einschreitet. Theoretisch bleibt aber die Wahl und Ausübung der Interventionsmassnahmen missbrauchsanfällig.

4136 So schon Macheret, Komm. aBV, Art. 16 aBV N. 7; CR-Martenet, Art. 52 BV N. 14.

4137 BSK-Belser/Massüger, Art. 52 BV N. 17 m. w. H., ferner 33; vgl. CR-Martenet, Art. 52 BV N. 13 f.

4138 Tschannen, § 18 N. 704.

4139 Tschannen, § 18 N. 704; BSK-Belser/Massüger, Art. 52 BV N.19; SGK-Schweizer/Müller, Art. 52 BV N. 40.

4140 Biaggini, Art. 52 BV N. 11; Aubert, Comm., Art. 52 BV N. 7; Müller, S. 418; Rechsteiner, N. 94.

4141 Zur Unterscheidung zwischen Interventionsrecht und -pflicht vgl. die Ausführungen bei N. 23.

21 Als Interventionsmassnahmen bieten sich primär die **Entsendung eines Kommissärs oder einer Kommissärin** oder ein Armeeeinsatz an. Der Auftrag bleibt der gleiche, nämlich die gestörte Ordnung im Kanton wiederherzustellen.[4142] Diese entsandte Person vertritt den Bundesrat vor Ort und darf alle Anordnungen treffen, die sich nach den Umständen als notwendig erweisen.[4143] Dieses Gebot räumt ihr einen fast unbeschränkten Ermessensspielraum ein. Die Flexibilität geht auf Kosten der Überprüfbarkeit: Ohne klare Vorgaben lässt sich die Rechtmässigkeit des Vorgehens auch nicht kontrollieren.

22 Beim **Einsatz der Armee auf Anordnung des Bundes** im Rahmen einer Bundesintervention gilt es, die besonderen Zuständigkeiten, die in diesem Bereich existieren, zu beachten: Für das Truppenaufgebot ist zunächst die Bundesversammlung nach Art. 173 Abs. 1 lit. d BV zuständig. In dringenden Fällen weist die Bundesverfassung diese Kompetenz dem Bundesrat zu (Art. 185 Abs. 4 Satz 1 BV). Werden mehr als 4'000 Armeeangehörige mobilisiert, oder zeichnet sich ab, dass der Einsatz über drei Wochen dauern wird, muss der Bundesrat die Bundesversammlung einberufen und entscheiden lassen (Art. 185 Abs. 4 Satz 2 BV).

23 Die Bundesversammlung entscheidet über die Überwälzung der **Kosten** für die erfolgte Bundesintervention.[4144] Anders als Art. 43 VE 1996 und seine Vorgängerversionen verzichtet Abs. 2 auf eine ausdrückliche Regelung der Kostentragung.[4145] In der Parlamentsdebatte ist die Regelung der Kostentragung für verfassungsunwürdig befunden worden.[4146]

24 Während der Bund beim Vorliegen der Voraussetzungen eingreifen muss, ist unklar, ab wann der Bund eingreifen darf (**Interventionsrecht vs. Interventionspflicht**).[4147] Die Grundsätze der Verhältnismässigkeit können allenfalls auch für eine vorzeitige Eingriffsbefugnis sprechen.[4148] Der Blick in

---

4142 Dass militärische Mittel denkbar sind, ergibt sich aus der Herkunft und Entstehungsgeschichte der Norm, vgl. Biaggini, Art. 52 BV N. 11; zum militärischen Einsatz als *ultima ratio* CR-Martenet, Art. 52 BV N. 20; zur komplexen Abgrenzung nach altem Recht Macheret, Komm. aBV, Art. 16 aBV, N. 2.

4143 Tschannen, § 18 N. 705; Macheret, Komm. aBV, Art. 16 aBV N. 1, spricht noch von «Quasi-Vormundschaft», zur Rolle des Kommissars, N. 9.

4144 Tschannen, § 18 N. 708; Biaggini, Art. 52 BV N. 14; Müller, S. 418; Ruch, S. 899.

4145 Macheret, Komm. aBV, Art. 16 aBV N. 24; SGK-Schweizer/Müller, Art. 52 BV N. 12.

4146 Votum Aeby, Amtliches Bulletin S zur Verfassungsreform von 1998, Sonderausgabe, S. 66.

die Vorgängerversion von Art. 52 Abs. 2 BV (Art. 16 BV 1848 und 1874) zeigt aber, dass die Norm auch das System der Kompetenzverteilung respektieren soll,[4149] weshalb ein frühzeitiges Eingreifen mit dem kantonalen Primat nicht vereinbar sein könnte.[4150] Mit der Verfassungsrevision von 1999 vereinfachte der Verfassungsgeber den Interventionsartikel gegenüber der Vorfassung erheblich, weshalb nun präventive Massnahmen grundsätzlich möglich sind.[4151] Nach Massgabe von Art. 44 Abs. 1 BV (Zusammenarbeit von Bund und Kantonen), der insbesondere das Prinzip der schonenden Kompetenzausübung umfasst, wird der Bund aber nicht eingreifen, bevor er mit den Kantonen die Lage und die Interventionsmöglichkeiten geklärt hat.[4152] Vor dem Hintergrund der weitgehenden Möglichkeiten sollte von einem Interventionsrecht nur zurückhaltend Gebrauch gemacht werden.

Umstritten ist auch, **gegen wen** sich eine Bundesintervention richten darf.[4153] 25
Um den Schutzcharakter von Art. 52 Abs. 2 BV zu verwirklichen, sollte hier keine restriktive Praxis gelten. Es sollten durchaus auch Personen erfasst werden, die unabhängig von ihrer Funktion die verfassungsmässige Ordnung gefährden (etwa terroristische Gruppierungen oder ehemalige Amtstragende). Hingegen dürfte klar sein, dass auch bei einer Bundesintervention weiterhin Grundrechtsschutz besteht.[4154] Bei rechtswidrigen Realakten oder

4147 Vgl. die Diskussion schon bei Macheret, Komm. aBV, Art. 16 aBV N. 11 ff.; wenn die Voraussetzungen für eine Intervention erfüllt sind, ist es aber kein Interventionsrecht, sondern eine Interventionspflicht, vgl. CR-Martenet, Art. 52 BV N. 15 und BSK-Belser/Massüger, Art. 52 BV N. 19.

4148 Vgl. zur Verhältnismässigkeit und Subsidiarität Biaggini, Art. 52 BV N. 9, 19; als Ausfluss der allgemeinen Schutzpflichten in Art. 52 Abs. 1 BV, BSK-Belser/Massüger, Art. 52 BV N. 19.

4149 Vgl. Macheret, Komm. aBV, Art. 16 aBV N. 8.

4150 Vgl. ferner Müller, S. 419, 493 und CR-Martenet, Art. 52 BV N. 14 f.

4151 Müller, S. 417. So scheiterte im Nationalrat ein Minderheitsantrag, der vorsah, dass der Bund nur auf Gesuch eingreifen dürfe, Amtliches Bulletin N zur Verfassungsreform von 1998, Sonderausgabe, S. 259 ff.

4152 Ruch, S. 899; SGK-Schweizer/Müller, Art. 52 BV N. 42. Darin ist auch die Bedeutung von Art. 52 manifestiert, vgl. Müller, S. 419, 493.

4153 Ruch, S. 899, geht traditionell davon aus, dass die Störung nicht von Behörden ausgehen darf; Biaggini, Art. 52 BV N. 10, vertritt, dass neben Behörden auch Private betroffen sein können; anders SGK-Schweizer/Müller, Art. 52 N 34, 38, die Dritte mit dem Störerprinzip einbinden sowie historisch einordnend Müller, S. 417; scheinbar ein weites Verständnis vertritt CR-Martenet, Art. 52 BV N. 12; sehr weitgehende Interpretation bei BSK-Belser/Massüger, Art. 52 BV N. 16, engerer Kreis aber nach N. 20; vgl. aber Rechsteiner, N. 91, der belegt, dass in der Praxis immer Personen die Ursache der Störung bzw. Gefährdung waren.

4154 SGK-Schweizer/Müller, Art. 52 BV N. 47.

fehlerhaften Verfügungen durch Bundesinterventionen sind allfällige Schadenersatzforderungen nach Art. 135 ff. Militärgesetz und subsidiär nach Verantwortlichkeitsgesetz zu behandeln.[4155]

Zur Autorin

Dr. Renata Trajkova ist Dozentin für Staats- und Verwaltungsrecht an der Züricher Hochschule für Angewandte Wissenschaften (School of Management and Law) und forscht am Institut für Regulierung und Wettbewerb in diversen Forschungsprojekten zu raumplanungs-, bau- und umweltrechtlichen Fragestellungen. Sie ist Co-Vorsitzende des Fachkreises Raumplanungsrecht und verfasst an der Universität St. Gallen eine Habilitationsschrift zum Raumplanungsrecht. Zudem ist sie selbständige Rechtsanwältin und Lehrbeauftragte an der Universität Zürich.

WEITERE EMPFOHLENE LEKTÜRE

Bernard Frédéric, État de droit et situations extraordinaires, in: Diggelmann Oliver et al. (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Bd. II, Zürich 2020, S. 979 ff.

Eichenberger Kurt, Die Sorge für den inneren Frieden als primäre Staatsaufgabe, ZBl 1977,
S. 433 ff.

Jaag Tobias, Die Rechtsstellung der Kantone in der Bundesverfassung, in: Thürer Daniel et al. (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, § 30, S. 473 ff.

Lienhard Andreas/Häsler Philipp, Verfassungsrechtliche Grundlagen des Sicherheitsrechts, in: Schweizer Rainer J. (Hrsg.), Sicherheits- und Ordnungsrecht des Bundes, SBVR III/1, Basel 2008,
S. 95 ff.

Müller Reto Patrick, Innere Sicherheit Schweiz, Diss. Basel, Egg 2009.

Ruch Alexander, Äussere und innere Sicherheit, VRdCH, S. 889 ff.

4155SGK-Schweizer/Müller, Art. 52 BV N. 48.

Trajkova Renata, Kommentierung zu Art. 51 BV, in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (Hrsg.), Onlinekommentar zur Bundesverfassung, https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/bv51, Version 08.06.2026.

Vez Jean-Luc, Le pouvoir de disposer des moyens stratégiques dans la défense générale, Diss., Freiburg 1985.

Zeller René, Ruhe und Ordnung in der Schweiz, Diss., Zürich 1990.

LITERATURVERZEICHNIS

Aubert Jean-François, Kommentierung zu Art. 52 BV, in: Aubert Jean-François/Mahon Pascal (Hrsg.), Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse di 18 avril 1999, Zürich et al. 2003 (zit. Comm.).

Auer Andreas, Staatsrecht der schweizerischen Kantone, Bern 2016

Belser Eva Maria/Massüger Nina, Kommentierung zu Art. 52 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Schweizerische Bundesverfassung, Basler Kommentar, 2. Aufl., Basel 2025.

Biaggini Giovanni, Kommentierung zu Art. 52 BV, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2017.

Bundesrat, Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20.11.1996, BBl 1997 I 1 ff. (zit. Botschaft VE 1996).

Bundesrat, Botschaft über die Inkraftsetzung der neuen Bundesverfassung und die notwendige Anpassung der Gesetzgebung vom 11.8.1999, BBl 1999 7922 ff. (zit. Botschaft Totalrevision BV).

Macheret Augustin, Kommentierung zu Art. 16 aBV, in: Aubert Jean-François et. al. (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29.5.1874, Loseblatt, Basel et. al. 1987–1996 (zit. Komm. aBV).

Martenet Vincent, Kommentierung zu Art. 52 BV, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Commentaire romand Constitution fédérale, Band 1, Basel 2021 (zit. CR).

Müller Reto Patrick, Innere Sicherheit Schweiz, Diss. Basel, Egg 2009.

Rechsteiner David, Recht in besonderen und ausserordentlichen Lagen, Unter besonderer Berücksichtigung des Rechts bei Katastrophen, Diss., St. Gallen 2016.

Ruch Alexander, § 56 Äussere und innere Sicherheit, in: Thürer Daniel/Aubert Jean-François/Müller Jörg Paul, Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich/Basel/Genf 2001, S. 889 ff.

Schweizer Rainer/Müller Reto Patrick, Kommentierung zu Art. 52 BV, in: Ehrenzeller Bernhard et. al. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, Band 1, 4. Aufl., Zürich et al. 2023 (zit. SGK).

Tschannen Pierre, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 5. Aufl., Bern 2021.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 55 BV

Eine Kommentierung von Simon Mazidi

ZITIERVORSCHLAG

Simon Mazidi, Kommentierung zu Art. 55 BV, in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (Hrsg.), Onlinekommentar zur Bundesverfassung

Kurzzitat: OK-Mazidi, Art. 55 BV N. XXX.

Art. 55 Mitwirkung der Kantone an aussenpolitischen Entscheiden

[1] Die Kantone wirken an der Vorbereitung aussenpolitischer Entscheide mit, die ihre Zuständigkeiten oder ihre wesentlichen Interessen betreffen.

[2] Der Bund informiert die Kantone rechtzeitig und umfassend und holt ihre Stellungnahmen ein.

[3] Den Stellungnahmen der Kantone kommt besonderes Gewicht zu, wenn sie in ihren Zuständigkeiten betroffen sind. In diesen Fällen wirken die Kantone in geeigneter Weise an internationalen Verhandlungen mit.

GLIEDERUNG

I. Entstehungsgeschichte 941
II. Kontext 943
A. Bedeutung 943
B. Zweck 946
C. Schranke 947
D. Umsetzung 948
E. Rechtsschutz 949
F. Europäische Integration 951
III. Spezifische Mitwirkungsrechte der Kantone an aussenpolitischen Entscheiden 954
A. Grundsatz der Mitwirkung (Abs. 1) 954
1. Adressatenkreis und Träger der Mitwirkungsrechte 954
2. Aussenpolitische Entscheide 956
3. Betroffenheit von Zuständigkeiten oder wesentlichen Interessen 957
4. Entscheidvorbereitung 959
B. Formen der Mitwirkungsrechte (Abs. 2) 961
1. Informationsrecht 962
2. Konsultation der Kantone 964
C. Besondere Mitwirkungsrechte (Abs. 3) 966
1. Qualifiziertes Berücksichtigungsrecht 967
2. Recht auf Teilnahme an Verhandlungen 969
Weitere empfohlene Lektüre 971
Literaturverzeichnis 972
Materialien und weitere Dokumente 977

I. ENTSTEHUNGSGESCHICHTE

Im Zuge der Beschleunigung des europäischen Integrationsprozesses und namentlich der Verhandlungen zu einem Beitritt der Schweiz zum Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) trat deutlich zu Tage, wie stark die Zuständigkeiten der Kantone durch völkerrechtliche Verträge berührt sein können.[4156] Im Rahmen der **EWR-Verhandlungen** wurde deshalb der Einbezug der Kantone verstärkt, indem für die Koordination auf das damals bestehende Kontaktgremium Bund–Kantone zurückgegriffen wurde.[4157] Die enge Verflechtung machte jedoch deutlich, dass eine stärkere Institutionalisierung des kantonalen Einbezugs erforderlich war. Entsprechend wären den Kantonen beim Beitritt und im Hinblick auf die Umsetzung und Fortbildung des EWR-Rechts Informations- und Mitwirkungsrechte verfassungsrechtlich eingeräumt worden.[4158] Auf diese Weise wären eine kurzfristige Information und Konsultation sowie eine stärkere kantonale Beteiligung an der Europapolitik des Bundes verfassungsrechtlich gewährleistet gewesen.[4159] Der Bundesrat hielt allerdings bereits in seiner Botschaft zum EWR-Beitritt fest, dass sich der Einbezug der Kantone ohnehin von selbst verstehe.[4160] Folglich erachtete er einzig «[a]us politischen, nicht aus juristischen Gründen [...] eine verfassungsrechtliche Bestimmung über die Anhörungsrechte der Kantone für opportun.»[4161] 1

Nach dem Scheitern des EWR-Beitritts an der Urne vereinbarten der Bundesrat und die Kantonsregierungen, die Zusammenarbeit gemäss der damals im Bundesbeschluss über den EWR vom 9. Oktober 1992 vorgeschlagenen Verfassungsbestimmung fortzusetzen.[4162] Der Bundesrat 2

4156 Epiney/Kern, N. 47; Pfisterer, ZBl 97 (1996), S. 552.

4157 Siehe zum Kontaktgremium Bericht Mitwirkung der Kantone 1994, S. 631.

4158 Der im Bundesbeschluss EWR vorgesehene Art. 21 der Übergangsbestimmungen der Bundesverfassung lautete wie folgt: «Der Bund berücksichtigt bei der Durchführung und Weiterentwicklung des EWR-Abkommens sowie bei Fragen der europäischen Integration die Kompetenzen der Kantone und wahrt ihre Interessen. Er informiert die Kantone rechtzeitig und umfassend, hört sie an und zieht sie bei der Vorbereitung von Entscheiden bei.» Siehe zum Ganzen auch Botschaft EWR, S. 95; Botschaft BGMK, S. 1165; BSK-Waldmann, Art. 55 BV N. 2; Pfisterer, ZBl 97 (1996), S. 552.

4159 Bericht Mitwirkung der Kantone 1994, S. 631; Botschaft EWR, S. 95.

4160 Botschaft EWR, S. 95.

4161 Botschaft EWR, S. 95 f.

4162 Bericht Mitwirkung der Kantone 1994, S. 633; Botschaft Folgeprogramm 1993, S. 818.

stimmte in der Folge zu, die Schaffung einer rechtlichen Grundlage zur Mitwirkung der Kantone an der Aussenpolitik zu prüfen. Dabei folgte er dem Vorschlag der in der Zwischenzeit konstituierten Konferenz der Kantonsregierungen (KdK), die zu diesem Zweck die Einsetzung einer paritätisch besetzten Arbeitsgruppe aus Vertreter:innen des Bundes und der Kantone anregte.[4163] Die paritätische Arbeitsgruppe «Mitwirkung der Kantone» erarbeitete daraufhin mit Hilfe des Instituts für Föderalismus der Universität Freiburg einen Entwurf zu einem **Bundesgesetz über die Mitwirkung der Kantone in der Aussenpolitik**.[4164] Auf Wunsch der KdK wurde der Entwurf seinem Sinn und Geist nach bereits ab Herbst 1996 und somit vor seinem Inkrafttreten provisorisch angewendet.[4165] Die Bundesversammlung verabschiedete das Bundesgesetz erst im Jahr 1999 nach einlässlichen Diskussionen. Kern der parlamentarischen Debatte war die fragliche Notwendigkeit des Bundesgesetzes. In Anlehnung an *Montesquieus* Diktum, wonach «[...] les lois inutiles affaiblissent les lois nécessaires [...]»[4166], wurde geltend gemacht, dass die Zusammenarbeit in der Praxis bereits auf der Basis des geltenden Rechts gut funktioniere und der neue Verfassungsartikel ohnehin bereits alle wichtigen Punkte der Mitwirkung enthalte.[4167] In der Schlussabstimmung vom 22. Dezember 1999 stimmten jedoch sowohl der Nationalrat als auch der Ständerat dem Gesetzesentwurf deutlich zu. Das Bundesgesetz über die Mitwirkung der Kantone in der Aussenpolitik (BGMK) trat am 1. Juli 2000 in Kraft.

3 Im Rahmen der **Totalrevision der Bundesverfassung** wurden die Mitwirkungsrechte der Kantone zunächst als Variante zur allgemeinen Bestimmung über die Zuständigkeit in den auswärtigen Angelegenheiten eingefügt.[4168] Die vorgeschlagene Variante entsprach weitgehend der

4163 Bericht Mitwirkung der Kantone 1994, S. 634 f.; siehe dazu auch die zwei gleichlautenden Motionen 93.3169 (Engler) und 93.3175 (Cottier).

4164 So zumindest ein Votum anlässlich der parlamentarischen Beratung zur Motion 93.3175 (Cottier); siehe hierzu AB N 1995 512 (Mühlemann).

4165 Botschaft BGMK, S. 1165; AB S 1998 1315 (Beerli).

4166 Montesquieu, Livre 29, Chapitre 16 (S. 1036); siehe die zahlreichen Verweise auf Montesquieu während der Debatte AB S 1998 1316 (Seiler); AB S 1998 1317 (Inderkum); AB S 1998 1319 (Respini); AB N 1999 633 (Tschopp); AB N 1999 636 (Baumann).

4167 Vgl. AB S 1998 1316 (Seiler); AB S 1998 1317 (Brunner); AB 1998 1317 f. (Plattner); AB 1998 1320 (BR Cotti); AB N 1999 633 (Gysin); AB N 1999 633 (Tschopp); AB N 1999 636 (Baumann); AB N 1999 636 (Nabholz); AB N 1999 636 (Vollmer). Der Nationalrat beschloss mit nur einer Stimme Differenz überhaupt Eintreten.

Verfassungsbestimmung, die im Bundesbeschluss über den EWR vom 9. Oktober 1992 enthalten war.[4169] Im Verfassungsentwurf von 1996 wurden die kantonalen Mitwirkungsrechte sodann in eine eigenständige Verfassungsbestimmung überführt.[4170] Da es sich um eine bestehende Praxis handelte,[4171] die verfassungsrechtlich verankert werden sollte, stellte der Vorschlag in seiner Form keine rechtspolitische Neuerung dar.[4172] In den parlamentarischen Debatten zeigte sich eine hohe Zustimmung zum bundesrätlichen Entwurf. Die einzige inhaltliche Änderung war die Streichung von Art. 50 Abs. 3 VE (1996), wonach die Kantone jene internationalen Verpflichtungen der Schweiz umzusetzen haben, die in ihren Zuständigkeitsbereich fallen. Die Streichung wurde damit begründet, dass die allgemeine Pflicht der Kantone zur Umsetzung des Bundesrechts, zu dem auch das Völkerrecht gehört, bereits anderweitig und in grundsätzlicher Weise im Verfassungsentwurf verankert war.[4173]

II. KONTEXT

A. Bedeutung

Die umfassende Bundeskompetenz im Bereich der auswärtigen Angelegenheiten ist heute aufgrund ihrer positivrechtlichen Verankerung in Art. 54 Abs. 1 BV unbestritten.[4174] In den jungen Jahren des Bundesstaates war dieser Bereich hingegen noch Gegenstand eines weitgehend **ungelösten Kompetenzstreits**.[4175] Der Bund folgte der Sentenz «Einheit der Bundesglieder nach Außen, Selbständigkeit derselben im Innern»[4176], weshalb er zahlreiche Abkommen in Bereichen abschloss, die innerstaatlich in die Zuständigkeit der Kantone fielen.[4177] Einzelne Kantone waren indes nicht 4

4168 Art. 44 Abs. 3 VE (1995).

4169 Erläuterungen zum VE 1995, S. 201.

4170 Art. 50 VE (1996); siehe auch die Ausführungen bei CR-Maroonian/Kolb, Art. 55 Cst. N. 1.

4171 Biaggini, Art. 55 BV N. 1; CR-Maroonian/Kolb, Art. 55 Cst. N. 2; Rhinow/Schefer/Uebersax, N. 3720; SGK-Fassbender, Art. 55 BV N. 6; Zimmerli, S. 56.

4172 Botschaft BV, S. 231; Biaggini, AJP 1999, S. 725.

4173 Siehe Art. 46 Abs. 1 BV; siehe zu den parlamentarischen Debatten AB S 1998 67 f. (Sonderausgabe); AB N 1998 444 (Sonderausgabe); ferner auch BSK-Waldmann, Art. 55 BV N. 5.

4174 Siehe auch Botschaft BV, S. 299; Erläuterungen VE 1995, S. 78; Biaggini, Art. 54 BV N. 5; SGK-Ehrenzeller [3. Aufl.], Art. 54 BV N. 12; BSK-Epiney, Art. 54 BV N. 20; Waldmann, Schranken, S. 156 f.

gewillt, eine solch umfassende Bundeskompetenz zu akzeptieren: «Namentlich die peripheren Kantone Tessin, Baselland und Genf löckten immer wieder gegen den Bundesstachel.»[4178] Der Widerstand einzelner Kantone zeigte sich deutlich am Vertragswerk zwischen der Schweiz und Frankreich von 1864. Mit der unterschiedslosen Gewährung der Niederlassungsfreiheit an alle französischen Staatsangehörigen sowie mit den Bestimmungen zum Schutz des geistigen Eigentums französischer Kunstschaffenden setzte sich der Bund über die im Innenverhältnis geltende verfassungsrechtliche Zuständigkeitsordnung hinweg.[4179] In der Folge rügten sowohl die Regierung des Kantons Basel-Landschaft mit einer Beschwerde als auch eine Petition im Kanton Genf eine Verletzung der verfassungsmässig garantierten Zuständigkeitsordnung.[4180] Dadurch wurde letztlich die Anwendbarkeit der entsprechenden Staatsverträge in Frage gestellt. Solche Nullifikationsbestrebungen, durch welche etwa die Kantone eine

4175. Siehe etwa die Einschätzung von His, S. 63, zum Umfang der Vertragsschlusskompetenz des Bundes: «Das vorliegende Problem gehört zweifellos – trotz der von einigen Autoren behaupteten Klarheit der Bestimmungen – zu den allerschwierigsten Fragen des an heiklen Doktorfragen sowieso nicht ganz armen schweizerischen Bundesstaatsrechts.» M.w.H. Schindler, Kommentar BV 1874, Art. 8 N. 7; Sturny, S. 72 f.; Wildhaber, S. 310 ff.; Zellweger, S. 68 ff.; siehe auch BGE 96 I 737 E. 6b; BGE 9 I 175 E. 2.

4176. Botschaft Verträge mit Frankreich 1864, S. 258. In der Aussage schimmert die Maxime «Einheit und Kraft nach aussen, Vielfalt und Freiheit im Innen» durch. Diese wurde gemäss Begleitbericht VE 1977, S. 90, durch *Montesquieu* formuliert. In der Schweiz wird der Ausspruch oftmals mit Alfred Escher in Zusammenhang gebracht. Siehe dazu Wildhaber, S. 313 Fn. 10; Zellweger, S. 74.

4177. Schindler, Kommentar BV 1874, Art. 8 BV N. 8.

4178. Bonjour, S. 148; so auch wiedergegeben bei Thürer, S. 53.

4179. Für eine Auflistung weiterer Staatsverträge, die in die kantonale Zuständigkeitsordnung eingegriffen haben, siehe Wildhaber, S. 312 ff.

4180. Trotz Art. 1 des Niederlassungsvertrags zwischen der Schweiz und Frankreich vom 30.6.1864, der allen französischen Staatsangehörigen unabhängig von ihrer Religionszugehörigkeit die freie Niederlassung auf dem gesamten Gebiet der Schweiz gewährte, verweigerte der Kanton Basel-Landschaft 1865 zwei französischen Israeliten die Niederlassung. Der Bundesrat wies daraufhin den Kanton Basel-Landschaft per Bundesbeschluss vom 15.9.1865 an, dass der Beschluss des Landrates des Kantons Basel-Landschaft aufzuheben ist und der Kanton den Staatsvertrag innert 14 Tagen in seiner Gesamtheit vollziehen muss. Gegen diesen Bundesbeschluss legte der Landrat des Kantons Basel-Landschaft Rekurs bei der Bundesversammlung ein. Siehe zum Ganzen Beschluss der Bundesversammlung i.S. Basel-Landschaft 1865, S. 946; Botschaft Basel-Landschaft 1865, S. 801 ff. Im Kanton Genf wandte sich der damalige Chefredaktor der Zeitung *l'Avenir* im Namen der Redaktion mit einer Petition an die Bundesversammlung. Siehe hierzu Bericht Petitionskommission betreffen den Staatsvertrag zum Schutz des geistigen Eigentums 1867, S. 705 ff.

Verfassungswidrigkeit völkerrechtlicher Verträge rügten, waren denn auch der eigentliche Auslöser des Anwendungsvorrangs des Völkerrechts, wie er sich heute in Art. 190 BV findet.[4181]

Infolge der erheblichen Ausdehnung der Gesetzgebungskompetenzen auf Bundesstufe im Verlaufe des 20. Jahrhunderts erfuhrt die Asymmetrie zwischen Vertragsschlusskompetenz und Gesetzgebungskompetenz eine Abschwächung. Völkerrechtliche Verträge berührten vermehrt Sachbereiche, die einen unmittelbaren Bezug zu Bundeskompetenzen aufwiesen.[4182] Mit Ausnahme des Zivil- und Strafprozessrechts, die erst im neuen Jahrtausend vereinheitlicht wurden, bestanden noch in den Bereichen (Doppel-)Besteuerung, Kultur, Bildung und Strafverfolgung substantielle Bezugspunkte zu kantonalen Zuständigkeiten.[4183] Das **föderale Spannungsverhältnis** offenbarte sich erst wieder im Zuge des qualitativen und quantitativen Bedeutungszuwachses des Völkerrechts.[4184] Im Vordergrund stand die zunehmende europäische Integration, die sich auf zahlreiche kantonale Zuständigkeitsbereiche auswirkte.[4185] Wie eingangs dargelegt (s. N. 1 ff.), führte dies sodann zur Institutionalisierung und Konstitutionalisierung der kantonalen Mitwirkungsrechte, wie sie heute in Art. 55 BV und im BGMK festgelegt sind. 5

Die verfassungshistorische Einbettung verdeutlicht, dass die Genese des Art. 55 BV auf das Engste mit der Herausbildung einer umfassenden Kompetenz des Bundes zum Abschluss völkerrechtlicher Verträge verbunden ist. Sie zeigt zudem auf, dass die Bedeutung der Mitwirkungsrechte in einer partiellen **Kompensation** der umfassenden Zuständigkeit des Bundes in den auswärtigen Angelegenheiten liegt.[4186] Denn aufgrund der heute in Art. 54 Abs. 1 BV verankerten Zentralisierung der Aussengewalt und der damit verbundenen umfassenden Vertragsschlusskompetenz kann der Bund bei den 6

4181 Schindler (Sen.), ZSR 44 (1925), S. 25.

4182 Zellweger, S. 71.

4183 Sturny, S. 76.

4184 Siehe statt vieler Pfisterer, ZBl 97 (1996), S. 545 f.; SGK-Fassbender, Art. 55 BV N. 2.

4185 Siehe Bericht Auswirkungen 1989, S. 490 ff.; Breitenmoser, N. 18 ff.; Oesch, N. 20. Kantonale Autonomieverluste erfolgten namentlich in den Bereichen des Polizei- und Justizwesens, des öffentlichen Beschaffungswesens, der Ausübung reglementierter Berufe und der Diplomanerkennung sowie der öffentlichen Beihilfen.

4186 Biaggini, Art. 55 BV N. 2; CR-Maroonian/Kolb, Art. 55 Cst. N. 10; Pfisterer, EU-Zusammenarbeit, N. 89; Waldmann, Schranken, S. 161.

zu regelnden Materien über das hinausgehen, was ihm im Inneren durch die Gesetzgebungskompetenzen verfassungsmässig zugestanden wird. Aus föderalistischer Sicht besteht dabei die Gefahr, dass die innerstaatliche Zuständigkeitsverteilung über den Umweg völkerrechtlicher Verträge schleichend ausgehöhlt wird. Aus diesem Grund hat sich der Bund seit jeher eine föderalistische Zurückhaltung auferlegt, wenn völkerrechtliche Verträge Zuständigkeiten der Kantone betreffen.[4187] Zu dieser *courtoisie fédéraliste* wird er heute in Art. 54 Abs. 3 BV ausdrücklich verpflichtet.[4188] Art. 55 BV gibt sodann mit den Mitwirkungsrechten die Instrumente an die Hand, mit denen die in Art. 54 Abs. 3 BV statuierte Rücksichtnahmepflicht des Bundes konkret zu verwirklichen ist.[4189] Die in Art. 55 BV und im BGMK festgelegten Instrumente dienen in dieser Weise als konkrete Ausgestaltung eines föderalen Gegengewichts zur umfassenden Vertragsschlusskompetenz.[4190]

B. Zweck

7 Der Zweck der kantonalen Mitwirkungsrechte wird in Art. 2 BGMK ausdrücklich – aber nicht abschliessend – bestimmt.[4191] Die Mitwirkung soll gewährleisten, dass die kantonalen Interessen bei der Vorbereitung und Umsetzung aussenpolitischer Entscheide des Bundes berücksichtigt werden (lit. a). Damit soll ein **frühzeitiger Einbezug** der kantonalen Interessen bei aussenpolitischen Vorhaben des Bundes erfolgen, die für die Kantone wesentlich sind.[4192]

8 Die Mitwirkung soll zudem dazu beitragen, dass die Zuständigkeiten der Kantone beim Abschluss, bei der Änderung und bei der Kündigung völkerrechtlicher Verträge nach Möglichkeit gewahrt werden (lit. b). Auf diese Weise sollen **drohende Zuständigkeitsverluste** der Kantone infolge der zunehmenden internationalen Verflechtung verhindert oder zumindest vermindert werden.[4193]

4187 BSK-Waldmann, Art. 55 BV N. 1; Pfisterer, ZBl 97 (1996), S. 545; Sturny, S. 77 f.; Rhinow/Schefer/Uebersax, N. 3709 ff.; siehe schon Botschaft Verträge mit Frankreich 1864, S. 259.

4188 Die Verpflichtung zur gegenseitigen Rücksichtnahme ist in grundsätzlicher Weise in Art. 44 Abs. 2 BV verankert.

4189 BSK-Epiney, Art. 54 BV N. 45; SGK-Ehrenzeller/Portmann, Art. 54 BV N. 54.

4190 Pfisterer, SZIER (2011), S. 129; Pfisterer, ZBl 112 (2011), S. 290 f.

4191 BSK-Waldmann, Art. 55 BV N. 9.

4192 Botschaft BGMK, S. 1168.

4193 Botschaft BGMK, S. 1168.

Neben der wirksamen Wahrung kantonaler Interessen und Zuständigkeiten sollen die Partizipationsstrukturen auch eine bessere **innenpolitische Abstützung** der Aussenpolitik des Bundes gewährleisten (lit. c). Eine enge Abstimmung mit den Kantonen bei der Entscheidungsvorbereitung ist nicht zuletzt deshalb sinnvoll, weil diese in der Regel für die Umsetzung völkerrechtlicher Verträge mit rechtsetzenden Bestimmungen zuständig sind.[4194] 9

C. Schranke

Die in Art. 55 BV gewählte Lösung für den kantonalen Einbezug in die Aussenpolitik des Bundes vermag die umfassende Zuständigkeit des Bundes in den auswärtigen Angelegenheiten nicht vollständig zu kompensieren.[4195] Der Ausgleich besteht nur in dem Masse, dass den Kantonen verfassungsrechtliche Mitwirkungsrechte an der Aussenpolitik des Bundes gewährt werden. Als Schranke bestimmt Art. 1 Abs. 3 BGMK daher auch, dass die Mitwirkung die **aussenpolitische Handlungsfähigkeit** des Bundes nicht beeinträchtigen darf.[4196] Dies ergibt sich im Prinzip schon aus der verfassungsrechtlichen Zuständigkeitsverteilung im Bereich der auswärtigen Angelegenheiten. Durch die Erwähnung dieser Schranke wird aber der Rahmen des rechtlich Zulässigen im BGMK ausdrücklich abgesteckt.[4197] 10

Die Kantone haben **weder ein Weisungs- noch ein Mitentscheidungsrecht** bei aussenpolitischen Entscheiden, die ihre 11

4194 Art. 46 Abs. 1 BV; siehe BSK-Waldmann, Art. 55 BV N. 11; Maissen/Mayer/Gobbo, S. 109; SGK-Fassbender, Art. 55 BV N. 1.

4195 Cottier/Liechti, S. 60; kritisch auch Kolarov, S. 186; Sturny, S. 141.

4196 Siehe auch Botschaft BGMK, S. 1170 f.; BSK-Waldmann, Art. 55 BV N. 48. Epiney/Kern, N. 48, nennen als zusätzliche Schranke der Mitwirkung die Bundestreue nach Art. 44 BV. Die Bundestreue beinhaltet ein spezifisches Rechtsmissbrauchsverbot, wonach die beteiligten Gemeinwesen im Verhältnis zueinander missbräuchliches Handeln zu unterlassen haben. Mit anderen Worten dürfen die Kantone die Mitwirkungsrechte nicht zweckwidrig verwenden oder durch deren Ausübung etwa den Sinn und Zweck einer Verhandlung vereiteln. Siehe m.w.H. zur Bundestreue SGK-Egli, Art. 44 BV N. 19. Ein derartiges Verhalten würde aber stets zu einer übermässigen Beeinträchtigung der aussenpolitischen Handlungsfähigkeit des Bundes führen. Das Verbot der Beeinträchtigung der aussenpolitischen Handlungsfähigkeit des Bundes stellt somit bereits eine Konkretisierung des allgemeinen Gebots der Bundestreue im Hinblick auf aussenpolitische Entscheide dar.

4197 Vgl. AB S 1998 1317 (Inderkum); tendenziell auch AB S 1998 120 (BR Cotti); AB N 1999 N 633 f. (Stamm); AB N 1999 635 (Eggly); AB N 1999 636 (Nabholz); siehe auch Ehrenzeller, Handlungsfähigkeit, S. 722 f.; relativierend BSK-Waldmann, Art. 55 BV N. 49.

Zuständigkeiten betreffen oder wesentlichen Interessen berühren. Der Bund kann deshalb «[...] nötigenfalls auch Entscheide treffen, die den Vorstellungen der Kantone nicht entsprechen.»[4198] Die Funktion von Art. 55 BV beschränkt sich somit darauf, Partizipationsstrukturen bei der aussenpolitischen Entscheidvorbereitung zu schaffen.[4199] Darin kommt letztlich ein kooperatives Föderalismusverständnis zum Ausdruck, das weniger auf eine strikte Zuständigkeitsabgrenzung als vielmehr auf die partnerschaftliche Zusammenarbeit setzt.[4200]

D. Umsetzung

12 Mit dem Erlass des BGMK wurden die im Zuge der EWR-Verhandlung vorgeschlagenen verfassungsrechtlichen Mitwirkungsgrundsätze, die später Eingang in Art. 55 BV fanden, gesetzlich umgesetzt. Die Umsetzung auf Gesetzesstufe geht jedoch kaum über die verfassungsrechtlichen Mitwirkungsgarantien in Art. 55 BV hinaus. Die Gesetzesbestimmungen weisen entsprechend nur einen geringen **eigenständigen normativen Gehalt** auf.[4201] Konkretisierungen von Art. 55 BV lassen sich vereinzelt darin erblicken, dass die innenpolitische Abstützung der Aussenpolitik des Bundes als zusätzlicher Zweck aufgeführt wird (Art. 2 lit. c BGMK) und dass der Bund eine Begründungspflicht hat, wenn er im Rahmen der besonderen Gewichtung nach Art. 55 Abs. 3 BV von den Stellungnahmen der Kantone abweicht (Art. 4 Abs. 3 BGMK). Weitere Unterschiede bestehen darin, dass das BGMK die aussenpolitische Handlungsfähigkeit des Bundes ausdrücklich als Schranke der kantonalen Mitwirkung benennt (Art. 1 Abs. 3 BGMK)[4202] und dass eine gegenseitige Informationspflicht vorgesehen ist (Art. 3 Abs. 1 BGMK).

13 Eine stärkere Konkretisierung in der Praxis lässt sich am Beispiel der Vereinbarung zwischen Bund und Kantonen betreffend Umsetzung, Anwendung und Entwicklung des Schengen/Dublin-Besitzstands ausmachen

4198 Botschaft BGMK, S. 1171.

4199 Siehe BSK-Waldmann, Art. 55 BV N. 10; SGK-Fassbender, Art. 55 BV N. 3.

4200 Epiney/Kern, N. 48; Kolarov, S. 188.

4201 So auch Biaggini, Art. 55 BV N. 1; CR-Maroonian/Kolb, Art. 55 Cst. N. 2; Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, N. 1129; Waldmann, Schranken, S. 205 f.; Zimmerli, S. 57 f.

4202 Da sich dies bereits aus der verfassungsrechtlichen Zuständigkeitsordnung ergibt, trägt das BGMK auch hier nicht wesentlich zur Konkretisierung bei. Siehe hierzu auch Ehrenzeller, Handlungsfähigkeit, S. 707 ff.

(s. N. 17). In einer übergeordneten Bewertung bleibt aber festzuhalten, dass sich aus den **offenen und unbestimmten Formulierungen** der Mitwirkungsrechte in Art. 55 BV und im BGMK kaum konkrete Vorgaben für die normative Ausgestaltung der Mitwirkungsrechte ableiten lassen. Sowohl Art. 55 BV als auch deren gegenwärtige Konkretisierung im BGMK etablieren nur schwach formalisierte Mitwirkungsformen. Die Offenheit ermöglicht es zwar, den Grad des kantonalen Einbezugs im Hinblick auf den konkreten aussenpolitischen Entscheid flexibel zu gestalten und bei einer veränderten aussenpolitischen Lage rasche Anpassungen vorzunehmen. Die Offenheit erfolgt allerdings auf Kosten einer differenzierten Ausgestaltung, die den Umfang und Zeitpunkt der Information, den frühzeitigen Einbezug bei der Exploration sowie eine ausreichende Frist für die Abgabe und die Bindungswirkung der Stellungnahmen substanzieller regeln könnte. Inwieweit die Mitwirkung bei der Entscheidvorbereitung zur wirksamen kantonalen Interessenwahrung ausreicht, hängt daher in erster Linie von der konkreten Ausgestaltung des Zusammenwirkens in der Praxis ab.

E. Rechtsschutz

Art. 55 BV ist kein Auftrag an den Gesetzgeber zum Erlass von Ausführungsbestimmungen. Die verfassungsrechtlichen Mitwirkungsrechte in Form von Information und Konsultation stellen trotz ihrer offenen Formulierung **justiziable Rechtsansprüche** dar, weshalb sie auch ohne gesetzliche Umsetzung rügefähig sind.[4203] Streitigkeiten in Bezug auf die kantonalen Mitwirkungsrechte (Umfang, Inhalt oder Modalitäten) fallen unter das Klageverfahren nach Art. 120 BGG.[4204] Somit steht gemäss Art. 189 Abs. 2 BV der direkte Weg an das Bundesgericht offen. 14

Ein wirksamer **Rechtsschutz** für die Durchsetzung der kantonalen Mitwirkungsrechte ist dadurch allerdings nicht gewährleistet: 15

- Erstens erfährt das Klageverfahren durch Art. 190 BV eine erhebliche Einschränkung. Soweit der strittige aussenpolitische Entscheid völkerrechtlich verbindlich geworden ist, unterliegt er dem **Anwendungsvorrang des Völkerrechts**. Auch im Falle einer

4203 BSK-Waldmann, Art. 55 BV N. 14; CR-Maroonian/Kolb, Art. 55 Cst. N. 12; SGK-Fassbender, Art. 55 BV N. 17; Waldmann, Schranken, S. 205.

4204 Ausführlich Waldmann, Schranken, S. 206; Luks, N. 246.

Verfassungswidrigkeit ist das Bundesgericht zur Anwendung des Völkerrechts verpflichtet.[4205] Art. 190 BV erfüllt hier nach wie vor seinen ursprünglichen bundesstaatlichen Zweck (s. N. 4).

- Zweitens wird das Klageverfahren auch dann weitgehend unterminiert, wenn ein aussenpolitischer Entscheid noch nicht völkerrechtlich verbindlich ist oder auf einer anderen aussenpolitischen Handlungsform beruht. Zwar kommt der Anwendungsvorrang von Art. 190 BV nicht zum Tragen, weshalb das Klageverfahren grundsätzlich offensteht.[4206] Es ist jedoch fraglich, ob die **Dauer des Klageverfahrens** angesichts der Eigengesetzlichkeit der Aussenpolitik einen wirksamen Rechtsschutz bietet.[4207] Entscheide in der Aussenpolitik erfordern – zumindest ausserhalb des ordentlichen Vertragsschlussverfahrens –[4208] häufig eine rasche interne Meinungsbildung. Der Erlass von vorsorglichen Massnahmen wird auch oftmals daran scheitern, dass aussenpolitische Entscheidungen in der Regel weder rechtlich noch faktisch einen zeitlichen Aufschub erlauben.[4209]
- Drittens wird es aufgrund der in Art. 55 BV verwendeten **unbestimmten Rechtsbegriffe** regelmässig schwierig sein, abschliessend zu beurteilen, ob der Umfang, der Inhalt oder die Modalitäten der kantonalen Mitwirkungsrechte in der Praxis verletzt wurden. Dies zeigte sich in der sogenannten Libyen-Affäre: Auslöser der diplomatischen Krise war die Verhaftung von Hannibal Gaddafi, Sohn des damaligen libyschen Revolutionsführers, und seiner Ehefrau durch die Genfer Polizei. In der Folge wurden zwei Schweizer Bürger über Monate in Libyen zurückgehalten. Im Rahmen der Bemühungen um die Freilassung des letzten in Libyen festgehaltenen Schweizers unterzeichnete der damalige Bundespräsident am 20. August 2009 im Namen der Schweizerischen

4205 Bei Vorliegen eines schutzwürdigen Interesses kann das Bundesgericht lediglich feststellen, dass der aussenpolitische Entscheid wegen des mangelnden Einbezugs der Kantone in die Entscheidungsvorbereitung die verfassungsrechtlichen Mitwirkungsrechte verletzt hat.

4206 BSK-Waldmann, Art. 55 BV N. 16; CR-Maroonian/Kolb, Art. 55 Cst. N. 14. Nach herrschender Lehre findet Art. 189 Abs. 4 BV keine Anwendung auf das Klageverfahren. Siehe dazu Luks, N. 237 f.

4207 Vgl. Epiney/Kern, N. 52.

4208 So gehen Ambühl/Scherer, LeGes (2014) 3, S. 377, etwa davon aus, «[...] dass es bei einem schnellen Vorgehen mit Ergreifen des Referendums mindestens zweieinhalb Jahre dauert, bis ein Vertrag genehmigt werden kann.».

4209 Siehe ausführlich zum Ganzen Waldmann, Schranken, S. 206 f.; ferner auch Luks, N. 247.

Eidgenossenschaft ein Abkommen mit Libyen, das u.a. vorsah, dass die Umstände der Verhaftung in Genf durch ein internationales Schiedsgericht untersucht werden.[4210] Während die KdK der Ansicht war, dass die verfassungsmässigen Mitwirkungsrechte des betroffenen Kantons Genf durch den Alleingang des damaligen Bundespräsidenten verletzt worden seien,[4211] liess die Geschäftsprüfungskommission des Ständerats die Frage unter Hinweis auf zwei Rechtsgutachten, die zu gegenteiligen Ergebnissen kamen, offen.[4212]

Eine Stärkung des Rechtsschutzes wäre *de lege ferenda* wohl am ehesten über die Einführung eines **Vorlage- und Vorprüfungsverfahrens** vor Bundesgericht erreichbar.[4213] Derweil scheint es naheliegender, dass Streitigkeiten zwischen Bund und Kantonen in Bezug auf die Mitwirkungsrechte durch punktuelle Verhandlung und Vermittlung beigelegt werden, wenngleich dies eine zukünftige Beachtung der Mitwirkungsrechte mitnichten garantiert.[4214] 16

F. Europäische Integration

Im Hinblick auf das Schengen-Assoziierungsabkommen sowie das Dublin-Assoziierungsabkommen haben Bund und Kantone die Mitwirkungsrechte in einer **Rahmenvereinbarung** festgelegt.[4215] Die Vereinbarung konkretisiert die Mitwirkungsgrundsätze von Art. 55 BV und des BGMK in Bezug auf die Umsetzung und Übernahme von Weiterentwicklungen des Schengen/Dublin-Besitzstandes.[4216] Dieser Schritt wurde einerseits aufgrund der besonderen Natur der Abkommen erforderlich: Die Abkommen verlangen eine 17

4210 Libyen-Bericht GPK-S 2011, S. 4237 ff. und S. 4257 ff.; Staatsrat des Kantons Genf, Medienmitteilung vom 21.8.2009, Accord entre la Suisse et la Libye : réaction du Conseil d'Etat, https://www.ge.ch/document/accord-entre-suisse-libye-reaction-du-conseil-etat [https://perma.cc/P5DH-LZMA], besucht am 7.3.2024.

4211 KdK, Medienmitteilung vom 25.06.2010, Vereinbarung Libyen – Schweiz, https://kdk.ch/aktuell/medienmitteilungen/details/vereinbarung-libyen-schweiz?tx_news_pi1%5ByearFilter%5D%5BdisableLowerRestriction%5D=true&tx_news_pi1%5ByearFilter%5D%5Byear%5D=2016&cHash=9f5baa90650df492443fc3d83c3a5f2a [https://perma.cc/H2SU-B5EG], besucht am 7.3.2024.

4212 Libyen-Bericht GPK-S 2011, S. 4287; siehe zum Ganzen auch Biaggini, Art. 55 BV N. 11; CR-Maroonian/Kolb, Art. 55 Cst. N. 12.

4213 KdK, Positionsbezug 2011, N. 22; siehe auch SGK-Fassbender, Art. 55 BV N. 18; Waldmann, Schranken, S. 207.

4214 Art. 44 Abs. 3 BV; siehe auch Sturny, S. 293.

dynamische Übernahme von Weiterentwicklungen, weshalb sie der Schweiz auch Mitsprachemöglichkeiten (*decision shaping*) bei der Ausarbeitung neuer Rechtsakte durch die Europäische Union einräumen. Andererseits berührt die Schengen-Zusammenarbeit in erster Linie kantonale Zuständigkeiten wie die Polizei- und Justizhoheit. Daraus ergab sich die Notwendigkeit, die Zusammenarbeit und die Verfahrensabläufe zwischen dem Bund und den Kantonen in diesem Bereich effizient und transparent zu gestalten.[4217] So regelt die Rahmenvereinbarung etwa die umgehende Informationsübermittlung, die interne Koordination bei Stellungnahmen, die Mitwirkung der Kantone in den Gemischten Ausschüssen und den Arbeitsgruppen der EU sowie die Konfliktlösung bei Streitigkeiten aus der Rahmenvereinbarung.[4218]

18 Bemühungen, das allgemeine Zusammenwirken in der Europapolitik transparent und koordiniert zu gestalten,[4219] mündeten im Jahr 2012 in die **Vereinbarung zum Europadialog**. Diese regelt den politischen Dialog zwischen Bund und Kantonen zu Europafragen und setzt ein permanentes politisches Leitorgan zum Informationsaustausch ein.[4220] Die Vereinbarung mag zu einer besseren strategischen Koordination auf politischer Ebene beitragen, die konkreten Mitwirkungsrechte nach Art. 55 BV werden im Hinblick auf spezifische aussenpolitische Entscheide dadurch aber nicht gestärkt.[4221]

4215 Vereinbarung zwischen Bund und Kantonen betreffend Umsetzung, Anwendung und Entwicklung des Schengen/Dublin-Besitzstands vom 20.3.2009 (SR 362.1); siehe zur Rechtsgrundlage Art. 1 Abs. 2 Bundesbeschluss über die Genehmigung und die Umsetzung der bilateralen Abkommen zwischen der Schweiz und der EU über die Assoziierung an Schengen und an Dublin vom 17.12.2004 (SR 362); siehe auch Schengen-Bericht 2013, S. 6406 f.; SGK-Fassbender, Art. 55 BV N. 48 f.

4216 Siehe zum Inhalt der Mitwirkungsrechte Schengen-Bericht 2013, S. 6407 ff.; Föderalismusbericht 2007, S. 5948 f.; Pfisterer, EU-Zusammenarbeit, N. 79; a.M. SGK-Fassbender, Art. 55 BV N. 51, der darin eine inhaltliche Abweichung vom BGMK sieht.

4217 Föderalismusbericht 2007, S. 5947 f.; Botschaft Bilaterale II, S. 5995 f. und S. 6182.

4218 Art. 4, 5, 6 und 12 der Rahmenvereinbarung.

4219 Der Bund hat verschiedentlich die Schaffung einer allgemeinen Rahmenvereinbarung Bund–Kantone über die Mitwirkung in der Europapolitik erwogen. Siehe Evaluationsbericht 2010, S. 7322; Föderalismusbericht 2007, S. 5950 f. und S. 5975; Europabericht 2006, S. 6886; genereller bereits Botschaft BGMK, S. 1166.

4220 Medienmitteilung des EDA und EVD vom 5.6.2012, Bund und Kantone unterzeichnen Vereinbarung zum Europadialog, https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-44813.html [https://perma.cc/ZHX6-7DHJ], besucht am 7.3.2024; siehe ferner SGK-Fassbender, Art. 55 BV N. 53 ff.

Für den Fall eines Abschlusses des **institutionellen Rahmenabkommens** mit der EU hätte der Bundesrat die Annahme zweier gleichlautender Motionen beantragt. Diese forderten die Schaffung einer gesetzlichen Grundlage zur Gewährleistung der kantonalen Mitwirkung bei der dynamischen Übernahme von Unionsrecht.[4222] Nach dem Entscheid des Bundesrats, das institutionelle Rahmenabkommen nicht zu unterzeichnen, forderte ein Postulat, dass der Bundesrat weiterhin die generellen Optionen für eine verbindliche Beteiligung der Kantone bei aussenpolitischen Entscheidungen prüfen sollte. Der Bundesrat beantragte jedoch unter Hinweis auf Art. 54 und Art. 55 BV die Ablehnung des Postulats; diesem Antrag folgte der Ständerat.[4223] 19

Die verschiedenen Vereinbarungen und politischen Vorstösse zeigen, dass die **Beziehungen zur EU** eine ständige Herausforderung für die Wahrung der kantonalen Mitwirkungsrechte darstellen. Die kantonalen Zuständigkeiten und Interessen werden permanent und stark tangiert; das Zusammenwirken und die Koordination haben unter einem hohen sachlichen und zeitlichen Anpassungsdruck zu erfolgen, was bei der dynamischen Übernahme besonders deutlich wird.[4224] Auf der Grundlage von Art. 55 BV und des BGMK kann dieser Herausforderung durch eine Konkretisierung der Zusammenarbeit und Verfahren begegnet werden. Eine solche Konkretisierung – wie etwa bei Schengen/Dublin mit der Rahmenvereinbarung – erlaubt eine enge, transparente und zügige Koordination zwischen Bund und Kantonen. Gerade im Verhältnis zur EU stellt sich indes die Frage, ob die in der Verfassung und dem BGMK vorgesehenen Mitwirkungsrechte eine wirksame Wahrung der Zuständigkeiten und Interessen der Kantone ermöglichen. Die Kantone müssen tatsächlich und rechtlich befähigt sein, ihre Anliegen in den aussenpolitischen Entscheidprozess wirksam einzubringen. Droht die kantonale Zuständigkeitsordnung durch eine fortschreitende institutionelle und überstaatliche Verflechtung eingeschränkt zu werden, muss das föderalistische Gleichgewicht durch eine dynamische Anpassung der etablierten Mechanismen und Partizipationsstrukturen wiederhergestellt werden. Eine solche Anpassung würde etwa einen stärkeren sachlichen und 20

4221 Monitoringbericht 2014–2016, S. 6; SGK-Pfisterer [3. Aufl.], Art. 55 BV N. 57.
4222 Motion 19.3167 (Die Mitte-Fraktion. Die Mitte. EVP.) und Motion 19.3170 (Lombardi).
4223 Postulat 21.4192 (Graf).
4224 Maissen/Mayer/Gobbo, S. 108.

personellen Einbezug der Kantone oder die Schaffung neuer Formen der Mitwirkung erfordern. Würde eine blosse Mitwirkung in der Entscheidvorbereitung zur wirksamen Interessenwahrung nicht mehr ausreichen, ist eine Anpassung des rechtlichen Rahmens nicht ausgeschlossen, sondern geradezu geboten.[4225] Forderungen wie die Schaffung einer neuen gesetzlichen Grundlage oder einer verbindlicheren Beteiligung der Kantone, die während und nach dem gescheiterten institutionellen Rahmenabkommen erhoben wurden, können daher auch in Zukunft wieder an Bedeutung gewinnen.

III. SPEZIFISCHE MITWIRKUNGSRECHTE DER KANTONE AN AUSSENPOLITISCHEN ENTSCHEIDEN

A. Grundsatz der Mitwirkung (Abs. 1)

21 Art. 55 Abs. 1 BV verankert den verfassungsrechtlichen **Grundsatz**, wonach die Kantone bei der Vorbereitung aussenpolitischer Entscheide mitwirken können, sofern diese ihre Zuständigkeiten betreffen oder ihre wesentlichen Interessen berühren. In Abs. 1 wird neben dem Adressatenkreis und der Trägerschaft auch der sachliche Anwendungsbereich der Mitwirkung festgelegt, indem der Gegenstand (aussenpolitische Entscheide) sowie die Voraussetzungen der Mitwirkung (Betroffenheit von Zuständigkeiten oder wesentlichen Interessen) bestimmt werden. Schliesslich wird mit der Präzisierung, dass die Kantone bei der Entscheidvorbereitung mitwirken, der zeitliche Anwendungsbereich der Verfassungsbestimmung festgelegt.

1. Adressatenkreis und Träger der Mitwirkungsrechte

22 Normadressat von Art. 55 BV sind die **Bundesorgane**, die aussenpolitische Entscheide treffen. Aufgrund seiner allgemeinen aussenpolitischen Führungsfunktion nach Art. 184 BV ist in erster Linie der Bundesrat angesprochen.[4226] Der Bundesrat und die ihm unterstehende Bundesverwaltung sind deshalb verpflichtet, die Kantone durch Information und Konsultation in die aussenpolitische Entscheidvorbereitung

4225 Ablehnend der Bundesrat mit Blick auf einen EU-Beitritt Evaluationsbericht 2010, S. 7322; Europabericht 2006, S. 6941; siehe aber auch Aubert, N. 3; Biaggini, Art. 55 BV N. 1.

4226 Biaggini, Art. 55 BV N. 6; BSK-Waldmann, Art. 55 BV N. 25; CR-Maroonian/Kolb, Art. 55 Cst. N. 25; SGK-Fassbender, Art. 55 BV N. 21.

einzubeziehen, welche die Zuständigkeit der Kantone oder deren wesentliche Interessen betreffen.[4227] Die Bundesversammlung ist ebenfalls Normadressat, sofern sie in ihrem Aufgabenbereich einen aussenpolitischen Entscheid trifft.[4228] So kann die Bundesversammlung im Bereich der Aussenpolitik Grundsatz- und Planungsbeschlüssen fassen (Art. 28 Abs. 2 und 3 ParlG).[4229] Allgemein bleibt anzumerken, dass die Kantone häufig vor der Einleitung des parlamentarischen Verfahrens einbezogen werden. Dementsprechend haben sie in der Regel die Gelegenheit, sich im Stadium der bundesrätlichen Entscheidvorbereitung bereits zu einem bestimmten aussenpolitischen Geschäft zu äussern.[4230] Biaggini betont deshalb auch, dass sich die Anhörungspflicht im parlamentarischen Verfahren namentlich dann aktualisiere, wenn es zu mehr als bloss geringfügigen Veränderungen im Vergleich zu den ursprünglichen Anträgen des Bundesrats komme.[4231]

Die Träger der Mitwirkungsrechte sind die **einzelnen Kantone**.[4232] Der 23
Verfassungsentwurf von 1996 sah noch vor, dass der Bund die Kantone oder deren gemeinsame Organisationen rechtzeitig und umfassend informiert und ihre Stellungnahme einholt. Die Bundesversammlung strich jedoch den Verweis auf die gemeinsamen Organisationen aus dem Verfassungsentwurf. Ausschlaggebend dafür war, dass keine Konstitutionalisierung dieser gemeinsamen Organisationen – gemeint war in erster Linie die KdK – erfolgen sollte.[4233] Vielmehr liegt es in der Organisationsautonomie der Kantone, zu bestimmen, ob und in welcher Form der Rückgriff auf gemeinsame Strukturen geeignet ist, um eine wirksame

4227 BSK-Waldmann, Art. 55 BV N. 25.

4228 Siehe hierzu auch der Vorschlag der KdK, Positionsbezug 2013, S. 3, der sich auf eine Stärkung der Mitwirkungsrechte an der Vorbereitung aussenpolitischer Entscheide gegenüber der Bundesversammlung bezog.

4229 BSK-Waldmann, Art. 55 BV N. 25; CR-Maroonian/Kolb, Art. 55 Cst. N. 25; Lanz, N. 272 und N. 275 ff. Siehe hierzu etwa den Entwurf Bundesbeschluss UNO-Migrationspakt, welcher der Bundesversammlung erlaubt hat, ihre Haltung zur Position der Schweiz zum Migrationspakt zum Ausdruck zu bringen. Da es sich beim Migrationspakt um *Soft Law* handelt, unterstand er nicht dem innerstaatlichen Genehmigungsverfahren nach Art. 166 Abs. 2 BV.

4230 SGK-Fassbender, Art. 55 BV N. 21.

4231 Biaggini, Art. 55 BV N. 6

4232 Siehe exemplarisch Art. 71 lit. g KV/ZH, wonach es Aufgabe des Regierungsrates ist, sich zu Vernehmlassungsvorlagen und im Hinblick auf aussenpolitische Entscheide des Bundes zu äussern und seine Stellungnahme dem Kantonsrat mitzuteilen; siehe auch Kolarov, S. 202.

4233 Siehe AB S 1998 68 (Schmid, Sonderausgabe); AB N 1998 275 (BR Koller, Sonderausgabe); Mahon, Art. 55 Cst. N. 9.

Interessenwahrnehmung bei der Vorbereitung aussenpolitischer Entscheide zu gewährleisten.[4234]

2. Aussenpolitische Entscheide

24 Der Begriff der aussenpolitischen Entscheide bezieht sich auf die Mitwirkung in der **Aussenpolitik** des Bundes.[4235] Die Aussenpolitik stellt den Kern der auswärtigen Angelegenheiten dar.[4236] Die auswärtigen Angelegenheiten umfassen sämtliche grenzüberschreitenden Handlungen zwischen den schweizerischen Behörden und den ausländischen, internationalen oder supranationalen Völkerrechtssubjekten sowie den übrigen Akteuren der internationalen Gemeinschaft; die Aussenpolitik ist demgegenüber enger gefasst. Sie bezieht sich auf die Verfolgung der politischen Ziele und Interessen der Schweiz.[4237] Die Ausrichtung der Aussenpolitik ergibt sich in nicht abschliessender Weise aus den in Art. 54 Abs. 2 BV genannten Zielen.[4238] Die Mitwirkung der Kantone erstreckt sich im Ergebnis nur auf den engeren Begriff der Aussenpolitik und beschränkt sich damit auf Entscheide im Zusammenhang mit der Verfolgung aussenpolitischer Ziele und Interessen der Schweiz. Andere Akte oder Handlungsformen der auswärtigen Angelegenheiten wie etwa die Pflege der internationalen Kontakte, konsularische Angelegenheiten oder administrative Tätigkeiten sind davon nicht erfasst.[4239]

25 Der Begriff des **Entscheids** findet weder in der Bundesverfassung noch im BGMK eine nähere Umschreibung. Es bestehen somit keine spezifischen Anforderungen an seine materielle oder formelle Natur.[4240] Waldmann spricht ebenfalls davon, dass der Begriff nicht technisch zu verstehen sei.[4241] Neben dem Einbezug bei der Vorbereitung und Verhandlung völkerrechtlicher

4234 Siehe zum Ganzen Biaggini, Art. 55 BV N. 11.

4235 Biaggini, Art. 55 BV N. 2 f.; siehe zum Ganzen auch SGK-Ehrenzeller [3. Aufl.], Art. 54 N. 3.

4236 BSK-Waldmann, Art. 55 BV N. 19.

4237 So Lanz, N. 3 f., der ferner darauf hinweist, dass die Begriffe keine Legaldefinitionen aufweisen und mitunter terminologisch nicht immer einheitlich verwendet werden.

4238 Epiney/Kern, N. 6.

4239 BSK-Waldmann, Art. 55 BV N. 19; Lanz, N. 4; zustimmend auch CR-Maroonian/Kolb, Art. 55 Cst. N. 16; Epiney/Kern, N. 48. A.M. SGK-Pfisterer [3. Aufl.], Art. 55 BV N. 31, wonach Art. 55 BV generell auf Entscheide mit Auslandsbezug Anwendung findet. In dieser Weise auch Mahon, Art. 55 Cst. N. 6.

4240 Biaggini, Art. 55 BV N. 2; CR-Maroonian/Kolb, Art. 55 Cst. N. 17.

4241 BSK-Waldmann, Art. 55 BV N. 20.

Verträge unterstehen daher auch alle anderen Massnahmen, die einen aussenpolitischen Entscheid bezwecken, den kantonalen Mitwirkungsrechten. Zu nennen sind etwa die Beschlussfassung internationaler Organisationen oder die Vornahme einseitiger Rechtsakte.[4242] Aus Art. 55 BV fliesst im Ergebnis für die Kantone ein verfassungsrechtlicher Anspruch auf Mitwirkung beim Meinungs- und Willensbildungsprozess aller aussenpolitischen Entscheide. Der Anspruch muss deshalb auch ausserhalb der klassischen, auf völkerrechtliche Verträge ausgerichteten Verfahren gewahrt werden. So ist etwa auch eine Mitwirkung bei anderen Formen von internationalen Übereinkünften wie namentlich beim *Soft Law* angezeigt, falls Zuständigkeiten oder wesentliche Interessen der Kantone betroffen sind.[4243]

3. Betroffenheit von Zuständigkeiten oder wesentlichen Interessen

Die Mitwirkungsrechte nach Art. 55 BV kommen zum Tragen, wenn aussenpolitische Entscheide entweder kantonale Zuständigkeiten betreffen oder wesentliche kantonale Interessen berühren. Ist dies nicht der Fall, so besteht kein Anspruch der Kantone auf Mitwirkung nach Art. 55 BV. Dennoch steht es dem Bund frei, auch in solchen Fällen die Mitwirkungsrechte gemäss Art. 55 BV anzuwenden, sofern er dies als zweckmässig erachtet. Art. 55 BV stellt eine verfassungsrechtliche **Minimalgarantie** dar, weshalb der Bund die Mitwirkungsrechte über Art. 55 BV hinaus erweitern kann.[4244] 26

Mit Blick auf die **kantonalen Zuständigkeiten** hält Art. 2 lit. b BGMK fest, dass die Mitwirkung der Kantone dazu beitragen soll, die Zuständigkeiten der Kantone beim Abschluss, bei der Änderung und bei der Kündigung völkerrechtlicher Verträge nach Möglichkeit zu wahren. Diese Formulierung im BGMK ist zu vertragszentriert, auch wenn völkerrechtliche Verträge den Hauptanwendungsfall darstellen mögen.[4245] Die Mitwirkungsgarantie greift immer dann, wenn ein aussenpolitischer Entscheid aller Wahrscheinlichkeit 27

4242 Biaggini, Art. 55 BV N. 2; BSK-Waldmann, Art. 55 BV N. 19; CR-Maroonian/Kolb, Art. 55 Cst. N. 17; SGK-Fassbender, Art. 55 BV N. 20.

4243 Zu denken ist an die Erarbeitung von OECD-Standards im Bereich der Steuerkoordination, wie dies etwa beim OECD-Musterabkommen zur Vermeidung der Doppelbesteuerung der Fall war, oder an die Bologna-Erklärung, welche die Studiengänge in der Schweiz mit dem Ziel einer europäischen Vereinheitlichung der universitären Ausbildung stark beeinflusst hat. Siehe hierzu Breitenmoser, N. 34 und N. 38.

4244 Biaggini, Art. 55 BV N. 3; BSK-Waldmann, Art. 55 BV N. 24.

4245 Siehe Aubert, N. 1; Biaggini, Art. 55 BV N. 2.

nach kantonale Zuständigkeiten in ihrem Inhalt oder in ihren Auswirkungen betrifft.[4246] Die Bestimmung der kantonalen Zuständigkeiten richtet sich nach Art. 3 BV. Sofern die Verfassung ein Zuständigkeitsbereich nicht ausdrücklich dem Bund zuweist, sind die originären kantonalen Gesetzgebungszuständigkeiten betroffen.[4247] Ferner können aber auch vom Bundesrecht eingeräumte Kompetenzen wie der Vollzug sowie die «kleine Aussenpolitik» gemäss Art. 56 BV durch einen aussenpolitischen Entscheid betroffen sein.[4248] Inwieweit ein aussenpolitischer Entscheid kantonale Zuständigkeiten tangiert, ist nicht immer von vornherein zweifelsfrei ersichtlich. Stellt sich erst im Laufe der Entscheidvorbereitung heraus, dass kantonale Zuständigkeiten betroffen sind, müssen die Kantone unverzüglich in den Prozess eingebunden werden.[4249]

28 Der Einbezug in die Entscheidvorbereitung setzt nicht voraus, dass die kantonalen Zuständigkeiten betroffen sind. Es reicht aus, dass ein aussenpolitischer Entscheid **wesentliche Interessen** der Kantone berührt.[4250] Diese Konstellation findet auf Fälle Anwendung, in denen ein aussenpolitischer Entscheid Zuständigkeiten des Bundes betrifft, gleichzeitig aber wesentliche Interessen der Kantone tangiert. Eine Mitwirkung ist jedenfalls dann gerechtfertigt, wenn der aussenpolitische Entscheid die verfassungsmässige Stellung der Kantone untergraben, schädigen oder beeinträchtigen könnte. Dies ist der Fall, wenn der verfassungsmässige Status der Kantone angetastet oder in den für die Kantone wesentlichen Bestand an Organisations-, Sach-, und Finanzierungsaufgaben eingegriffen wird.[4251] In Art. 1 Abs. 2 BGMK wird ferner in exemplarischer Weise aufgeführt, dass die wesentlichen Interessen dann berührt sind, wenn der aussenpolitische Entscheid wichtige Vollzugsaufgaben der Kantone betrifft.[4252]

4246 BSK-Waldmann, Art. 55 BV N. 22. Siehe auch SGK-Pfisterer [3. Aufl.], Art. 55 BV N. 15, wonach die Möglichkeit einer Betroffenheit genüge. Zustimmend auch CR-Maroonian/Kolb, Art. 55 Cst. N. 19.

4247 Biaggini, Art. 55 BV N. 3; SGK-Fassbender, Art. 55 BV N. 24.

4248 BSK-Waldmann, Art. 55 BV N. 22; CR-Maroonian/Kolb, Art. 55 Cst. N. 20.

4249 BSK-Waldmann, Art. 55 BV N. 22.

4250 Vgl. auch Art. 2 lit. a BGMK.

4251 BSK-Waldmann, Art. 55 BV N. 23; CR-Maroonian/Kolb, Art. 55 Cst. N. 22; Pfisterer, Auslandbeziehungen, N. 34. Siehe auch SGK-Fassbender, Art. 55 BV N. 25, der ferner auf Art. 15*a* Abs. 2 lit. a RVOV verweist.

4252 Siehe auch Schengen-Bericht 2013, S. 6408.

Der Begriff der wesentlichen Interessen ist äusserst konkretisierungsbedürftig. 29
Im Gegensatz zur Anknüpfung an die kantonalen Zuständigkeiten lässt er einen Spielraum für **Opportunitätsüberlegungen** offen. In der Botschaft zum BGMK wird diesbezüglich festgehalten, dass die Umschreibung Raum für eine Mitwirkung der Kantone in anderen für sie essenziellen Bereichen lasse, wobei diese Bereiche im Dialog und in der praktischen Zusammenarbeit zwischen Bund und Kantonen identifiziert werden müssten.[4253] Da es in der Praxis dem Bund obliegt, über die Wesentlichkeit der kantonalen Interessen zu befinden, bestimmt er faktisch auch über den Einbezug in die Entscheidvorbereitung.[4254]

4. Entscheidvorbereitung

Art. 55 Abs. 1 BV bezieht sich nach seinem Wortlaut auf die Phase der 30
Vorbereitung aussenpolitischer Entscheide. Dazu gehören sowohl die Vorbereitung und Festlegung von Verhandlungsmandaten als auch die Vorbereitung der Verhandlungen und die Verhandlungen selbst. Die Entscheidvorbereitung umfasst aber auch alle anderen Prozesse, die einem aussenpolitischen Entscheid vorgelagert sind. Daher fallen auch strategische Grundsatzentscheidungen, informelle Kontakte und Sondierungsgespräche mit ausländischen Partnern über die Aufnahme von Verhandlungen unter die Mitwirkungsrechte.[4255] Die zeitliche Beschränkung der kantonalen Mitwirkungsrechte auf die Entscheidvorbereitung ist überdies mit dem Normzweck vereinbar, der einen frühzeitigen Einbezug verlangt, um eine wirksame Interessenwahrung zu gewährleisten (s. N. 40).[4256] Sturny leitet die zeitliche Beschränkung zudem aus dem Wortlaut von Art. 4 Abs. 3 BGMK ab, wonach der Bundesrat die Stellungnahmen der Kantone zu berücksichtigen hat. Die Fokussierung auf den Bundesrat mache deutlich, dass dieser der eigentliche Adressat der kantonalen Mitwirkungsrechte sei und sich die Mitwirkungsrechte der Kantone entsprechend auf die Vorbereitungshandlungen bis zum Abschluss der Vertragsverhandlungen

4253 Botschaft BGMK, S. 1168.

4254 BSK-Waldmann, Art. 55 BV N. 23; Aubert, N. 23; Maissen/Mayer/Gobbo, S. 222; Waldmann, Schranken, S. 164; siehe auch KdK, Positionsbezug 2013, S. 1.

4255 BSK-Waldmann, Art. 55 BV N. 26; Waldmann, Schranken, S. 164 f.; vgl. auch Art. 5 Abs. 1 BGMK. Siehe zur Kritik der Kantone am Entscheid zum Abbruch der Verhandlungen über das institutionelle Rahmenabkommen, der im engsten Kreis des Bundesrates ohne Einbezug und Information der Kantone erfolgt ist, Synthesebericht 2017–2021, S. 6.

4256 Siehe auch Sturny, S. 253.

erstreckten.[4257] Aufgrund dieser zeitlichen Beschränkung ist etwa die innerstaatliche Genehmigung nicht Teil der Entscheidvorbereitung und fällt daher nicht in den Anwendungsbereich von Art. 55 BV.[4258] Die kantonale Mitwirkung richtet sich bei der innerstaatlichen Genehmigung nach den üblichen Mitwirkungsrechten (s. N. 32).[4259]

31 Die Phase der Entscheidvorbereitung lässt sich in zweierlei Hinsicht **abgrenzen**. Ihr geht die interne Meinungsbildung des Bundes zu allgemeinen aussenpolitischen Fragen, die nicht bereits auf einen aussenpolitischen Entscheid gerichtet ist, voraus.[4260] Ebenso wenig stellen die Mitwirkungsrechte der Kantone Mitentscheidungsbefugnisse dar.[4261] Sie kommen daher nicht zur Anwendung, wenn der Bund im Rahmen seiner umfassenden Bundeskompetenz nach Art. 54 BV einen Beschluss in der Entscheidphase fasst, wie etwa die Ratifikation eines völkerrechtlichen Vertrages. Art. 55 BV gibt den Kantonen kein Vetorecht.[4262] Entsprechend hält Art. 1 Abs. 3 BGMK als Schranke der kantonalen Mitwirkung fest, dass diese die aussenpolitische Handlungsfähigkeit des Bundes nicht beeinträchtigen darf.[4263]

32 Bei Entscheiden mit aussenpolitischen Bezügen können unterschiedliche **verfassungsrechtliche Mitwirkungsformen** der Kantone zur Anwendung kommen. Diese Mitwirkungsformen ergänzen sich. Bei innerstaatlichen Rechtsakten kommen die üblichen Mitwirkungsrechte nach Art. 45 BV zur Anwendung. Diese garantieren den Kantonen eine Mitwirkung an der Rechtsetzung und übrigen Vorhaben des Bundes. So richtet sich beispielsweise die Mitwirkung der Kantone bei der innerstaatlichen Genehmigung oder beim Erlass eines Bundesgesetzes, das einen völkerrechtlichen Vertrag umsetzt, nach Art. 45 BV.[4264] Art. 147 BV ermöglicht

---

4257 Sturny, S. 253; siehe auch AB S 1998 1321 (Beerli); AB S 1998 1321 (Plattner).

4258 BSK-Waldmann, Art. 55 BV N. 25; Sturny, S. 253; Waldmann, Schranken, S. 165 f.

4259 CR-Maroonian/Kolb, Art. 55 Cst. N. 5; SGK-Fassbender, Art. 166 BV N. 10.

4260 BSK-Waldmann, Art. 55 BV N. 26; Waldmann, Schranken, S. 165; Pfisterer, SZIER (2011), S. 129.

4261 Biaggini, Art. 55 BV N. 3.

4262 BSK-Waldmann, Art. 55 BV N. 26; CR-Maroonian/Kolb, Art. 55 Cst. N. 23; Oesch, N. 22; Biaggini, Art. 55 BV N. 3; SGK-Pfisterer [3. Aufl.], Art. 55 BV N. 38.

4263 Siehe auch Föderalismusbericht 2007, S. 5951; kritisch hierzu SGK-Fassbender, Art. 55 BV N. 5.

4264 CR-Maroonian/Kolb, Art. 55 Cst. N. 5; SGK-Fassbender, Art. 55 BV N. 10.

den Kantonen zudem eine Mitwirkung bei wichtigen völkerrechtlichen Verträgen im Rahmen des Vernehmlassungsverfahrens,[4265] und zwar auch dann, wenn die Interessen der Kantone nicht betroffen sind.[4266] Das Vernehmlassungsverfahren wird in der Regel nach Abschluss der Verhandlungen durchgeführt.[4267] Die Kantone erhalten zu diesem Zeitpunkt nochmals die Gelegenheit zur Stellungnahme. Weder Art. 45 BV noch das Vernehmlassungsverfahren sehen allerdings eine besondere Gewichtung der Stellungnahmen der Kantone vor.[4268] Bei beiden Formen der kantonalen Mitwirkung handelt es sich um punktuelle Stellungnahmen, mit denen nicht mehr auf das Verhandlungsergebnis oder den Vertragsinhalt Einfluss genommen werden kann. Art. 55 BV ergänzt diese punktuellen Mitwirkungsformen,[4269] indem er den Kantonen bereits im Vorfeld – und zwar während der gesamten Dauer der aussenpolitischen Entscheidvorbereitung – Mitwirkungsrechte einräumt, soweit ihre Zuständigkeiten oder wesentlichen Interessen betroffen sind.[4270] Sowohl der Zeitpunkt des Einbezugs als auch die besonderen Mitwirkungsrechte nach Abs. 3 ermöglichen eine Einflussnahme auf aussenpolitische Entscheide, die über die anderen Mitwirkungsformen hinausgeht.[4271]

B. Formen der Mitwirkungsrechte (Abs. 2)

33 Sofern ein aussenpolitischer Entscheid die Zuständigkeiten oder wesentliche Interessen der Kantone betrifft, können diese daran mitwirken. Die Mitwirkungsrechte stehen den Kantonen unmittelbar durch die Verfassung zu. Die wirksame Wahrnehmung der Mitwirkungsrechte wird namentlich über die in Art. 55 Abs. 2 BV genannten **Formen** gewährleistet. So ist der Bund verpflichtet, die Kantone einerseits rechtzeitig und umfassend zu informieren

4265 Siehe auf Gesetzesstufe auch Art. 3 Abs. 1 lit. c und lit. d VlG; ausführlich hierzu auch CR-Maroonian/Kolb, Art. 55 Cst. N. 6; SGK-Fassbender, Art. 166 BV N. 12.

4266 BSK-Egli, Art. 45 N. 14.

4267 Botschaft BGMK, S. 1169; Maroonian/Kolb, Art. 55 Cst. N. 6; siehe auch Kolarov, S. 201.

4268 SGK-Fassbender, Art. 166 BV N. 12. Auch aus Art. 45 BV ergibt sich nicht ausdrücklich, dass den Stellungnahmen der Kantone ein besonderes Gewicht zukommt. Siehe hierzu die Kritik im Monitoringbericht 2014–2016, S. 47.

4269 Siehe ausdrücklich auch Art. 4 Abs. 2 Satz 2 BGMK, wonach die Anhörung das Vernehmlassungsverfahren zu völkerrechtlichen Verträgen ergänzt. Siehe zu den unterschiedlichen Ausgestaltungen BSK-Egli, Art. 45 N. 17 f und N. 21 f.

4270 SGK-Fassbender, Art. 55 BV N. 10.

4271 Siehe auch CR-Maroonian/Kolb, Art. 55 Cst. N. 6; SGK-Fassbender, Art. 166 BV N. 12.

und andererseits ihre Stellungnahmen einzuholen. Der Inhalt kann in einem Bundesgesetz (s. BGMK) oder in gemeinsamen Vereinbarungen konkretisiert werden.[4272]

1. Informationsrecht

34 Art. 3 Abs. 1 BGMK konkretisiert die in Art. 55 Abs. 2 BV statuierte Informationspflicht des Bundes. Die Gesetzesbestimmung besagt, dass die **Grundlage der Mitwirkung** die gegenseitige Information ist.[4273] Art. 3 Abs. 2 BGMK führt weiter aus, dass der Bund die Kantone rechtzeitig und umfassend über aussenpolitische Vorhaben informiert, welche die Zuständigkeiten der Kantone betreffen oder deren wesentlichen Interessen berühren. Die rechtzeitige und umfassende Information ist von entscheidender Bedeutung, da erst sie ein wirksames Zusammenwirken ermöglicht.[4274]

35 Richtschnur ist stets die wirksame Interessenwahrung.[4275] Eine **rechtzeitige Information** bedeutet in diesem Sinne, dass die Information so früh erfolgt, dass die Kantone in der Lage sind, ihre Interessen und Anliegen in wirksamer Weise in den Prozess der Entscheidvorbereitung einzubringen.[4276] Die Informationen sollen unmittelbar und fortlaufend an die Kantone weitergeleitet werden. Aus Sicht der wirksamen Interessenwahrung ist es nicht zweckmässig, Informationen bis zu einem bestimmten Zeitpunkt aus strategischen Gründen zurückzubehalten.[4277] Mag zu Beginn der institutionalisierten Mitwirkungsrechte gelegentlich noch Misstrauen gegenüber der grosszügigen Weitergabe von Informationen geherrscht haben, sollte dies nach langjähriger und eingeübter Praxis kein Hindernis mehr darstellen.[4278] Im Übrigen gewährleistet Art. 6 BGMK eine hinreichende Vertraulichkeit der Informationen.

4272 BSK-Waldmann, Art. 55 BV N. 15 und N. 33; Stunry, S. 240 ff. Beide Autoren äussern sich kritisch gegenüber einer Konkretisierung über den Verordnungsweg.

4273 Die Informationspflicht gilt somit auch für die Kantone, die gemäss Art. 44 Abs. 1 BV ebenfalls zur Zusammenarbeit und damit zum Informationsaustausch verpflichtet sind. Siehe CR-Maroonian/Kolb, Art. 55 Cst. N. 39; Kolarov, S. 189. Siehe ferner auch SGK-Fassbender, Art. 55 BV N. 27, der in der gegenseitigen Information nach Art. 3 Abs. 1 BGMK eine Abweichung von Art. 55 Abs. 2 BV erblickt.

4274 Siehe AB N 1998 274 (BR Koller, Sonderausgabe); Schengen-Bericht 2013, S. 6407; Aubert, N. 5.

4275 Mahon, Art. 55 Cst. N. 8; Biaggini, Art. 55 BV N. 7 und N. 10.

4276 BSK-Waldmann, Art. 55 BV N. 36.

4277 CR-Maroonian/Kolb, Art. 55 Cst. N. 39.

Auch die Festlegung des **Umfangs der Informationen** orientiert sich an einer wirksamen Interessenwahrung. Art. 55 Abs. 2 BV hält diesbezüglich fest, dass der Bund die Kantone umfassend informiert. Dazu gehört u.a. der Austausch relevanter Daten, politischer Analysen und aktueller Informationen über laufende Verhandlungen und internationale Abkommen. In der französischsprachigen Fassung wird in diesem Zusammenhang der Ausdruck «[...] de manière détaillée [...]» verwendet, der zum Ausdruck bringt, dass eine umfassende Information auch Einzelheiten einschliesst. Der Umfang muss im Ergebnis sämtliche sachdienlichen Informationen, Dokumente und Daten umfassen, die für die wirksame Mitwirkung und Interessenwahrung von Bedeutung sind.[4279] 36

Um die Interessen der Kantone wirksam in die Entscheidvorbereitung einzubringen, bedarf es nicht nur der erforderlichen Menge an Informationen, sondern auch der **Kapazitäten**, um die Informationen zu bewerten und zu verarbeiten. Der Bund sollte die Kantone nicht mit zu vielen Informationen überfrachten.[4280] Es obliegt aber den Kantonen, die geeigneten Kanäle und Organe (gemeinsam) zu schaffen, um auf der Grundlage der erhaltenen Informationen eine wirksame Mitwirkung zu gewährleisten.[4281] Die Mitwirkungsrechte können in diesem Zusammenhang nicht nur als Folge der Zentralisierung der Aussenpolitik verstanden werden, sondern auch als ein Spiegelbild des Zentralisierungsschubs von der parlamentarischen zur exekutiven Ebene.[4282] Denn bei aussenpolitischen Vorhaben hat die KdK die Federführung inne. Information und Konsultation erfolgen in der Regel über sie. Die KdK gewährleistet auch die Information und Koordination unter den Kantonsregierungen und den Direktorenkonferenzen.[4283] Ferner stellen die Informationsbeauftragten der Kantone in der Abteilung Europa im 37

4278 Siehe swissinfo.ch, Kantone wollen eigene Stimme, 17.6.2002, https://www.swissinfo.ch/ger/kantone-wollen-eigene-stimme/2770692 [https://perma.cc/DQG4-MJZF], besucht am 7.3.2024.

4279 SGK-Pfisterer [3. Aufl.], Art. 55 BV N. 65.

4280 Mahon, Art. 55 N. 8, wonach «[...] un tri est généralement nécessaire.».

4281 SGK-Pfisterer [3. Aufl.], Art. 55 BV N. 67; siehe auch Botschaft Bilaterale II, S. 6009.

4282 Siehe Föderalismusbericht 2007, S. 5973; Biaggini, AJP 1999, S. 725; differenzierter BSK-Waldmann, Art. 55 BV N. 29.

4283 Rahmenordnung über die Arbeitsweise der KdK und der Direktorenkonferenzen bezüglich der Kooperation von Bund und Kantonen vom 28.9.2012; siehe auch schon Föderalismusbericht 2007, S. 5937; Botschaft Bilaterale II, S. 5995; siehe zum Ganzen auch SGK-Fassbender, Art. 55 BV N. 32 ff.

Staatssekretariat des EDA und bei der Mission der Schweiz bei der EU den täglichen Informationsfluss sicher.[4284] Für eine frühzeitige und enge Koordination und einen unabdingbaren wechselseitigen Informationsfluss zwischen Bund und Kantonen sowie zwischen den Kantonen sind diese Schnittstellen in der Praxis wichtig.

2. Konsultation der Kantone

38 Gemäss Art. 55 Abs. 2 BV ist der Bund verpflichtet, bei den Kantonen **Stellungnahmen** einzuholen, wenn aussenpolitische Entscheide deren Zuständigkeiten oder wesentlichen Interessen betreffen. Liegt eine Betroffenheit im Sinne von Abs. 1 vor, muss der Bund aus eigener Veranlassung Stellungnahmen der Kantone im Rahmen von Konsultationen einholen.[4285] Unterlässt er dies, können die Kantone jederzeit eine Konsultation verlangen oder unaufgefordert eine Stellungnahme abgeben. Sie sind jedoch nicht verpflichtet, eine Stellungnahme abzugeben.[4286] Auf Gesetzesstufe hält Art. 4 Abs. 1 BGMK fest, dass der Bund die Kantone bei der Vorbereitung aussenpolitischer Entscheide, die kantonale Zuständigkeiten betreffen oder wesentliche kantonale Interessen berühren, auf deren Verlangen anhören (Satz 1). Ferner kann der Bund die Kantone auch von sich aus anhören (Satz 2), falls er dies – wie in der Botschaft ausgeführt – als zweckmässig erachtet.[4287] Nach Fassbender entspreche Art. 4 Abs. 1 BGMK mit dieser Formulierung «[...] nicht der Verfassungsvorschrift [...]»[4288]. Auch Waldmann hält fest, dass «[d]ie Konkretisierung [...] im Lichte von Art. 55 BV bereits einschränkend [wirkt] [...].»[4289] Aus verfassungsrechtlicher Sicht ist die Formulierung in Art. 4 Abs. 1 BGMK in der Tat zu beanstanden. Sobald die rechtliche Voraussetzung (Betroffenheit von Zuständigkeiten oder wesentlichen Interessen) erfüllt ist, ist der Bund nach Art. 55 BV dazu verpflichtet, den Kantonen Mitwirkung zu gewähren.[4290] Die Gesetzesbestimmung schliesst die Mitwirkung zwar nicht aus. Sie lässt aber anklingen, dass eine Anhörung der Kantone nur bei Bedarf («[...] soweit sie

4284 Föderalismusbericht 2007, S. 5937, S. 5946 und S. 5951; Botschaft Bilaterale II, S. 5996.
4285 Kolarov, S. 190; SGK-Pfisterer [3. Aufl.], Art. 55 BV N. 68 f.
4286 BSK-Waldmann, Art. 55 BV N. 37.
4287 Botschaft BGMK, S. 1169.
4288 SGK-Fassbender, Art. 55 BV N. 28.
4289 BSK-Waldmann, Art. 55 BV N. 37.
4290 SGK-Pfisterer [3. Aufl.], Art. 55 BV N. 34.

dies verlangen [...]») erfolgt oder von Opportunitätsüberlegungen (Zweckmässigkeit) geleitet ist. Angesichts des verfassungsrechtlichen Anspruchs aus Art. 55 BV ist diese Formulierung zu restriktiv.

Wie auch beim Zeitpunkt und Umfang der Informationspflicht bestimmt sich die konkrete Ausgestaltung der Konsultationspflicht anhand der wirksamen Interessenwahrung. Den Kantonen muss eine ausreichende **Frist** zur Einreichung der Stellungnahme gewährt werden. Eine knapp angesetzte Frist aufgrund einer hohen aussenpolitischen Dringlichkeit muss die Ausnahme darstellen. Eine kurze Frist darf nicht dazu führen, dass die Kantone faktisch nicht mehr in der Lage sind, überhaupt Stellung zu nehmen. Für die Bestimmung der Frist muss die Komplexität des aussenpolitischen Vorhabens berücksichtigt werden und auch die Tatsache, dass die Konsolidierung über die gemeinsamen institutionellen Organe Zeit braucht.[4291] 39

Eine wirksame Interessenwahrung erfordert eine inhaltlich offene Konsultation zu einem Zeitpunkt, in dem die Kantone ihren Einfluss und ihre Kritikpunkte mit Blick auf die aussenpolitische Entscheidfindung tatsächlich noch geltend machen können. Sehen die aussenpolitischen Vorhaben **Verhandlungen** vor, soll die Anhörung gemäss Art. 4 Abs. 2 BGMK in der Regel vor deren Aufnahme erfolgen.[4292] Die Ansichten der Kantone können dadurch in die Festlegung des Verhandlungsmandats und in die Verhandlungen einfliessen. Eine Konsultation ausschliesslich zum Zeitpunkt des innerstaatlichen Genehmigungsverfahrens wäre für die wirksame Interessenwahrung nicht ausreichend. Der Vertragstext ist dann bereits verbindlich festgelegt, weshalb inhaltliche Änderungen nicht mehr geltend gemacht werden können.[4293] Der Bund kann die Interessen der Kantone in diesem Zeitpunkt gar nicht mehr berücksichtigen. Einzig eine Konsultation vor Aufnahme der Verhandlungen erlaubt, dass die Kantone bei aussenpolitischen Entscheiden, die ihre Zuständigkeiten betreffen oder wesentlichen Interessen berühren, gezielt ihren Einfluss geltend machen 40

4291 Maissen/Mayer/Gobbo, S. 112; siehe auch KdK, Positionsbezug 2013, S. 1.

4292 Nach Art. 4 Abs. 2 Satz 2 BGMK ergänzt die Anhörung das Vernehmlassungsverfahren zu völkerrechtlichen Verträgen, bei dem die Kantone nach Abschluss der Verhandlungen nochmals Gelegenheit zur Stellungnahme haben.

4293 Siehe ausführlich zum Vernehmlassungsverfahren CR-Maroonian/Kolb, Art. 55 Cst. N. 6; SGK-Fassbender, Art. 55 BV N. 12. Im Übrigen stehen für die aussenpolitische Einflussnahme ergänzend auch die bekannten Mitwirkungsrechte aus der Innenpolitik offen. Vgl. hierzu Pfisterer, EU-Zusammenarbeit, N. 81 ff.

können. Zudem erlaubt dieses Vorgehen dem Bund, das Mandat so anzupassen, dass dieses innenpolitisch breiter und auch durch die Kantone abgestützt ist (Art. 2 lit. c BGMK).[4294] Der frühe Zeitpunkt ermöglicht schliesslich, dass die Anliegen der Kantone nicht nur auf politischer Ebene Gehör finden, sondern auch tatsächlich auf der technischen Ebene und damit auf der Verwaltungsebene des Bundes Beachtung erfahren.[4295]

41 Aus Art. 55 BV lässt sich mit Blick auf die **Bindungswirkung** eine Pflicht zur Kenntnisnahme ableiten.[4296] Diese erfährt in Art. 4 Abs. 3 BGMK eine Bestätigung, wonach der Bundesrat die Stellungnahmen der Kantone berücksichtigt. Die Bindungswirkung kommt im Ergebnis einer *obligation de moyen* gleich, die vom Bund erfordert, dass er sich mit den kantonalen Stellungnahmen im Prozess der Entscheidfindung auseinandersetzt, ohne dass eine inhaltliche Befolgungspflicht daraus resultiert. Die Pflicht zur Kenntnisnahme ergibt sich schon daraus, dass die Mitwirkung der Kantone kein Weisungs- oder Mitentscheidungsrecht darstellt, was sie aber bei einer inhaltlichen Befolgungspflicht wäre. Sie kann daher keinen inhaltlichen Entscheid im Bereich der Aussenpolitik vorwegnehmen. Die verfassungsrechtliche Zuständigkeitsordnung in der Aussenpolitik, die dem Bund die umfassende Zuständigkeit zuspricht und dem Bundesrat die allgemeine aussenpolitische Führungsfunktion zuweist, gewährt dem Bund als Entscheidungsträger einen entsprechenden Ermessenspielraum.

C. Besondere Mitwirkungsrechte (Abs. 3)

42 Art. 55 Abs. 3 BV sieht besondere Mitwirkungsrechte vor, wenn durch einen aussenpolitischen Entscheid die **Zuständigkeiten der Kantone** betroffen sind. In diesen Fällen verlangt die Verfassung erstens, dass der Stellungnahme der Kantone besonderes Gewicht zukommt, und zweitens, dass die Kantone in geeigneter Weise an den Verhandlungen mitwirken. Diese besonderen Mitwirkungsrechte kommen demgegenüber nicht zum Tragen, wenn ein aussenpolitischer Entscheid lediglich wesentliche Interessen der Kantone berührt.

4294 Siehe zum Ganzen BSK-Waldmann, Art. 55 BV N. 31; SGK-Pfisterer [3. Aufl.], Art. 55 BV N. 5 und N. 76.

4295 Siehe hierzu die Kritik der Kantone, wonach der Transfer von der politischen auf die technische Ebene noch Verbesserungspotential aufweist, Synthesebericht 2017–2021, S. 6.

4296 BSK-Waldmann, Art. 55 BV N. 38.

1. Qualifiziertes Berücksichtigungsrecht

Den Stellungnahmen kommt ein **besonderes Gewicht** zu, wenn ein aussenpolitischer Entscheid die verfassungsmässigen Zuständigkeiten der Kantone betrifft. Die besondere Gewichtung kann sich aus unterschiedlichen Gründen ergeben: Einerseits kann eine besondere Gewichtung durch den Grad der Betroffenheit indiziert sein: Je stärker die kantonalen Zuständigkeiten von einem Entscheid betroffen sind, desto mehr Gewicht muss den Stellungnahmen der Kantone beigemessen werden.[4297] Andererseits resultiert eine besondere Gewichtung auch aus dem Grad der Geschlossenheit: Wenn die Kantone mit einer Stimme sprechen oder wenn eine Stellungnahme von einer grossen Mehrheit der Kantone getragen wird, muss ihr ebenfalls besonderes Gewicht zukommen.[4298] Eine gemeinsame Stellungnahme im Namen der Kantonsregierungen wird abgegeben, wenn sie mindestens von 18 Kantonsregierungen mitgetragen wird.[4299] Das besondere Gewicht der kantonalen Stellungnahmen kommt darin zum Ausdruck, dass diese in der Entscheidungsfindung gegenüber den aussenpolitischen Interessen des Bundes besonders berücksichtigt werden müssen. Auch gegenüber anderen Akteuren und interessierten Kreisen, die sich im Rahmen der aussenpolitischen Entscheidvorbereitung äussern, ist den Stellungnahmen der Kantone besonderes Gewicht beizumessen.[4300] 43

Die besondere Gewichtung übersetzt sich **nicht in eine inhaltliche Befolgungspflicht**. Sie stellt keine *obligation de résultat* dar, die den Bund dazu verpflichtet, den Stellungnahmen der Kantone inhaltlich nachzukommen. Der Bund hat aber die verfassungsrechtliche Pflicht, die Stellungnahmen zur Kenntnis zu nehmen und ihnen bei der Entscheidfindung 44

4297 Botschaft BGMK, S. 1169; vgl. Kolarov, S. 191.

4298 Botschaft BV, S. 232; Botschaft BGMK, S. 1170; Biaggini, Art. 55 BV N. 9.

4299 Art. 10 Vereinbarung über die Konferenz der Kantonsregierungen vom 8.10.1993. Das Recht eines Kantons, sich abweichend zu äussern, bleibt dadurch unberührt. Siehe hierzu auch Föderalismusbericht 2007, S. 5937. Als Beispiel kann etwa auf die gemeinsame Stellungnahme der Kantonsregierungen zum Entwurf der Leitlinien für Verhandlungen mit der Europäischen Union (EU) verwiesen werden, die von 24 Kantonen befürwortet wurde. Siehe hierzu Stellungnahme der Kantonsregierungen vom 2.2.2024, Stabilisierung und Weiterentwicklung der Beziehungen Schweiz – EU: Entwurf eines Verhandlungsmandats, https://kdk.ch/fileadmin/redaktion/aktuell/stellungnahmen/2024/Stelg-20240202-VerhMandat-DE.pdf [https://perma.cc/7ZWA-V827], besucht am 9.3.2024.

4300 BSK-Waldmann, Art. 55 BV N. 42; siehe auch Biaggini, Art. 55 BV N. 9; Mahon, Art. 55 Cst. N. 11; SGK-Fassbender, Art. 55 BV N. 12 und N. 37.

ein hohes Gewicht beizumessen. Er kann indes von den Stellungnahmen abweichen, da diese nicht verbindlich sind.[4301] Bei der Totalrevision der Bundesverfassung forderte die KdK eine inhaltliche Befolgungspflicht für den Fall, dass sich die Kantone im Rahmen einer Stellungnahme einheitlich äussern.[4302] Eine solche Bindungswirkung wurde nicht in die Verfassungsbestimmung aufgenommen. Die Verfassung stellt mit der besonderen Gewichtung der kantonalen Stellungnahmen keine Schranke für die aussenpolitische Entscheidfindung auf, sondern gibt dem Bund ein qualifiziertes inhaltliches Kriterium für die Ermessensausübung an die Hand.[4303] Art. 4 Abs. 3 BGMK sieht vor, dass der Bund die Kantone über die Gründe informiert, wenn er im Rahmen der besonderen Gewichtung nach Art. 55 Abs. 3 BV von den Stellungnahmen abweicht.[4304] Dies dient der transparenten Darlegung der Entscheidgründe des Bundes und ermöglicht eine nachträgliche Angemessenheitsüberprüfung der Gründe, die den Bund zu einem bestimmten aussenpolitischen Entscheid veranlasst haben.[4305]

45 In Bezug auf die kantonale Mitwirkung in europäischen Angelegenheiten fordert die KdK in ihrem Positionsbezug aus dem Jahr 2013 weiterhin eine erhöhte Bindungswirkung. Gemäss dem Vorschlag soll der Bund nur aus überwiegenden aussenpolitischen Gründen von einer einheitlichen oder mehrheitlichen Stellungnahme abweichen können.[4306] Eine ähnliche Regelung lässt sich in Deutschland (Art. 23 Abs. 5 GG) und Österreich (Art. 23d Abs. 2 B-VG) mit Blick auf die Europapolitik finden.[4307] Eine solche **relative Bindungswirkung** ergibt sich gegenwärtig weder aus Art. 55 BV noch dem BGMK.[4308] Waldmann weist jedoch zu Recht darauf hin, dass eine solche Bindungswirkung mit dem Normsinn und -inhalt von Art. 55 BV

4301 AB S 2021 1261 (BR Cassis); Botschaft BV, S. 232; Rhinow/Schefer/Uebersax, N. 3717.

4302 Siehe CdC, projet de Constitution 1995, S. 127: «Dans ces matières la Confédération est liée par un avis commun des cantons, à moins qu'intérêt prépondérant de la Suisse s'y oppose.» Siehe auch Botschaft BV, S. 232; Mahon, Art. 55 BV N. 11; Pfisterer, ZBl 97 (1996), S. 554 f.

4303 Aubert, N. 26.

4304 A.M. SGK-Fassbender, Art. 55 BV N. 30, wonach jede Abweichung des Bundes von kantonalen Stellungnahmen einer Begründungspflicht unterliegt.

4305 Siehe Botschaft BGMK, S. 1170.

4306 Siehe KdK, Positionsbezug 2013, S. 2; KdK, Positionsbezug 2011, N. 14; Maissen/Mayer/Gobbo, S. 112; SGK-Fassbender, Art. 55 BV N. 38.

4307 Sturny/Thalmann, S. 184 und S. 190 f.; Allerdings ist die genaue Bindungswirkung von Art. 23 Abs. 5 Satz. 2 GG umstritten. Siehe hierzu Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, S. 9 ff.

4308 Siehe zum Ganzen Sturny, S. 266 f.

vereinbar wäre. Sie würde noch nicht zu einer kantonalen Mitentscheidungsbefugnis oder einem Vetorecht führen. Sie würde auch die aussenpolitische Handlungsfähigkeit des Bundes nicht schmälern, da dieser bei aussenpolitischer Dringlichkeit und aufgrund überwiegender aussenpolitischer Gründe weiterhin rasch handeln und dabei von kantonalen Stellungnahmen abweichen kann. Eine relative Bindungswirkung müsste jedoch erst durch eine gesetzliche Konkretisierung eingeführt werden.[4309]

2. Recht auf Teilnahme an Verhandlungen

Betrifft ein aussenpolitischer Entscheid die verfassungsmässigen Zuständigkeiten der Kantone, können diese gemäss Art. 55 Abs. 3 Satz 2 BV in geeigneter Weise an **internationalen Verhandlungen** mitwirken.[4310] Je nach Sachgeschäft muss das Verhandlungsmandat flexibel und offen formuliert sein. In solchen Fällen reicht es nicht aus, die Anliegen der Kantone durch eine Mitwirkung bei der Festlegung des Verhandlungsmandats wirksam zu schützen. Vielmehr müssen die Kantone die Möglichkeit haben, ihre Anliegen direkt in die Verhandlungen einfliessen zu lassen.[4311] Die kantonalen Vertreter:innen können die Erfahrungen und das Fachwissen der Kantone in die Verhandlungen einbringen, was letztlich zu Verhandlungslösungen führt, die innenpolitisch stärker verankert sind und eine leichtere Umsetzung zulassen.[4312] 46

Art. 55 Abs. 3 BV spricht von einer Verhandlungsteilnahme **in geeigneter Weise**. Dies bezieht sich sowohl auf die Modalitäten bzw. die Form als auch die Intensität der Teilnahme.[4313] Damit sind Aspekte angesprochen wie etwa die Anzahl der Vertreter:innen der Kantone, die in der Verhandlungsdelegation mitwirken, die Art und Weise der Auswahl dieser Vertreter:innen, die Übertragung der Leitung der Delegation an die Kantone und schliesslich auch die Dauer des Einbezugs und damit die Frage, ob die Verterter:innen an jeder einzelnen Verhandlungssitzung oder nur punktuell 47

4309 BSK-Waldmann, Art. 55 BV N. 44.

4310 Siehe ausführlich zum Begriff der internationalen Verhandlungen SGK-Fassbender, Art. 55 BV N. 40.

4311 SGK-Pfisterer [3. Aufl.], Art. 55 BV N. 5 und N. 76; Sturny, S. 269; vgl. auch Botschaft Bilaterale II, S. 5995.

4312 Maissen/Mayer/Gobbo, S. 109; SGK-Pfisterer [3. Aufl.], Art. 55 BV N. 5 und N. 79.

4313 Mahon, Art. 55 BV N. 12; siehe zum kantonalen Einbezug bei den Verhandlungen zu den bilateralen Abkommen I und II Rhinow/Schefer/Uebersax, N. 3722.

teilnehmen sollen.[4314] Die Form und die Intensität der Teilnahme müssen letztlich eine wirksame Interessenwahrnehmung ermöglichen.[4315]

48 Demgegenüber ist der **Anspruch auf Teilnahme** an und für sich keine Frage der Geeignetheit.[4316] Sowohl der Verfassungs- als auch der Gesetzestext sind in dieser Hinsicht zu restriktiv formuliert.[4317] Art. 5 Abs. 1 BGMK präzisiert, dass bei aussenpolitischen Vorhaben, welche die Zuständigkeiten der Kantone betreffen, der Bund Vertreter:innen der Kantone «[...] in der Regel [...]» beizieht.[4318] Eine Ablehnung der kantonalen Teilnahme darf jedoch nur in Ausnahmefällen erfolgen.[4319] Art. 5 Abs. 2 BGMK erlaubt es dem Bund zudem, die Kantone beizuziehen, auch wenn ihre Zuständigkeiten nicht betroffen sind. In diesen Fällen besteht freilich kein Anspruch der Kantone auf Teilnahme.

49 Gemäss Art. 5 Abs. 3 BGMK bestimmt der Bund auf Vorschlag der Kantone die Vertreter:innen. Das **Auswahlverfahren** stellt sicher, dass die Interessen des Bundes und der Kantone bei der Auswahl beachtet werden.[4320] Da die Teilnahme in geeigneter Weise erfolgen soll, haben die Kantone nicht Anspruch auf eine Vertreterin oder einen Vertreter pro Kanton. Eine zu grosse Verhandlungsdelegation würde sich nachteilig auf die Effizienz der Verhandlungen auswirken. Die Kantone müssen sich daher eng abstimmen, damit entweder einzelne Vertreter:innen oder eine kleine Gruppe mehrere oder sogar alle Kantone vertreten können. Die Kantone können zur Koordination und Bestimmung des Vorschlags auf die bestehenden institutionellen Strukturen und gemeinsamen Organisationen wie die KdK zurückgreifen.[4321] Soweit ersichtlich wird dies auch so gehandhabt, wie aus dem Bericht zu den Aussenbeziehungen 2019–2022 des Kantons Zürich hervorgeht. Darin wird festgehalten, dass die Vertreter:innen jeweils von der

4314 BSK-Waldmann, Art. 55 BV N. 46.

4315 SGK-Pfisterer [3. Aufl.], Art. 55 BV N. 5 und N. 78.

4316 BSK-Waldmann, Art. 55 BV N. 46; a.M. SGK-Fassbender, Art. 55 BV N. 41.

4317 Sturny, S. 270.

4318 Der Bundesrat vertrat in der Botschaft Verfassungsrevision, S. 232, indes eine andere Auffassung: «[D]ie Relativierung ‹in geeigneter Weise› lässt offen, ob die Kantone auch in der Verhandlungsdelegation vertreten sind.».

4319 Siehe Sturny, S. 270, wonach die Gründe der Ablehnung vorzugsweise in einer Vereinbarung festgelegt werden.

4320 Botschaft BGMK, S. 1170; kritisch hierzu SGK-Fassbender, Art. 55 BV N. 42.

4321 Oesch, N. 23; SGK-Pfisterer [3. Aufl.], Art. 55 BV N. 5 und N. 79.

KdK mandatiert werden. Der Kanton Zürich stellt etwa den Vertreter der Kantone im Gemischten Ausschuss zum Luftverkehrsabkommen mit der EU.[4322]

Zum Autor

Doktorand und Lektor für Öffentliches Recht an der Universität Freiburg.

WEITERE EMPFOHLENE LEKTÜRE

Epiney Astrid/Kern Markus, Aussenverfassung, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2020, S. 2151–2182.

Hänni Peter (Hrsg.), Schweizerischer Föderalismus und europäische Integration, Die Rolle der Kantone in einem sich wandelnden internationalen Kontext, Zürich 2000.

Kolarov Ana, Der koordinierte Pluralismus in der schweizerischen Aussenpolitik, Die völkerrechtliche Vertragsschlussfähigkeit der schweizerischen Kantone in verfassungsgeschichtlicher Perspektive, Diss. Zürich 2014, Zürich 2015.

Pfisterer Thomas, Die Kantone mit dem Bund in der EU-Zusammenarbeit, Art. 54 Abs. 3, Art. 55 und 56 BV und deren Anwendung auf die bilateralen Verträge, Zürich/St. Gallen 2014.

Portmann Roland, Foreign Affairs Federalism in Switzerland, in: Bradley Curtis A. (Hrsg.), The Oxford Handbook of Comparative Foreign Relations Law, New York 2019, S. 297–313.

Sturny Thiemo, Mitwirkungsrechte der Kantone an der Aussenpolitik des Bundes, Diss. Freiburg, Freiburg 1998.

Waldmann Bernhard, Schranken der Bundeskompetenz in auswärtigen Angelegenheiten aus föderalistischer Sicht, in: Waldmann Bernhard/Hänni Peter/Belser Eva Maria (Hrsg.), Föderalismus 2.0 – Denkanstösse und Ausblicke, Fédéralisme 2.0 – Réflexions et perspectives, Bern 2011, S. 153–220.

4322Kanton Zürich, Aussenbeziehungen 2019–2022, S. 7.

LITERATURVERZEICHNIS

Ambühl Michael/Scherer Daniela, Zu den Verfahren rund um die Aushandlung und Genehmigung von internationalen Verträgen, LeGes 3 (2014), S. 375–382.

Aubert Jean-François, Mitwirkung der Kantone an der europäischen Politik im Falle eines Beitritts der Schweizerischen Eidgenossenschaft zur Europäischen Union, in: Konferenz der Kantonsregierungen (Hrsg.), Die Kantone vor der Herausforderung eines EU-Beitritts, Bericht der Arbeitsgruppe «Europa-Reform der Kantone», Zürich 2001, S. 159–208.

Biaggini Giovanni, Das Verhältnis der Schweiz zur internationalen Gemeinschaft, Neuerungen im Rahmen der Verfassungsreform, AJP 1999, S. 722–729.

Biaggini Giovanni, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, BV Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2017.

Bonjour, Edgar, Bündnisfreiheit und Bündnisverbot in der alten Eidgenossenschaft und in der neuen Schweiz, in: Berding Helmut/Düwell Kurt/Wehler Hans-Ulrich/Mommsen Wolfgang J./Gall Lothar (Hrsg.), Vom Staat des Ancien Régime zum modernen Parteienstaat, Festschrift für Theodor Schieder zu seinem 70. Geburtstag, München/Wien 1987, S. 145–153.

Breitenmoser Stephan, Föderalismus und Internationalisierung, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2020, S. 639–666.

ch Stiftung, Monitoringbericht 2014–2016 vom 30.6.2017, https://chstiftung.ch/fileadmin/t8_jetpack/redaktion/Dokumente/Programme_Projekte/foederalimus/monitoringbericht_foderalismus_2014-2016_version_pdf-d.pdf [https://perma.cc/GQS4-U7AW], besucht am 7.3.2024 (zit. Monitoringbericht 2014–2016).

ch Stiftung, Monitoringbericht 2017–2021 vom 18.8.2022, Politischer Synthesebericht, https://chstiftung.ch/fileadmin/t8_jetpack/redaktion/Dokumente/Programme_Projekte/Foederalismusmonitoring/Monitoring_2017-2021/Synthesepapier_Monitoring_2017-2021-DE-Print.pdf

[https://perma.cc/5QV3-8WLL], besucht am 7.3.2024 (zit. Synthesebericht 2017–2021).

Conférence des gouvernements cantonaux, Réforme de la Constitution comme réforme du fédéralisme, Le projet de Constitution 1995 du point de vue des cantons, Zürich 1997 (zit. CdC, projet de Constitution 1995).

Cottier Thomas/Liechti Rahel, Schweizer Spezifika: Direkte Demokratie, Konkordanz, Föderalismus und Neutralität als politische Gestaltungsfaktoren, in: Breuss Fritz/Cottier Thomas/Müller-Graf Peter-Christian (Hrsg.), Die Schweiz im europäischen Integrationsprozess, Baden-Baden 2008, S. 39–61.

Egli Patricia, Art. 44 BV, in: 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/Basel/Genf 2023.

Egli Patricia, Art. 45 BV, in: 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/Basel/Genf 2023.

Ehrenzeller Bernhard, Aussenpolitische Handlungsfähigkeit und Verfassung, Eine Betrachtung aus der Sicht der neuen schweizerischen Bundesverfassung, in: Cremer Hans-Joachim/Giegerich Thomas/Richter Dagmar/Zimmermann Andreas (Hrsg.), Tradition und Weltoffenheit des Rechts, Festschrift für Helmut Steinberger, Berlin 2002, S. 703–731 (zit. Ehrenzeller, Handlungsfähigkeit).

Ehrenzeller Bernhard, Art. 54 BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014.

Epiney Astrid, Art. 54 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Schweizerische Bundesverfassung, Basler Kommentar, Basel 2015.

Epiney Astrid/Kern Markus, Aussenverfassung, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2020, S. 2151–2182.

Fassbender Bardo, Art. 166 BV (Rz. 40–87), in: 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/Basel/Genf 2023.

Fassbender Bardo, Art. 55 BV, in: 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/Basel/Genf 2023.

Häfelin Ulrich/Haller Walter/Keller Helen/Thurnherr Daniela, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020.

His Eduard, Die Kompetenz der Kantone zum Abschluss von internationalen Verträgen, (besonders Doppelbesteuerungsverträgen), ZSR 48 (1929), S. 31–87.

Kälin Walter/Epiney Astrid/Caroni Martina/Künzli Jörg/Pirker Benedikt, Völkerrecht, Eine Einführung, 5. Aufl., Bern 2022.

Kolarov Ana, Der koordinierte Pluralismus in der schweizerischen Aussenpolitik, Die völkerrechtliche Vertragsschlussfähigkeit der schweizerischen Kantone in verfassungsgeschichtlicher Perspektive, Diss. Zürich 2014, Zürich 2015.

Lanz Matthias, Bundesversammlung und Aussenpolitik, Möglichkeiten und Grenzen parlamentarischer Mitwirkung, Diss. Bern 2019, Zürich/St. Gallen 2020.

Luks Zheni, Klage an das Bundesgericht bei öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten zwischen Bund und Kantonen oder zwischen Kantonen (Art. 120 BGG), Verfassungsrechtlicher Rahmen und Sachurteilsvoraussetzungen, Diss. Freiburg 2021, Bern 2022.

Mahon Pascal, Art. 55 Cst., in: Aubert Jean-François/Mahon Pascal (Hrsg.), Petit commentaire de la constitution fédérale de la confédération Suisse du 18 avril 1999, Zürich/Basel/Genf 2003.

Maissen Sandra/Mayer Roland/Gobbo Luca, Die Kantone und die Europapolitik, Die Stärkung der europapolitischen Mitsprache als notwendiger Schritt zur Erhaltung des Föderalismus, in: Institut für Europarecht der Universität Freiburg (Hrsg.), Die Schweiz und die

europäische Integration: 20 Jahre Institut für Europarecht, Zürich 2015, S. 107–114.

Maroonian Anaïs/Kolb Robert, Art. 55 Cst., in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Constitution fédérale, Commentaire Romand, Basel 2021.

Montesquieu, De l'Esprit des lois, Tome II, Paris 1995 (éd. établie par Laurent Versini).

Oesch Matthias, Verfassungswandel durch Globalisierung und Europäisierung, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2020, S. 137–160.

Pfisterer Thomas, Von der Rolle der Kantone in der Aussenpolitik Ein Beitrag zur aktuellen politischen Diskussion, ZBl 97 (1996), S. 544–557.

Pfisterer Thomas, Auslandbeziehungen der Kantone, in: Thürer Daniel/Aubert Jean-François/Müller Jörg Paul (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, S. 525–546 (zit. Pfisterer, Auslandbeziehungen).

Pfisterer Thomas, Der bilaterale Weg, Verbesserungsansätze und die Kantone – primär rechtlich-institutionelle Fragen, ZBl 112 (2011), S. 285–328.

Pfisterer Thomas, Aspekte von Europapolitik und Föderalismus, SZIER (2011), S. 129–134.

Pfisterer Thomas, Art. 55 BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014.

Pfisterer Thomas, Die Kantone mit dem Bund in der EU-Zusammenarbeit, Art. 54 Abs. 3, 55 und 56 BV und deren Anwendung auf die bilateralen Verträge, Zürich/St. Gallen 2014 (zit. Pfisterer, EU-Zusammenarbeit).

Rhinow René/Schefer Markus/Uebersax Peter, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3. Aufl., Basel 2016.

Schindler (Sen.) Dietrich, Die Verfassungsgerichtsbarkeit in den Vereinigten Staaten von Amerika und in der Schweiz, ZSR 44 (1925), S. 19–62.

Schindler Dietrich, Art. 8 BV, in: Aubert Jean-François/Eichenberger Kurt/Müller Jörg Paul/Rhinow René A./Schindler Dietrich (Hrsg.), Kommentar zur

Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29.5.1874, Basel/Zürich/Bern 1987–1996.

Sturny Thiemo, Mitwirkungsrechte der Kantone an der Aussenpolitik des Bundes, Diss. Freiburg, Freiburg 1998.

Sturny Thiemo/Thalmann Urs, Rechtsvergleich: Die Rolle der Gliedstaaten in der Aussenpolitik, in: Peter Hänni (Hrsg.), Schweizerischer Föderalismus und europäische Integration, Die Rolle der Kantone in einem sich wandelnden internationalen Kontext, Zürich 2000, S. 151–195.

Thürer Daniel, Föderalismus und Regionalismus in der schweizerischen Aussenpolitik: Zum Verhältnis von Bundeskompetenzen und kantonalen Kompetenzen unter veränderten Umständen, ZBl 93 (1992), S. 49–73.

Waldmann Bernhard, Art. 55 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Schweizerische Bundesverfassung, Basler Kommentar, Basel 2015.

Waldmann Bernhard, Schranken der Bundeskompetenz in auswärtigen Angelegenheiten aus föderalistischer Sicht, in: Waldmann Bernhard/Hänni Peter/Belser Eva Maria (Hrsg.), Föderalismus 2.0 – Denkanstösse und Ausblicke, Fédéralisme 2.0 – Réflexions et perspectives, Bern 2011, S. 153–220 (zit. Waldmann, Schranken).

Wildhaber Luzius, Treaty-Making Power and Constitution, An International and Comparative Study, Habil. Basel 1968, Basel/Stuttgart 1971.

Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, Zur Berücksichtigung der Stellungnahmen des Bundesrates in Angelegenheiten der Europäischen Union gemäß Art. 23 Abs. 5 GG, WD 3-3000-002/24.

Zellweger Valentin, Völkerrecht und Bundesstaat, Mittel des Völkerrechts zur Vereinbarung von Staatsvertrags- und Bundesstaatsrecht, Diss. Basel 1991, Berlin 1992.

Zimmerli Ulrich, Bund – Kantone – Gemeinden, in: Zimmerli Ulrich (Hrsg.), Die neue Bundesverfassung, Konsequenzen für Praxis und Wissenschaft, Bern 2000, S. 35–62.

MATERIALIEN UND WEITERE DOKUMENTE

Aus den Verhandlungen des schweiz. Bundesrates (Bundesbeschluss der vereinigten Bundesversammlung in Sachen der Einsprache der Regierung von Basel-Landschaft gegen die Vollziehung des Niederlassungsvertrags mit Frankreich gefassten Beschluss des Bundesrates), BBl 1865 III 945 ff. (zit. Beschluss der Bundesversammlung i.S. Basel-Landschaft 1865).

Bericht der nationalrätlichen Petitionskommission, betreffend eine Petition in Sachen der schweizerisch-französischen Uebereinkunft zum Schuze des literarischen, künstlerischen und industriellen Eigenthums, BBl 1867 II 705 ff. (zit. Bericht Petitionskommission betreffen den Staatsvertrag zum Schutz des geistigen Eigentums 1867).

Bericht der Expertenkommission für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung (1977), https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/staat/gesetzgebung/archiv/bundesverfassung/ber-expkomm-d.pdf.download.pdf/ber-expkomm-d.pdf, besucht am 7.3.2024 (zit. Begleitbericht VE 1977).

Bericht des Bundesrats, Die europäische Integration und ihre Auswirkungen auf den schweizerischen Föderalismus, VPB 1989 Nr. 55 (zit. Bericht Auswirkungen 1989).

Bericht über die grenzüberschreitende Zusammenarbeit und die Mitwirkung der Kantone an der Aussenpolitik vom 7.3.1994, BBl 1994 II 620 ff. (zit. Bericht Mitwirkung der Kantone 1994).

Bericht des Bundesrates zu den Auswirkungen verschiedener europapolitischer Instrumente auf den Föderalismus in der Schweiz (in Erfüllung des Postulates Pfisterer [01.3160] «Föderalismusbericht. Erhaltung des Föderalismus bei den verschiedenen europapolitischen Optionen»), BBl 2007 5907 ff. (zit. Föderalismusbericht 2007).

Bericht des Bundesrates über die Evaluation der schweizerischen Europapolitik (in Beantwortung des Postulats Markwalder [09.3560] «Europapolitik. Evaluation, Prioritäten, Sofortmassnahmen und nächste Integrationsschritte»), BBl 2010 7239 ff. (zit. Evaluationsbericht 2010).

Bericht der Geschäftsprüfungskommission des Ständerats, Verhalten der Bundesbehörden in der diplomatischen Krise zwischen der Schweiz und Libyen, BBl 2011 4215 ff. (zit. Libyen-Bericht GPK-S 2011).

Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulats Hans Fehr 10.3857 vom 1.10.2010. Konsequenzen des Schengen-Anpassungszwangs, BBl 2013 6319 ff. (zit. Schengen-Bericht 2013).

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung, betreffend die Verträge mit Frankreich, BBl 1864 II 253 ff. (zit. Botschaft Verträge mit Frankreich 1864).

Botschaft des Bundesrates an die vereinigte Bundesversammlung, betreffend die von der Regierung von Basel-Landschaft an französische Israeliten verweigerte Niederlassung, BBl 1865 III 801 ff. (zit. Botschaft Basel-Landschaft 1865).

Botschaft zur Genehmigung des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum vom 18.5.1992, BBl 1992 IV 1 ff. (zit. Botschaft EWR).

Botschaft über das Folgeprogramm nach der Ablehnung des EWR-Abkommens vom 24.2.1993, BBl 1993 I 805 ff. (zit. Botschaft Folgeprogramm 1993).

Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20.11.1996, BBl 1997 I 1 ff. (zit. Botschaft BV).

Botschaft zum Bundesgesetz über die Mitwirkung der Kantone an der Aussenpolitik des Bundes vom 15.12.1997, BBl 1998 II 1163 ff. (zit. Botschaft BGMK).

Botschaft zur Genehmigung der bilateralen Abkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Union, einschliesslich der Erlasse zur Umsetzung der Abkommen («Bilaterale II»), BBl 2004 5965 ff. (zit. Botschaft Bilaterale II).

Bundesbeschluss über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) vom 9.10.1992, BBl 1992 VI 56 f. (zit. Bundesbeschluss EWR).

Bundesbeschluss über den UNO-Migrationspakt (Entwurf), BBl 2021 360 (zit. Entwurf Bundesbeschluss UNO-Migrationspakt).

Europabericht 2006, BBl 2006 6815 ff. (zit. Europabericht 2006).

KdK, Innerstaatliche Reformen zur Festigung der föderalistischen und demokratischen Staatsorganisation im Rahmen der Europapolitik des Bundes, Positionsbezug der Kantonsregierungen, 24.6.2011, https://kdk.ch/fileadmin/redaktion/themen/europapolitik/standortbestimmung/

2_positionsbezug_vom_24_juni_2011.pdf [https://perma.cc/HD5E-6FRJ], besucht am 7.3.2024 (zit. KdK, Positionsbezug 2011).

KdK, Positionsbezug zu den innerstaatlichen Reformen, Stellungnahme vom 13.12.2013, https://kdk.ch/fileadmin/redaktion/aktuell/stellungnahmen/stelg-innere_reformen-20131213.pdf [https://perma.cc/Q5N5-KV4R], besucht am 7.3.2024 (zit. KdK, Positionsbezug 2013).

Reform der Bundesverfassung, Erläuterungen zum Verfassungsentwurf 1995, https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/staat/gesetzgebung/archiv/bundesverfassung/vn-ber-d.pdf [https://perma.cc/43WZ-GQQ9], besucht am 7.3.2024 (zit. Erläuterungen VE 1995).

Regierungsrat des Kantons Zürich, Bericht Aussenbeziehungen 2019–2022, Februar 2023, https://www.zh.ch/content/dam/zhweb/bilder-dokumente/organisation/staatskanzlei/aussenbeziehungen/Bericht_Aussenbeziehungen%202019-2022.pdf [https://perma.cc/Z45Q-R74U], besucht am 7.3.2024 (zit. Kanton Zürich, Aussenbeziehungen 2019–2022).

ACHTUNG: Diese Version des Kommentars ist eine automatische maschinelle Übersetzung des Originals. Die Originalversion ist französisch. Die Übersetzung wurde mit www.deepl.com durchgeführt. Nur die Originalversion ist autoritativ. Die übersetzte Form des Kommentars kann nicht zitiert werden.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 56 BV

Eine Kommentierung von Constance Kaempfer

ZITIERVORSCHLAG

Constance Kaempfer, Commentary of art. 56 FC, in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (eds.), Online Commentary of the Swiss Federal Constitution

Kurzzitat: OK-Kaempfer, art. 56 FC N XXX.

Art. 56 Beziehungen der Kantone mit dem Ausland

[1] Die Kantone können in ihren Zuständigkeitsbereichen mit dem Ausland Verträge schliessen.

[2] Diese Verträge dürfen dem Recht und den Interessen des Bundes sowie den Rechten anderer Kantone nicht zuwiderlaufen. Die Kantone haben den Bund vor Abschluss der Verträge zu informieren.

[3] Mit untergeordneten ausländischen Behörden können die Kantone direkt verkehren; in den übrigen Fällen erfolgt der Verkehr der Kantone mit dem Ausland durch Vermittlung des Bundes.

GLIEDERUNG

I. Systematik und Entstehung der Norm 983
II. Hintergrund 984
III. Die Zuständigkeit der Kantone für den Abschluss völkerrechtlicher Verträge (Abs. 1) 985
A. Kantonale völkerrechtliche Verträge im internationalen Recht 986
B. Kantonale völkerrechtliche Verträge im innerstaatlichen Recht 987
1. Abschluss, Änderung und Kündigung 987
2. Rang 988
3. Umsetzung 989
IV. Grenzen (Abs. 2) 989
A. Erfordernis der Übereinstimmung mit Bundes- und Kantonsrecht sowie mit den Interessen des Bundes 989
B. Pflicht zur Information des Bundes 990
V. Völkerrechtliche Verträge, die direkt von den Kantonen abgeschlossen werden (Abs. 3) 991
Empfohlene weiterführende Lektüre 992
Zur Autorin 993
Literaturverzeichnis 994

I. SYSTEMATIK UND ENTSTEHUNG DER NORM

Art. 56 der Verfassung ist Teil eines Kapitels, das im Wesentlichen dazu dient, die Zuständigkeiten des Bundes aufzuzählen. Innerhalb dieses Kapitels ist er Teil des Abschnitts "Beziehungen zum Ausland" (Art. 54-56), der sowohl die Beziehungen des Bundes als auch die Beziehungen der Kantone mit dem Ausland umfasst. In diesem Bereich wirft die Definition der Zuständigkeiten komplexe Fragen auf und stützt sich nicht auf die traditionelle Kompetenzverteilung in Art. 3 und 42 Abs. 1. Gemäß Art. 54 Abs. 1 "sind die auswärtigen Angelegenheiten Sache des Bundes". Dieser Artikel begründet eine umfassende Zuständigkeit des Bundes im Bereich der auswärtigen Angelegenheiten. Gemäß Art. 56 wird ihm diese Zuständigkeit in den Zuständigkeitsbereichen der Kantone jedoch teilweise entzogen. Art. 56 nuanciert somit Art. 54 Abs. 1, indem er eine punktuelle kantonale Zuständigkeit im Bereich der auswärtigen Angelegenheiten zulässt. Es besteht also eine wechselseitige Abhängigkeit zwischen diesen beiden Bestimmungen. Die Lehre verwendet den Begriff "kleine Aussenpolitik", um die verbleibende kantonale Kompetenz im Bereich der Aussenpolitik zu bezeichnen. Die Auswirkungen dieser kantonalen Kompetenz werden nachstehend dargelegt (N. 7). 1

Angesichts der umfangreichen Vertragspraxis der Kantone vor der Entstehung des Bundesstaates ist ihre Restkompetenz zum Abschluss völkerrechtlicher Verträge seit 1848 im Bundesverfassungsrecht anerkannt. Die Entsprechung von Art. 56 findet sich somit in den Art. 9 und 10 der alten Bundesverfassung vom 29. Mai 1874 (aBV), die ihrerseits den Art. 9 und 10 der alten Bundesverfassung vom 12. September 1848 (aBV 1848) entsprechen. 2

Im Gegensatz zu den beiden alten Versionen der Verfassung ist die Kompetenz der Kantone zum Abschluss von Verträgen jedoch nicht mehr auf bestimmte definierte Bereiche (Volkswirtschaft, nachbarschaftliche Beziehungen und Polizei) beschränkt. Art. 56 gilt somit für alle Bereiche, "die in ihre Zuständigkeit fallen" (Art. 56 Abs. 1). Darüber hinaus gibt Art. 56 die in Art. 9 aBV vorgesehene Praxis der Genehmigung kantonaler völkerrechtlicher Verträge durch den Bund auf und ersetzt sie durch eine einfache Informationspflicht (Art. 56 Abs. 2), kombiniert mit einem Beschwerdeverfahren (N. 18-20). 3

II. HINTERGRUND

4 Die den föderalen Einheiten eingeräumte Möglichkeit, internationale Verträge abzuschließen, besteht auch in Deutschland, Österreich und Belgien, so dass die Lehre den Begriff des "offenen Bundesstaates" verwendet, um diese Art der internen Organisation zu bezeichnen. In der Schweiz ist die grenzüberschreitende Zusammenarbeit für die Kantone von großer praktischer Bedeutung, da 15 Kantone eine Grenze mit mindestens einem ausländischen Staat teilen.

5 Laut einer Studie von Bardo Fassbender und Raffael Gübeli waren am 25. September 2017 in der Schweiz 436 internationale kantonale Verträge in Kraft. Die Autoren weisen jedoch darauf hin, dass diese Liste angesichts der Unmöglichkeit, alle nicht veröffentlichten Verträge zu berücksichtigen, keinen Anspruch auf Vollständigkeit erhebt. Zwar sieht Art. 56 Abs. 2 BV eine Informationspflicht des Bundes vor (N. 18-20). Gemäss Art. 61c Abs. 2 RVOG gilt diese Informationspflicht jedoch nicht für Verträge, "a. die die Erfüllung von Verträgen zum Gegenstand haben, von denen der Bund bereits Kenntnis hat; b. die sich in erster Linie an die Behörden richten oder technische oder administrative Fragen regeln". Fassbender und Gübeli weisen zudem darauf hin, dass der Bund nicht über die Mittel verfügt, um die Informationspflicht der Kantone durchzusetzen. Unter diesen Umständen ist es dem Bund aufgrund der bestehenden Informationspflicht nicht möglich, alle von den Kantonen abgeschlossenen internationalen Verträge zu veröffentlichen. Die Studie zeigt auch, dass der Abschluss von kantonalen völkerrechtlichen Verträgen in den letzten 35 Jahren zugenommen hat, was hauptsächlich auf die zunehmende grenzüberschreitende Zusammenarbeit zurückzuführen ist. Es zeigt sich jedoch, dass die bestehenden kantonalen völkerrechtlichen Verträge nicht das Ausmaß des auswärtigen Handelns der Kantone widerspiegeln. Denn ähnlich dem Phänomen der "treaty fatigue", das von mehreren Autoren auf internationaler Ebene hervorgehoben wird, erfolgt das auswärtige Handeln der Kantone zunehmend über informelle Vereinbarungen (soft law), die flexibler sind und nicht der Genehmigung durch den Bund oder die Kantonsparlamente bedürfen.

6 Die grenzüberschreitende Zusammenarbeit der Schweizer Kantone wird im internationalen und im innerstaatlichen Recht durch mehrere

Übereinkommen geregelt, die diese Zusammenarbeit zwischen föderalen Einheiten erleichtern sollen. Es handelt sich um die folgenden Texte:

- Das Europäische Rahmenübereinkommen über die grenzüberschreitende Zusammenarbeit zwischen Gebietskörperschaften oder Behörden, das für die Schweiz am 4. Juni 1982 in Kraft trat (Madrider Übereinkommen);
- Die drei Zusatzprotokolle zum Madrider Übereinkommen;
- Das Rahmenabkommen zwischen der Schweiz und der Italienischen Republik über die grenzüberschreitende Zusammenarbeit zwischen regionalen und lokalen Gebietskörperschaften und Behörden, das für die Schweiz am 26. April 1993 in Kraft trat;
- Das Abkommen zwischen dem Schweizerischen Bundesrat, der Regierung der Bundesrepublik Deutschland und der Regierung der Französischen Republik über die grenzüberschreitende Zusammenarbeit in der Oberrheinregion, das für die Schweiz am 1. Juni 2001 in Kraft getreten ist;
- Das Abkommen vom 23. Januar 1996 zwischen der Regierung der Bundesrepublik Deutschland, der Regierung der Französischen Republik, der Regierung des Großherzogtums Luxemburg und dem Schweizerischen Bundesrat, handelnd im Namen der Kantone Solothurn, Basel-Stadt, Basel-Landschaft, Aargau und Jura, über die grenzüberschreitende Zusammenarbeit zwischen Gebietskörperschaften und lokalen öffentlichen Stellen (Karlsruher Abkommen);
- Die Vereinbarung über die Mitwirkung der Kantonsparlamente bei der Ausarbeitung, Ratifizierung, Durchführung und Änderung von interkantonalen Verträgen und von Verträgen der Kantone mit dem Ausland.

III. DIE ZUSTÄNDIGKEIT DER KANTONE FÜR DEN ABSCHLUSS VÖLKERRECHTLICHER VERTRÄGE (ABS. 1)

Gemäß Art. 56 Abs. 1 können die Kantone in den Bereichen, in denen sie gemäß der in der Verfassung festgelegten Kompetenzverteilung zuständig sind, ihre eigene Außenpolitik betreiben. Die Kompetenz der Kantone, völkerrechtliche Verträge abzuschließen, ist jedoch subsidiär zu der des Bundes. So können die Kantone diese Kompetenz nur ausüben, wenn der 7

Bund nicht bereits einen Vertrag in dem betreffenden Bereich abgeschlossen hat. Wenn der Bund einen völkerrechtlichen Vertrag in einem bestimmten Bereich abschliesst, wird eine allfällige kantonale Zuständigkeit in diesem Bereich hinfällig, sofern der völkerrechtliche Vertrag eine umfassende und abschliessende Regelung enthält. Das Bundesgericht stellte beispielsweise fest, dass der Bund durch den Abschluss des bilateralen Abkommens über den Handel mit landwirtschaftlichen Erzeugnissen mit der Europäischen Union seine Zuständigkeit im Bereich des Weinbaus und der AOC (Appellation d'origine contrôlée) ausgeübt hatte. Er kam daher zu dem Schluss, dass der Kanton Genf nicht berechtigt war, internationale Verträge in diesem Bereich abzuschließen.

8 In einigen Kantonen haben die Gemeinden die Möglichkeit, Kooperationsvereinbarungen mit ausländischen Körperschaften zu schließen. Das oben erwähnte Karlsruher Abkommen bietet einen Rahmen für diese verschiedenen Formen der Zusammenarbeit zwischen Gemeinden. Die Lehre ist sich jedoch nicht einig darüber, wie diese Vereinbarungen zu qualifizieren sind. Nach der überwiegenden Lehre sind Gemeinden nicht berechtigt, völkerrechtliche Verträge abzuschließen; die kommunale grenzüberschreitende Zusammenarbeit fällt daher ausschließlich in den Bereich des Privatrechts. Pfisterer vertritt dagegen die Auffassung, dass Gemeinden völkerrechtliche Verträge abschließen können, wenn das kantonale Recht dies zulässt. In Übereinstimmung mit der Mehrheitslehre sind wir der Ansicht, dass die von den Gemeinden abgeschlossenen Verträge dem Privatrecht unterliegen. Unserer Ansicht nach ist diese Position dadurch gerechtfertigt, dass die vertraglichen Verpflichtungen, die in den von Gemeinden abgeschlossenen Kooperationsvereinbarungen enthalten sind, gemäß Art. 7 Abs. 1 des Karlsruher Übereinkommens keine Haftung des Staates begründen können. Würden diese Vereinbarungen jedoch als internationale Verträge gemäß dem Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge betrachtet, müsste ihre Nichteinhaltung die Haftung des Staates nach sich ziehen.

A. Kantonale völkerrechtliche Verträge im internationalen Recht

9 Im Völkerrecht sind die von den Kantonen geschlossenen Verträge Verträge wie andere Verträge, d. h. gemäß der Definition in Art. 2 Abs. 1 des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge Vereinbarungen, die "schriftlich

zwischen Staaten geschlossen werden und dem Völkerrecht unterliegen, gleichgültig, ob sie in einer einzigen Urkunde oder in zwei oder mehr zusammenhängenden Urkunden niedergelegt sind und welche besondere Bezeichnung sie haben". Die Kantone können auch ungeschriebene Verträge abschließen und sich an internationale Organisationen binden.

Aus völkerrechtlicher Sicht sind jedoch nicht die Kantone, sondern die Schweiz in ihrer Eigenschaft als Staat gebunden. Formal gesehen finden die Beziehungen der Kantone zu ausländischen Staaten also über den Bund statt. Das bedeutet, dass die Verhandlungsführung, die Unterzeichnung und die Ratifizierung dem Bund obliegen, der im Namen der betroffenen Kantone handelt. Im Falle der Nichteinhaltung des Vertrags ist nur der Bund international verantwortlich. 10

Neben den völkerrechtlichen Verträgen können die Kantone auch durch informelle Zusammenarbeit eine Kooperation mit dem Ausland begründen. Die Randbemerkung zu Art. 56 erwähnt im Übrigen die "Beziehungen der Kantone mit dem Ausland", was den Kantonen weitere Formen der Zusammenarbeit eröffnet. In der Lehre wird darauf hingewiesen, dass diese informelle Zusammenarbeit in der Praxis übrigens wichtiger ist als der Abschluss von Staatsverträgen. Diese informelle Zusammenarbeit wird insbesondere in Kantonen genutzt, die eine gemeinsame Grenze mit einem Nachbarstaat der Schweiz haben. Sie kann beispielsweise in Form von Kontakten, Diskussionen und Vereinbarungen in grenzüberschreitenden Kommissionen und Regionalforen erfolgen. 11

B.
Kantonale völkerrechtliche Verträge im innerstaatlichen Recht

1. Abschluss, Änderung und Kündigung

Im innerstaatlichen Recht der Schweiz gibt es drei Verfahren, wenn die Kantone internationale Verträge abschließen möchten. Wie bereits erwähnt, ist der Bundesrat generell für den Abschluss von Verträgen im Namen der Kantone zuständig (Art. 184 Abs. 2 BV). Seltener kommt es auch vor, dass der Bund einen Vertrag in seinem eigenen Namen und im Namen des Kantons abschließt. Schließlich können die Kantone gemäß Art. 56 Abs. 3 Verträge im eigenen Namen abschließen, wenn sie direkt mit den untergeordneten Behörden ausländischer Staaten verkehren (N. 21-22). In jedem dieser drei 12

Fälle bindet der so abgeschlossene kantonale völkerrechtliche Vertrag den Bund jedenfalls völkerrechtlich (N. 9-10).

13 Innerhalb des Kantons bestimmt das kantonale Recht, welche Behörde für die Zusammenarbeit mit dem Ausland zuständig ist. In der Regel ist die Exekutive für die Ausarbeitung und Unterzeichnung internationaler Verträge zuständig, und die Parlamente haben die Kompetenz, den Inhalt der Verträge zu genehmigen, gegebenenfalls unter dem Vorbehalt des Referendums. In einigen Fällen ist vorgesehen, dass das Kantonsparlament an der Vorbereitung wichtiger Verträge, die seiner Zustimmung bedürfen, teilnimmt. Im Allgemeinen verursacht die vorherrschende Rolle der Exekutive bei der Ausarbeitung internationaler Verträge jedoch zwangsläufig ein gewisses Demokratiedefizit. So stehen die Parlamentarier in den zwischenstaatlichen Beziehungen oft vor der binären Wahl, Bestimmungen zu akzeptieren oder abzulehnen, die sie nicht diskutieren konnten. Unter diesen Umständen ist die Beteiligung der Parlamente über das Zustimmungsverfahren unserer Meinung nach nicht ausreichend, um die demokratische Legitimität der betreffenden Verträge zu gewährleisten. Darüber hinaus kann sich auch die zunehmende Nutzung informeller Kooperationsinstrumente (N. 11) nachteilig auf das demokratische Prinzip auswirken, da diese Instrumente keiner parlamentarischen Zustimmung bedürfen. Um dieses Defizit abzumildern, sollte die Beteiligung der Parlamente an der Ausarbeitung dieser Übereinkommen im Vorfeld, d. h. zum Zeitpunkt der Verhandlungen, erhöht werden. In einer zweiten Phase sollten die Parlamentarier die Möglichkeit haben, die von der Exekutive vorgeschlagenen Bestimmungen zu diskutieren und zu ändern, bevor sie sie genehmigen. Die Herausforderung besteht darin, ein Gleichgewicht zwischen einer größeren demokratischen Legitimität und der Gewährleistung einer gewissen Effizienz zu finden.

2. Rang

14 Die Frage, welchen Rang die von den Kantonen abgeschlossenen völkerrechtlichen Verträge im innerstaatlichen Recht haben, wirft komplexe Fragen auf. Ein Teil der Lehre vertritt die Auffassung, dass die von den Kantonen abgeschlossenen völkerrechtlichen Verträge innerstaatlich zum kantonalen Recht gehören. Andere Autoren, denen wir uns anschließen, sind der Ansicht, dass diese Verträge zum internationalen Recht gehören. In der Tat erscheint es uns logisch, dass Verträge, die mit dem Ausland

abgeschlossen werden - sei es durch den Bund oder durch die Kantone selbstständig - Teil des Völkerrechts sind. Wären die von den Kantonen abgeschlossenen völkerrechtlichen Verträge Teil des kantonalen Rechts, könnten sie gemäß dem Grundsatz der derogatorischen Kraft des Bundesrechts bei Vorliegen entgegenstehender Bundesgesetze nicht angewendet werden. Die einhellige Lehre erkennt jedoch an, dass diese Verträge von späteren und entgegenstehenden Bundesgesetzen abweichen. Darüber hinaus sind mehrere Autoren der Ansicht, dass Art. 190 BV auf kantonale völkerrechtliche Verträge anwendbar ist, was ebenfalls für die Zugehörigkeit dieser Verträge zum Völkerrecht spricht.

3. Umsetzung

Wie völkerrechtliche Verträge innerhalb der Schweizer Rechtsordnung 15
umzusetzen sind, wird nicht durch das Völkerrecht bestimmt. Vielmehr sind die innerstaatlichen Behörden frei in der Art und Weise, wie sie die Verpflichtungen aus internationalen Verträgen innerstaatlich umsetzen. Dies gilt auch für Verträge, die von den Kantonen abgeschlossen wurden. Wie oben (N. 10) erwähnt, ist der Bund hingegen dafür verantwortlich, dass diese Verträge auf internationaler Ebene eingehalten und korrekt umgesetzt werden. Wenn also ein Kanton einen von ihm abgeschlossenen Vertrag nicht einhält oder umsetzt, ist der Bund - zumindest theoretisch - befugt, durch Bundesvollstreckung an seiner Stelle zu handeln. In der Praxis mischt sich der Bund jedoch nur selten in die Kompetenzen der Kantone ein, um an ihrer Stelle die Verpflichtungen der Kantone umzusetzen.

IV. GRENZEN (ABS. 2)

A. Erfordernis der Übereinstimmung mit Bundes- und Kantonsrecht sowie mit den Interessen des Bundes

Zum Zeitpunkt ihres Abschlusses dürfen die von den Kantonen 16
abgeschlossenen völkerrechtlichen Verträge weder dem Bundesrecht noch dem Recht der anderen Kantone widersprechen. Hingegen haben wir gesehen, dass diese Verträge, sobald sie ratifiziert sind, gemäss dem in Art. 5 Abs. 4 BV verankerten Grundsatz des Vorrangs des Völkerrechts späteren Bundes- oder Kantonsgesetzen, die im Widerspruch zu ihnen stehen, vorgehen (N. 14).

17 Darüber hinaus müssen die von den Kantonen abgeschlossenen Verträge die "Interessen der Eidgenossenschaft" wahren. Diese Formulierung ist identisch mit derjenigen in Art. 48 Abs. 3 und muss auf die gleiche Weise, d.h. weit ausgelegt werden. Sie bezieht sich auf nationale Interessen - wie die Aufrechterhaltung guter Beziehungen zu ausländischen Staaten oder internationalen Organisationen - und nicht nur auf die politischen Interessen von Bundesbern. Das Bundesgericht schließt direkte Kontakte zwischen den Kantonen und internationalen Organisationen nicht völlig aus. Allerdings verbietet die Wahrung der Interessen des Bundes "jede Maßnahme eines Kantons, die die Beziehungen der Schweiz zu anderen Staaten vereiteln oder behindern könnte, wie etwa Resolutionen der Kantonsparlamente zu Ereignissen im Ausland" . Die Kantone verfügen somit über einen gewissen Spielraum bei der Durchführung ihrer Außenpolitik, müssen jedoch Fragen der politischen Opportunität berücksichtigen. Der Handlungsspielraum der Kantone wird zudem durch die in Art. 44 Abs. 2 verankerte Pflicht zur Bundestreue eingeschränkt, wonach die Kantone ihre Kompetenzen nicht missbräuchlich ausüben dürfen.

B. Pflicht zur Information des Bundes

18 Vor der Totalrevision der Verfassung im Jahr 1999 mussten internationale Verträge, die von den Kantonen abgeschlossen wurden, vom Bundesrat genehmigt werden (N. 3). Mit der Annahme der neuen Verfassung wurde diese Kompetenz des Bundes zur Genehmigung von Verträgen durch eine a-priori-Informationspflicht und die Einführung eines Beschwerdeverfahrens ersetzt. Diese Beschränkung auf eine Informationspflicht mit der Möglichkeit, eine Beschwerde einzureichen, lässt sich pragmatisch damit erklären, dass die frühere Genehmigungspflicht von den Kantonen nicht gut befolgt wurde. Diese Anforderung wurde von mehreren Kantonen als bürokratisches Hindernis empfunden, das die grenzüberschreitende Zusammenarbeit behinderte.

19 Diese Änderung bedeutet jedoch nicht, dass die Kantone frei sind, jeden beliebigen Vertrag mit dem Ausland abzuschließen. Vielmehr sind die Kantone verpflichtet, den Bund bereits vor dem Abschluss eines Vertrags zu informieren (Art. 61c Abs. 1 RVOG; Art. 27o Abs. 2 Bst. b RVOV). Der Bund übernimmt dann die Aufgabe, die anderen Kantone über das Bundesblatt zu informieren (Art. 62 Abs. 1 RVOG). Bei Einwänden wird eine einvernehmliche

Lösung angestrebt (Art. 62 Abs. 3 RVOG). Kann keine Einigung erzielt werden, können der Bundesrat und Drittkantone innerhalb von sechs Monaten nach der Veröffentlichung bei der Bundesversammlung Einsprache erheben (Art. 186 Abs. 3 und 172 Abs. 3 BV; Art. 62 Abs. 4 RVOG). Die Bundesversammlung entscheidet dann, ob der strittige Vertrag genehmigt wird oder nicht (Art. 172 Abs. 3 BV). In der Praxis musste das Beschwerdeverfahren bislang noch nie angewendet werden. Obwohl es nicht möglich ist, diese zu überprüfen, können mehrere Hypothesen zur Erklärung dieser Feststellung aufgestellt werden: 1) Das Verfahren der Vorabinformation funktioniert gut, 2) das Beschwerdeverfahren ist nicht ausreichend entwickelt, um eine wirksame Kontrolle zu gewährleisten, 3) das Beschwerdeverfahren wird nicht angewendet, weil die Kantone hauptsächlich informell zusammenarbeiten.

Das nun vorherrschende zweistufige Verfahren (Informationspflicht und Beschwerdeverfahren) ist Teil eines stärker konsensorientierten Ansatzes, dessen Ziel es ist, mögliche landesinterne Einwände und Differenzen vor Abschluss des Vertrags zu reduzieren (Art. 61c Abs. 1 und Art. 62 Abs. 3 RVOG). Sie bietet den Kantonen mehr Flexibilität und soll so ihre Beziehungen zum Ausland erleichtern. Ziel ist es, einen Konsens zu erreichen, indem Streitigkeiten durch Verhandlungen oder Vermittlung beigelegt werden. 20

V. VÖLKERRECHTLICHE VERTRÄGE, DIE DIREKT VON DEN KANTONEN ABGESCHLOSSEN WERDEN (ABS. 3)

In der Regel haben wir gesehen, dass der Abschluss völkerrechtlicher Verträge durch die Kantone über den Bund erfolgt (N. 12). Art. 56 Abs. 3 erlaubt es den Kantonen jedoch, Verträge direkt mit untergeordneten ausländischen Behörden abzuschließen. In solchen Situationen handeln die Kantone gegenüber diesen Behörden unabhängig. 21

Der Begriff "untergeordnete Behörden" ist weit zu verstehen. Er bezieht sich auf alle territorialen oder lokalen Behörden unter Ausschluss der zentralen Behörden. Gemäß Art. 2 Abs. 2 des Madrider Übereinkommens (N. 6) handelt es sich um "Körperschaften, Behörden oder Einrichtungen, die lokale und regionale Aufgaben wahrnehmen und nach dem innerstaatlichen Recht jedes Staates als solche gelten". Nach dem Wortlaut der Verfassungsbestimmung können die Kantone mit diesen Behörden "direkt verhandeln". In der Praxis bedeutet dies, dass sie mit diesen kommunizieren und verhandeln, aber auch 22

Vereinbarungen unterzeichnen und ratifizieren können (siehe z. B. die 2011 zwischen dem Kanton Genf und den Departements Ain und Haute-Savoie abgeschlossene Vereinbarung über die grenzüberschreitende Zusammenarbeit im Bereich der Notfallversorgung). In der Praxis macht diese Art von Abkommen die Mehrheit der von den Kantonen abgeschlossenen internationalen Verträge aus.

EMPFOHLENE WEITERFÜHRENDE LEKTÜRE

Abderhalden Ursula, Die Kompetenzen von Bund und Kantonen in der Aussenpolitik, in : Hänni Peter (éd.), Schweizerischer Föderalismus und europäische Integration, Die Rolle der Kantone in einem sich wandelnden internationalen Kontext, Zurich 2000, p. 118 ss.

Auer Andreas, Staatsrecht der schweizerischen Kantone, Berne 2016.

Biaggini Giovanni/Haas Julia, Verfassungsrechtliche Grundlagen der Grenzüberschreitenden Zusammenarbeit in der Schweiz, in : Tschudi Hans Martin/Schindler Benjamin/Ruch Alexander/Jakob Eric/Friesecke Manuel (éd.), Die Grenzüberschreitende Zusammenarbeit der Schweiz, Zurich 2014, p. 139 ss.

Breitenmoser Stephan, Regionalismus – insbesondere grenzüberschreitende Zusammenarbeit, in : Thürer Daniel/Aubert Jean-François/Müller Jörg Paul (éd.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zurich 2001, p. 507 ss.

Bühler Othmar, Die Staatsverträge der Kantone, LeGes 10 (1999) 3, p. 75 ss.

Epiney Astrid/Kern Markus, Aussenverfassung, in : Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (éd.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zurich 2020, p. 2151 ss.

Fassbender Bardo/Gübeli Raffael, Die gegenwärtig gültigen völkerrechtlichen Verträge der Kantone, ZBl 119 (2018), p. 107 ss.

Filliez Fabrice, La participation des Cantons à la politique extérieure de la Suisse in : Massart-Piérard (éd.), L'action extérieure des entités subétatiques : Pour une approche comparée Europe Amérique du Nord, Louvain-la-Neuve 2008, p. 83 ss.

Hänni Peter/Börter Emanuel, Kommentierung zu Art. 56 BV, in : Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (éd.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Bâle 2015.

Mägli Patrick, Verträge der Kantone unter sich oder mit dem Ausland, LeGes 1 (2004), p. 189 ss.

Maroonian Anaïs/Kolb Robert, Commentaire de l'art. 54, in : Martenet Vincent/Dubey Jacques (éd.), Commentaire Romand, Constitution fédérale, Bâle 2021.

Martenet Vincent, La conclusion des conventions internationales et intercantonales au regard de la séparation des pouvoirs, spécialement dans le canton de Genève, ZBl 112 (2011), p. 173 ss.

Portmann Roland, Foreign Affairs Federalism in Switzerland, in : Bradley Curtis A. (éd.), The Oxford Handbook of Comparative Foreign Relations Law, Oxford 2019, p. 297 ss.

Schaffter Roger, La compétence des cantons dans la politique extérieure, Annuaire suisse de science politique 24/1984, p. 213 ss.

Schmitt Nicolas, La participation des cantons au processus de décision au niveau fédéral et aux affaires étrangères in : Fleiner Thomas/Forster Peter/Misic Alexander/Thalmann Urs (éd.), Die neue schweizerische Bundesverfassung. Föderalismus, Grundrechte, Wirtschaftsrecht und Staatsstruktur = La nouvelle Constitution suisse : Fédéralisme, droits fondamentaux, droit économique et structure de l'État, Bâle 2000.

Thürer Daniel, Föderalismus und Regionalismus in der schweizerischen Aussenpolitik : Zum Verhältnis von Bundeskompetenzen und kantonalen Kompetenzen unter veränderten Umständen, ZBl 93 (1992), p. 49 ss.

ZUR AUTORIN

Constance Kaempfer, LL.M. und Inhaberin des Anwaltspatents, ist Forscherin an der Universität Lausanne im Rahmen eines vom SNF finanzierten Forschungsprojekts, das von Professorin Evelyne Schmid und Professor Martino Maggetti gemeinsam geleitet wird (https://wp.unil.ch/ilsp/). Dieser Institution sei an dieser Stelle für ihre Unterstützung gedankt. Die Autorin verteidigte ihre Dissertation mit dem Titel "Les mécanismes de mise en

œuvre du droit international par les cantons suisses" am 6. Mai 2022 und erhielt die Auszeichnung summa cum laude. Die Dissertation wird demnächst vom Verlag sui generis veröffentlicht. Im Rahmen ihrer Forschungsarbeit hat die Autorin zudem mehrere Artikel über die Umsetzung des Völkerrechts auf subnationaler Ebene in der Schweiz veröffentlicht.

LITERATURVERZEICHNIS

Auer Andreas, Staatsrecht der schweizerischen Kantone, Berne 2016.

Biaggini Giovanni, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Kommentar, 2. Aufl., Zurich 2017.

Bolleyer Nicole, Why Legislatures Organise. Inter-Parliamentary Activism in Federal Systems and Its Consequences, The Journal of Legislative Studies 16 (2010), p. 411 ss.

Buser Denise, Kantonales Staatsrecht. Eine Einführung für Studium und Praxis, Bâle 2011.

Cassese Antonio, International Law, Oxford et al. 2005.

Conseil fédéral, Message du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle constitution fédérale, FF 1997 I 1.

Denza Eileen, The relationship between international and national law, in : Evans Malcolm D. (éd.), International law, Oxford 2018.

Fassbender Bardo/Gübeli Raffael, Die gegenwärtig gültigen völkerrechtlichen Verträge der Kantone, ZBl 119 (2018), p. 107 ss.

Filliez Fabrice, La participation des Cantons à la politique extérieure de la Suisse in : Massart-Piérard (éd.), L'action extérieure des entités subétatiques : Pour une approche comparée Europe Amérique du Nord, Louvain-la-Neuve 2008, p. 83 ss.

Hänni Peter/Börter Emanuel, in : Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (éd.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Bâle 2015.

Jeannerat Eloi, L'organisation régionale conventionnelle à l'aune du droit constitutionnel suisse : questions choisies de collaboration intercantonale et intercommunale, Bâle 2018.

Kolarov Ana, Der koordinierte Pluralismus in der schweizerischen Aussenpolitik. Die Völkerrechtliche Vertragsschlussfähigkeit der schweizerischen Kantone in verfassungsgeschichtlicher Perspektive, Zurich 2014.

Lanz Matthias, Bundesversammlung und Aussenpolitik. Möglichkeiten und Grenzen parlamentarischer Mitwirkung, Zurich et al. 2020.

Mahon Pascal, in : Aubert Jean-François/Mahon Pascal, Petit Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération Suisse, Zurich 2003.

Malinverni Giorgio/Hottelier Michel/Hertig Randall Maya/Flückiger Alexandre, Droit constitutionnel suisse Volume I : L'État, Berne 2021.

Maroonian Anaïs/Kolb Robert, Commentaire de l'art. 56, in : Martenet Vincent/Dubey Jacques (éd.), Commentaire Romand, Constitution fédérale, Bâle 2021.

Pauwelyn Joost/Wessel Ramses A./Wouters Jan, When Structures Become Shackles. Stagnation and Dynamics in International Lawmaking, European Journal of International Law 25/3 (2014), p. 733 ss.

Petrig Anna, Democratic Participation in International Law-Making in Switzerland After the Age of Treaties, in : Aust Helmut Philipp/Kleinlein Thomas (éd.), Encounters between Foreign Relations Law and International Law, Cambridge 2021, p. 180 ss.

Pfisterer Thomas, Kommentierung zur Art. 56 BV, in : Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A., St. Galler Kommentar, Die Schweizerische Bundesverfassung, 3ème éd., Zurich 2014.

Portmann Roland, Foreign Affairs Federalism in Switzerland in : Bradley Curtis A. (éd.), The Oxford Handbook of Comparative Foreign Relations Law, Oxford 2019, p. 297 ss.

Schaffter Roger, La compétence des cantons dans la politique extérieure, Annuaire suisse de science politique 24/1984, p. 213 ss.

Schmitt Nicolas, La participation des cantons au processus de décision au niveau fédéral et aux affaires étrangères, in : Fleiner Thomas/Forster Peter/Misic Alexander/Thalmann Urs (éd.), Die neue schweizerische Bundesverfassung. Föderalismus, Grundrechte, Wirtschaftsrecht und

Staatsstruktur = La nouvelle Constitution suisse : Fédéralisme, droits fondamentaux, droit économique et structure de l'État, Bâle 2000.

Tschannen Pierre, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 5ème éd., Berne 2021.

Wüger Daniel, Anwendbarkeit und Justiziabilität völkerrechtlicher Normen im schweizerischen Recht. Grundlagen, Methoden und Kriterien, Berne 2005.

Wyttenbach Judith, Umsetzung von Menschenrechtsübereinkommen in Bundesstaaten. Gleichzeitig ein Beitrag zur grundrechtlichen Ordnung im Föderalismus, Zurich et al. 2017.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 60 BV

Eine Kommentierung von Jan Imhof

ZITIERVORSCHLAG

Jan Imhof, Commentary of art. 60 FC, in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (eds.), Online Commentary of the Swiss Federal Constitution

Kurzzitat: OK-Imhof, N. XXX zu Art. 60 BV.

Art. 60 Organisation, Ausbildung und Ausrüstung der Armee

[1] Die Militärgesetzgebung sowie Organisation, Ausbildung und Ausrüstung der Armee sind Sache des Bundes.

[2] ...

[3] Der Bund kann militärische Einrichtungen der Kantone gegen angemessene Entschädigung übernehmen.

GLIEDERUNG

I. Allgemeines ... 999
A. Entstehungsgeschichte ... 999
B. Heutige Kompetenzaufteilung zwischen Bund und Kantonen ... 1001
II. Absatz 1: Militärgesetzgebung, Organisation, Ausbildung und Ausrüstung der Armee ... 1003
A. Militärgesetzgebung ... 1003
B. Organisation ... 1004
1. Die Armee ... 1004
2. Die Gruppe Verteidigung ... 1005
3. Weitere militärische Behörden ... 1005
C. Ausbildung ... 1007
1. Ausbildungsverpflichtung ... 1007
2. Ausbildungsdienst ... 1009
3. Internationale Ausbildungszusammenarbeit ... 1012
D. Ausrüstung ... 1014
1. Beschaffung ... 1014
2. Armeematerial ... 1017
III. Absatz 3: militärische Einrichtungen der Kantone ... 1019
Weitere empfohlene Lektüre ... 1021
Literatur- und Materialienverzeichnis ... 1022

I. ALLGEMEINES

A. Entstehungsgeschichte

Die Bundesverfassung von 1874 kannte mit den Art. 8 bis 22 aBV eine vergleichsweise **detaillierte Wehrverfassung**. Sie folgte dem Gedanken, dass die Militärhoheit der Eidgenossenschaft derjenigen der Kantone vorgehe. Die Souveränität der Kantone, welchen eigene Truppen garantiert wurden, sollte nur zur Geltung kommen, wo sie dem Zweck des Bundes nicht hinderlich sei.[4323] 1

Die Wehrverfassung statuierte, dass die **Gesetzgebung** über das Heereswesen Sache des Bundes sei (Art. 20 Abs. 1 erster Satz aBV). Die Ausführung der «bezüglichen Gesetze», m.a.W. deren Vollzug, sollte innerhalb der durch die Bundesgesetzgebung festzusetzenden Grenzen und unter Aufsicht des Bundes durch die kantonalen Behörden geschehen (Art. 20 Abs. 1 zweiter Satz aBV).[4324] 2

Art. 20 Abs. 2 aBV begründete die Bundeskompetenz für den *gesamten* **Militärunterricht** und die **Bewaffnung**, während in der Bundesverfassung von 1848 gerade der Militärunterricht noch zwischen Bund und Kantonen aufgeteilt war. Die **Beschaffung** der Bekleidung und der weiteren Ausrüstung sowie deren Unterhalt war Sache der Kantone. Gemäss Absatz 3 wurden die anfallenden Kosten jedoch vom Bund abgegolten. Auch sollten die Wehrmänner ihre erste Ausrüstung, Bekleidung und Bewaffnung unentgeltlich erhalten (Art. 18 Abs. 3 aBV). Diese Bestimmung fand Eingang in die Verfassung, nachdem einige Kantone die Beschaffungskosten teilweise auf die Wehrpflichtigen überwälzt hatten.[4325] Die kantonale Kompetenz im Bereich der Ausrüstung war nicht zuletzt ein Zugeständnis des Bundes, nachdem im Entwurf vom 5. März 1872 hierfür eine ausschliessliche Bundeskompetenz sowie die Eigentumsübertragung sämtlichen Kriegsmaterials an den Bund vorgesehen war.[4326] 3

Schliesslich wurde dem Bund das Recht gewährt, die kantonalen Waffenplätze und militärischen Gebäude gegen eine billige (angemessene) 4

4323 Botschaft aBV, S. 971 f. sowie Wirz/Strahm, S. 25.
4324 Botschaft aBV, S. 970 f.
4325 Botschaft aBV, S. 969.

Entschädigung **zur Benutzung** oder **als Eigentum** zu übernehmen (Art. 22 Abs. 1 aBV).

5 Mit der **Totalrevision der BV von 1999** wurde die Wehrverfassung auf wenige Artikel konzentriert. Art. 20 und Art. 22 aBV gingen in Art. 60 Abs. 1-3 BV auf. Dieser beinhaltet eingangs die Gesetzgebungskompetenz des Bundes im Bereich des Militärwesens und begründet die Zuständigkeit für die Ausrüstung und Ausbildung. Neu wird auch die Organisation der Armee genannt. Die kantonale Kompetenz zum Erlass der Ausführungsgesetzgebung wird nicht mehr explizit aufgeführt. Sie ergibt sich aus dem Vollzugföderalismus.[4327] Absatz 2 beschreibt die geteilte Zuständigkeit im Bereich der kantonalen Truppen und des Beschaffungswesen. Das entgeltliche Recht, kantonalen Waffenplätze und militärischen Gebäude *zur Benutzung* oder *als Eigentum* zu übernehmen, wurde neu in Absatz 3 in einem generellen, entgeltlichen «Übernahmerecht» zusammengefasst.[4328]

6 Mit der **Armeereform XXI im Jahr 2002**, in Kraft seit dem 1. Januar 2004, hat der Gesetzgeber die kantonalen Truppen abgeschafft. Die verfassungsmässige Kompetenzordnung blieb dabei unangetastet, da bereits mit der Totalrevision von 1999 keine kantonalen Truppen mehr garantiert wurden.[4329] Gleichzeitig revidierte der Gesetzgeber Art. 118 MG[4330] («*Das Militärwesen ist Sache der Kantone, soweit es ihnen übertragen ist. [...]*»). Neu wird klargestellt: «*Das Militärwesen ist Sache des Bundes sowie der Kantone, soweit es ihnen übertragen ist. [...]*». Mit der neuen Formulierung wurde keine inhaltliche Änderung angestrebt. Sie bezweckte einzig, die originäre Zuständigkeit des Bundes zu unterstreichen, ohne aber die Kantone aus ihrer Mitverantwortung zu entlassen.[4331]

7 Den grössten Wandel erlebte die Kompetenzaufteilung **im Jahr 2004** mit der Annahme des Bundesbeschlusses zur **Neugestaltung des Finanzausgleichs**

4326 Botschaft aBV, S. 972. Vgl. auch CR-Lubishtani, Art. 60 BV N. 3 und Wirz/Strahm, S. 25.

4327 Botschaft BV, S. 242. So auch CR-Lubishtani, Art. 60 BV N. 9-10, Biaggini, Art. 60 BV N. 2.

4328 Botschaft aBV, S. 243.

4329 Botschaft Armee XXI, S. 898. In der Folge fiel auch die Kompetenz der Kantone weg, «ihre Formationen» auf eigenem Hoheitsgebiet zum Ordnungsdienst aufzubieten (vgl. Art. 58 Abs. 4 BV i.d.F. von 1999). Hierfür müssen nun die Kantone beim Bund ein entsprechendes Aufgebot beantragen (Art. 83 Abs. 5 MG); Botschaft Armee XXI, S. 876.

4330 Bundesgesetz vom 3.2.1995 über die Armee und die Militärverwaltung (Militärgesetz, MG; SR 510.10).

4331 Botschaft Armee XXI, S. 880.

und der Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen (NFA)[4332]. Der NFA bezweckte, eine sachgerechte Aufgabenteilung und Kompetenzregelung zwischen Bund und Kantonen dauerhaft sicherzustellen sowie falsche Anreize und Doppelspurigkeiten zu beseitigen.[4333] Als Folge wurde per 1. Januar 2008 Absatz 2 von Art. 60 BV ersatzlos gestrichen. Neu lag die Vollzugsverantwortung im logistischen Bereich (d.h. Armeematerial) ausschliesslich beim Bund. Die Zentralisierung war eine betriebswirtschaftliche Notwendigkeit, gerade bei einer stark verkleinerten Armee. Die Mitverantwortung der Kantone wurde aus staatspolitischer Sicht dadurch nicht geschmälert (vgl. die nachfolgende Darstellung unter I.B.).[4334]

B. Heutige Kompetenzaufteilung zwischen Bund und Kantonen

Art. 60 Abs. 1 BV erklärt die Militärgesetzgebung, Organisation, Ausrüstung und Ausbildung zur Bundessache und damit eine **umfassende und ausschliessliche Zuständigkeit** des Bundes für das Militärwesen.[4335] Die Aufzählung – Organisation, Ausrüstung, Ausbildung – ist nach hier vertretener Ansicht heute rein deklaratorisch und hat keine eigenständige Bedeutung mehr, da neben der Gesetzgebung (Art. 60 Abs. 1 BV) auch der Vollzug (Art. 118 MG) dem Bund obliegt. Sie ist daher in einem historischen Zusammenhang zu verstehen. 8

In der Konsequenz verbleiben den **Kantonen** lediglich die durch die Bundesgesetzgebung explizit vorgesehenen Vollzugsaufgaben.[4336] Insbesondere und illustrativ sind folgende Vollzugsaufgaben zu erwähnten: 9

- Vororientierung und Orientierungsveranstaltung (Art. 11 Abs. 2 MG, Art. 97 Abs. 1 VMDP[4337]);
- Erlass der Marschbefehle (Art. 87 Abs. 4 lit. a VMDP) sowie Beurteilung der Dienstverschiebungsgesuche (Art. 91 Abs. 1 VMDP i.V.m. Anhang 6) für

4332 BBl 2003 S. 6591.
4333 Botschaft NFA, S. 2413.
4334 Botschaft NFA, S. 2414.
4335 Botschaft BV, S. 242. Ergänzend ist zu erwähnen, dass auch die Militärversicherung (Art. 59 Abs. 4 und 5 BV) sowie der Einsatz der Armee (Art. 58 Abs. 3 BV) Sache des Bundes sind.
4336 Biaggini, Art. 60 BV N. 2 und SGK-Meyer/Müller, Art. 60 BV N. 2.
4337 Verordnung vom 22.11.2017 über die Militärdienstpflicht (VMDP; SR 512.21).

die Rekrutierung, nicht aber die Durchführung der Rekrutierung (Art. 11 Abs. 3 MG i. V.m. Art. 98 VMDP);

- Militärisches Kontrollwesen (Art. 102 VMDP), insb. Behandlung von Gesuchen um Auslandurlaub (Art. 43 ff. VMDP);
- Empfang, nicht aber Bewilligung, von Dienstverschiebungsgesuchen für die Grund- und Kaderausbildungsdienste bis Subalternoffiziere (Art. 90 Abs. 2 VMDP i.V.m. Anhang 6);
- Schiesswesen ausser Dienst (Art. 125 MG und Art. 34 ff. Schiessverordnung[4338]), bspw. den Betrieb von Schiessanlagen, die Anerkennung von Schiessvereinen und deren Zuweisung auf Schiessanlagen;
- Erhebung der Wehrpflichtersatzabgabe (Art. 22 WPEG[4339]);
- Betrieb von Auskunftstellen im Falle der Mobilmachung zum Aktivdienst (Art. 13 VMob[4340]);
- Disziplinarbefugnis auf der Einrückungs- und Entlassungsreise (Art. 195 Abs. 2 und 4 MStG[4341]); praxisrelevant ist zudem die Disziplinarbefugnis bei Nichterfüllung der Schiesspflicht und Nichtbefolgen des Aufgebots zum Orientierungstag oder zur Rekrutierung;[4342]
- (Disziplinarischer) Arrestvollzug ausserhalb des Diensts (Art. 191 Abs. 5 MStG) sowie der Strafvollzug von Urteilen der Militärjustiz (Art. 211 ff. MStP[4343]).

10 Vereinzelt wendet sich der Bundesgesetzgeber für den Vollzug direkt an die **Einwohnergemeinden** – so bei der Bekanntgabe der Mobilmachung zum

4338 Verordnung vom 5.12.2003 über das Schiesswesen ausser Dienst (Schiessverordnung; SR 512.31).

4339 Bundesgesetz vom 12.6.1959 über die Wehrpflichtersatzabgabe (WPEG; SR 661).

4340 Verordnung vom 22.11.2017 über die Mobilmachung zu bestimmten Assistenz- und Aktivdiensten (VMob; SR 519.2).

4341 Militärstrafgesetz vom 13.6.1927 (MSTG; SR 321.0).

4342 Vgl. dazu Empfehlungen der Vereinigung Schweizerischer Kreiskommandanten (VSK) und Konferenz der kantonalen Verantwortlichen für Militär, Bevölkerungsschutz und Zivilschutz (KVMBZ) vom 21.12.2020 zur Strafpraxis.

4343 Militärstrafprozess vom 23.3.1979 (MStP; SR 322.1).

Aktivdienst (Art. 14 Abs. 1 VMob) – oder auferlegt ihnen Militärlasten[4344] (Art. 132 MG):

- Überlassung von Räumlichkeiten im Fall einer Mobilmachung zum Aktiv- oder Assistenzdienst (Art. 14 Abs. 3 und 4 VMob);
- Unentgeltliche Zurverfügungstellung von Schiessanlagen für das ausserdienstliche Schiesswesen (Art. 133 MG). Die Einwohnergemeinden haben dabei ein Auswahlermessen. Sie können selbst eine Schiessanlage betreiben oder sich an einer Schiessanlage einer anderen Gemeinde beteiligen (Gemeinschaftsanlage). Vor Errichtung einer neuen Schiessanlage ist abzuklären, ob eine Gemeinschaftsanlage in Frage kommt.[4345] Alternativ können sich Gemeinden bei einer privaten Schiessanlage ein Schiessrecht sichern. Sie leisten dem Privaten für den Unterhalt und die Erneuerung der Schiessanlage eine Abgeltung nach Subventionsgesetz (SuG[4346]). Der Anspruch besteht jedoch nur, sofern sich die private Schiessanlage nicht auf dem eigenen Gemeindeboden befindet (Art. 8 Schiessanlagen-Verordnung[4347]),[4348] – eine Differenzierung, die sachlich kaum haltbar erscheint.

II. ABSATZ 1: MILITÄRGESETZGEBUNG, ORGANISATION, AUSBILDUNG UND AUSRÜSTUNG DER ARMEE

A. Militärgesetzgebung

Die Militärgesetzgebung ist Sache des **Bundes**, d.h. er kann alle Sachfragen im Zusammenhang mit der Armee regeln.[4349] Die Militärgesetzgebung besteht aus folgenden, formellen Gesetzen: Militärgesetz (MG), Bundesgesetz über die militärischen Informationssysteme (MIG[4350]), Militärstrafgesetz (MStG), 11

4344 Zum Begriff vgl. Lazzarini, S. 74.

4345 BGer 1C_162/2020 vom 16.4.2021 E. 6.6.1.

4346 Bundesgesetz vom 5.10.1990 über die Finanzhilfen und Abgeltungen (Subventionsgesetz, SuG; SR 616.1).

4347 Verordnung vom 15.11.2004 über die Schiessanlagen für das Schiesswesen ausser Dienst (Schiessanlagenverordnung; SR 510.512).

4348 BGer 1C_293/2020 vom 22.4.2021 E. 1.4-1.5.

4349 BSK-Diggelmann/Altwicker, Art. 60 BV N. 5.

4350 Bundesgesetz vom 3.10.2008 über militärische und andere Informationssysteme im VBS (MIG; SR 510.91).

Militärstrafprozess (MStP), Militärversicherungsgesetz (MVG[4351]), Bundesgesetz über die Wehrpflichtersatzabgabe (WPEG) sowie Teile des Erwerbsersatzgesetzes (EOG[4352]). Die formelle Militärgesetzgebung wird durch zahlreiche Verordnungen des Bundesrats, des VBS und vereinzelt der Bundesversammlung sowie durch eine stetig wachsende Anzahl von völkerrechtlichen Verträgen im Bereich Ausbildungszusammenarbeit, Friedensförderung und Rüstungskooperation[4353] ergänzt.[4354]

12 Die **Kantone** verfügen über keine Kompetenz, materielles Militärrecht zu erlassen.[4355] Ihnen obliegt einzig der Erlass der notwendigen Vollzugsbestimmungen (vgl. bspw. Art. 22 Abs. 4 WPEG). Die kantonalen Vollzugsbestimmungen sind teilweise in eigenen Einführungsgesetzen[4356], häufiger aber im kantonalen Verwaltungsorganisationsrecht zu finden.

B. Organisation

13 Gemäss Art. 60 Abs. 1 BV ist die Organisation der Armee Sache des Bundes. Das Militärwesen gliedert sich in die beiden Bereiche **Armee** und **die Gruppe Verteidigung** (Militärverwaltung des Bundes). Sie verfügen jedoch über keine separaten Gesetzesgrundlagen.

1. Die Armee

14 Die Armee ist eine staatliche Organisation **sui generis**.[4357] Sie hat sich am Milizprinzip auszurichten (Art. 94 MG). Die Bundesversammlung behält sich dabei die Grundsatzkompetenz vor, die Organisation der Armee zu bestimmen (Art. 93 MG). Sie hat die Gliederung sowie den Soll- und Effektivbestand in einer eigenen Verordnung geregelt (Art. 1 und 2 AO[4358]) und

4351 Bundesgesetz vom 19.6.1992 über die Militärversicherung (MVG; SR 833.1).

4352 Bundesgesetz vom 25.9.1952 über den Erwerbsersatz (Erwerbsersatzgesetz, EOG; SR 834.1).

4353 BSK-Diggelmann/Altwicker, Art. 60 BV N. 8.

4354 Nur ein Bruchteil der völkerrechtlichen Verträge ist publiziert (vgl. Art. 3 Abs. 1 Bst. b Publikationsgesetz, SR 170.512, i.V.m. Art. 1 Abs. 2 Bst. d bis f Publikationsverordnung, SR 170.512.1).

4355 CR-Lubishtani, Art. 60 BV N. 10. So auch Biaggini, Art. 60 BV N. 2.

4356 Bspw. das Einführungsgesetz des Kantons Solothurn vom 28.1.2020 über die Militärgesetzgebung und die Wehrpflichtersatzabgabe (EG MW/SO; BGS 521.1).

4357 Vgl. dazu die Ausführungen der Gruppe V im Gesamtkonzept Cyber 2022, Rechtliche Grundlagen, Ziff. 3.3.2 Organisation. Für eine Übersicht der Lehre vgl. Saladin, S. 164-165.

4358 Verordnung der Bundesversammlung vom 18.3.2016 über die Organisation der Armee (Armeeorganisation, AO; SR 513.1).

ermächtigte den Bundesrat, die Strukturen, und die Gruppe V, die Detailorganisation auszuführen (Art. 4 und 5 AO). Durch die gewählte Erlassform entzieht die Bundesversammlung ihren Entscheid über die Organisation der Armee bewusst dem Referendum.[4359]

2. Die Gruppe Verteidigung

Die Gruppe V gehört zur **Zentralverwaltung** des Bundes. Sie wird nach den 15
Grundsätzen von Art. 8 RVOG in fünf Verwaltungseinheiten gegliedert (Art. 11 OV-VBS[4360]). Die Gruppe V soll die Bereitschaft und Weiterentwicklung der Armee sicherstellen (Art. 10 Abs. 2 OV-VBS). Entsprechend ist die Gruppe V spiegelbildlich zur Organisation der Armee gegliedert. Aufgrund der quasi deckungsgleichen und überschneidenden Organisation haben Berufsmilitärs *de facto* eine Doppelrolle als Armeeangehörige und Verwaltungsangestellte inne, wobei ausserhalb des Aktivdiensts letztere dominiert.[4361] Hingegen werden bestimmte Funktionen der Armee und der Militärverwaltung bewusst in Personalunion oder *de iure* als Doppelhut besetzt. So führt die Chefin bzw. der Chef der Armee sowohl die Gruppe V (Art. 10 OV-VBS) als auch die Armee (Art. 2 lit. a AO): «*Er soll das Bindeglied zwischen dem Vorsteher des VBS (politische Funktion) und der Armee bilden.*»[4362].

Erst im Fall eines grossen Truppenaufgebots im Aktivdienst wählt die 16
Bundesversammlung einen **General** (Art. 85 MG).

3. Weitere militärische Behörden

Mit der Gruppe V und der Armee stehen die folgenden Behörden in sachlich 17
enger Beziehung:

- Die militärischen Strafbehörden (Art. 4a ff. MStP) bestehen aus dem **Oberauditorat** als Teil der Zentralverwaltung und der **Militärjustiz**. Vergleichbar mit der Aufgabenteilung zwischen der Gruppe V und der Armee sorgt das Oberauditorat für günstige Rahmenbedingungen, damit die Militärjustiz ihren Auftrag erfüllen kann (Art. 9 OV-VBS). Das Oberauditorat ist in der Organisationsverordnung des VBS als

4359 SGK-Meyer/Müller, Art. 60 BV N. 4. Kritisch CR-Lubishtani, Art. 60 BV N. 15.
4360 Organisationsverordnung vom 7.3.2003 für das Eidgenössische Departement für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport (OV-VBS; SR 172.214.1).
4361 Lampert/Stauffer, S. 18.
4362 Botschaft Armee XXI, S. 884.

eigenständige Verwaltungseinheit aufgeführt und nicht der Gruppe V unterstellt. Entsprechend unterstehen die Angehörigen der Militärjustiz auch nicht der Befehlsgewalt der Armee (Art. 3 Abs. 1 AO). Die Disziplinargewalt obliegt der Oberauditorin bzw. dem Oberauditor (Art. 8 Abs. 1 MJV[4363]). Diese verwaltungsorganisationsrechtliche Trennung und abgekoppelte Befehls- und Disziplinargewalt tragen zur hierarchisch-institutionellen Unabhängigkeit der Militärjustiz[4364] bei. Eine solche wird für eine wirksame Untersuchung bei mutmasslichen Verletzungen des Rechts auf Leben oder des Folterverbots bereits völkerrechtlich vorausgesetzt (Art. 2 und 3 EMRK[4365]).[4366] Die militärischen Gerichte werden durch Angehörige der Militärjustiz sowie der Armee (sog. Truppenrichterinnen und Truppenrichter) gestellt. Sie werden vom Bundesrat bzw. von der Bundesversammlung gewählt (vgl. dazu Art. 7, 11 und 14 MStG). Eine Wahl durch die Armee/Gruppe V wäre nicht zulässig und würde den Anspruch auf ein unabhängiges Gericht verletzen (Art. 6 Abs. 1 EMRK).[4367]

- Das **Bundesamt für Rüstung (armasuisse)** agiert unter anderem als zentrale Beschaffungsstelle für die Gruppe V und die Armee (Zuständigkeit gemäss Anhang 1 Org-VöB[4368]). Es beteiligt sich zudem an internationalen Rüstungskooperationen (Art. 109b MG). Schliesslich ist es für das Immobilienmanagement des VBS (Art. 8 Abs. 1 lit. b VILB[4369] und VAI[4370])

4363 Verordnung vom 22.11.2017 über die Militärjustiz (MJV; SR 516.41).

4364 Für eine Übersicht der Faktoren vgl. Flachsmann/Immenhauser.

4365 Konvention vom 4.11.1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK), SR 0.101.

4366 Vgl. EGMR (Grosse Kammer) *Mustafa Tunç und Fecire Tunç gegen die Türkei*, Nr. 24014/05, 14.4.2015, N. 222, mit einer allgemeinen Übersicht zur hierarchisch-institutionellen Unabhängigkeit. Siehe im Konkreten auch EGMR *Durdevic gegen Kroatien*, Nr. 5244/09, 19.7.2011, N. 87 und EGMR (Grosse Kammer) *Maconu und andere gegen Rumänien*, Nr. 10865/09, 45886/07 und 32431/08, 17.9.2014, N. 333, zur Problematik der Befehlskette / Kommandogewalt sowie EGMR *Velcea und Mazăre gegen Rumänien*, Nr. 64301/01, 1.12.2009 N. 111 zur Problematik der Disziplinierungsmöglichkeit und einer unabhängigen Untersuchung.

4367 Vgl. EGMR *Ibrahim Gürkan gegen die Türkei*, Nr.10987/10, 3.7.2012, N. 19.

4368 Verordnung vom 24.10.2012 über die Organisation des öffentlichen Beschaffungswesens der Bundesverwaltung (Org-VöB; SR 172.056.15).

4369 Verordnung vom 5.12.2008 über das Immobilienmanagement und die Logistik des Bundes (VILB; SR 172.010.21).

4370 Verordnung des VBS vom 14.4.2021 über die Ausserbetriebnahme von Immobilien des VBS (VAI; SR 510.511).

und den Vollzug von ausserdienstgestelltem Material zuständig (Art. 16 Abs. 1 MatV[4371]). Die Ausserdienststellung von grossen Waffensystemen ist von der Bundesversammlung zu genehmigen (Art. 109a Abs. 4 MG); bspw. Ausserdienststellung der Kampfflugzeuge F-5 Tiger.[4372]

- Auf kantonaler Ebene befinden sich die **Kreiskommandos** bzw. die **kantonalen Militärbehörden,** welche für den Vollzug der ihnen übertragenen Aufgaben zuständig sind.

C. Ausbildung

Mit Art. 60 Abs. 1 BV ist der Bund zuständig und damit auch verpflichtet, seine Armeeangehörigen auszubilden. Eine sorgfältige Ausbildung ist Voraussetzung für das Funktionieren des **sicherheitspolitischen Instruments** Armee. Aus rechtlicher Perspektive lässt sich die Ausbildungsverpflichtung auf das **Kriegsvölkerrecht** und im Bereich des (polizeilichen) Schusswaffeneinsatzes auf die **Menschenrechte** zurückführen (vgl. nachfolgend II.C.1.). Der Bund bildet seine Armeeangehörige sowohl im In- als auch Ausland aus, wobei er die Ausbildung teilweise an Dritte überträgt (vgl. nachfolgend II.C.2./3.). 18

1. Ausbildungsverpflichtung

Die Ausbildung richtet sich inhaltlich nach den Aufgaben der Armee aus (Art. 46, Art. 66 Abs. 2 [für den Friedensförderungsdienst] und Art. 93 Abs. 1 MG). Im Bereich der Kernkompetenz, der Verteidigung,[4373] hat sich die Schweiz mit der Ratifikation der Genfer Abkommen[4374] und den Zusatzprotokollen[4375] verpflichtet, ihre Armeeangehörigen im **Kriegsvölkerrecht** auszubilden.[4376] 19

4371 Verordnung des VBS vom 26.3.2018 über die Beschaffung, Nutzung und die Ausserdienststellung von Material (Materialverordnung VBS, MatV; SR 514.20).

4372 Armeebotschaft 2022, S. 43.

4373 SIPOL-B 21, S. 33.

4374 Genfer Abkommen vom 12.8.1949 zur Verbesserung des Loses der Verwundeten und Kranken der bewaffneten Kräfte im Felde (GA I), SR 0.518.12; [...] zur Verbesserung des Loses der Verwundeten, Kranken und Schiffbrüchigen der bewaffneten Kräfte zur See (GA II) SR 0.518.23; [...] über die Behandlung der Kriegsgefangenen (GA III) SR 0.518.42; [...] über den Schutz von Zivilpersonen in Kriegszeiten (GA IV) SR 0.518.51.

4375 Zusatzprotokoll zu den Genfer Abkommen vom 12.8.1949 über den Schutz der Opfer internationaler bewaffneter Konflikte (Protokoll I), SR 0.518.521 (nachfolgend: «ZP I»); [...] über den Schutz der Opfer nicht internationaler bewaffneter Konflikte (Protokoll II) SR 0.518.522; [...] über die Annahme eines zusätzlichen Schutzzeichens (Protokoll III) SR 0.518.523.

Diese Verpflichtung lautet in allen Abkommen und Zusatzprotokollen (fast) unisono: *«Les Hautes Parties contractantes s'engagent [...] notamment à en incorporer l'étude dans les programmes d'instruction militaire [...], de telle manière que les principes en soient connus de l'ensemble de leurs forces armées [...].*[4377]

20 Es handelt sich dabei um eine **rechtliche Verpflichtung** («*legal obligation*»).[4378] Die Genfer Abkommen erläutern jedoch nicht, in welcher Form die Ausbildung auszugestalten ist. In der Praxis erfolgt die Vermittlung des Kriegsvölkerrechts über Reglemente und in theoretischen sowie praktischen Modulen der *Ausbildung*. Darüber hinaus sind die Regeln des Kriegsvölkerrechts in allen *militärischen Übungen* zu integrieren.[4379] Ergänzend verpflichtet Art. 7 Abs. 1 Haager Abkommen vom 14.5.1954 für den Schutz von Kulturgut bei bewaffneten Konflikten (SR 0.520.3) zur Ausbildung der eigenen Truppen im Kulturgüterschutz.

21 Auch die Ausübung der **Polizeibefugnisse** der Armee (Art. 92 f. MG und Art. 5 ff. ZAG[4380]) setzt eine sorgfältige Ausbildung voraus.[4381] Je schwerer der potentielle Grundrechtseingriff wiegt, desto intensiver muss die Ausbildung erfolgen. Aus Art. 2 EMRK wird eine «*positive duty*» der Vertragsstaaten abgeleitet, wonach der Einsatz von Schusswaffen trainiert sein muss («*trained in the use of firearms*»).[4382] Der EGMR fordert hierzu «*clear guidelines and criteria governing the use of force*».[4383] Dieser Forderung ist durch den Erlass von Einsatzregeln («*rules of engagement*», ROE[4384]), welche die Zwangsanwendung konkretisieren und in Taschenkarten («*pocket cards*») zusammengefasst sind, nachzukommen.

4376 ICRC Commentary of 2020, Art. 127 GA III: Dissemination of the Convention, Rz. 5028 in fine.

4377 Art. 47 GA I, Art. 48 GA II, 127 GA III, Art. 144 GA IV, Art. 83 Protokoll I, Art. 19 Protokoll I und Art. 7 Protokoll III.

4378 ICRC Commentary of 2020, Art. 127 GA III: Dissemination of the Convention, Rz. 5027.

4379 ICRC Commentary of 2020, Art. 127 GA III: Dissemination of the Convention, Rz. 5043-44.

4380 Bundesgesetz vom 20.3.2008 über die Anwendung polizeilichen Zwangs und polizeilicher Massnahmen im Zuständigkeitsbereich des Bundes (Zwangsanwendungsgesetz, ZAG; SR 364).

4381 Vgl. etwa Art. 8 ZAG, wonach Personen, die zur Anwendung polizeilichen Zwangs und polizeilicher Massnahmen eingesetzt werden, ausgebildet werden müssen.

4382 EGMR *Bubbins gegen das Vereinigte Königreich*, Nr. 50196/99, 17.3.2005, N. 150.

4383 EGMR *Makaratzis gegen Griechenland*, Nr. 50385/99 vom 20.12.2004, N. 70.

4384 Reglement 51.011, Einsatzregeln der Armee (ROE Regl) vom 1.1.2018.

Mit Blick auf das **Milizsystem** der Schweizer Armee ist der Ausbildung besondere Rechnung zu tragen, damit Armeeangehörige im Fall der Gewaltanwendung, sei es im Rahmen der Polizeibefugnisse oder des Kriegsvölkerrechts, rechtmässig und angemessen (re)agieren können.[4385] 22

2. Ausbildungsdienst

Der Ausbildungsdienst wird in Art. 41-64 MG geregelt. Er setzt sich aus der **freiwilligen vordienstlichen Ausbildung** (Art. 64 MG), der **Grundausbildung** (Art. 49 MG), der **Kaderausbildung** (Art. 55 MG) und dem **Ausbildungsdienst der Formationen** (Art. 51 MG) zusammen: 23

- Die *freiwillige vordienstliche Ausbildung* wird ab dem vollendeten 15. Altersjahr und in ausgewählten Fachbereichen angeboten (bspw. Sanität, Cyber, Militärmusik, Luftwaffe [SPHAIR][4386]; Art. 3 Abs. 1 VAusb[4387]). Die Teilnehmenden werden dabei noch nicht funktional in die Armee eingegliedert, womit die Ausbildung mit dem Fakultativprotokoll betreffend die Beteiligung von Kindern an bewaffneten Konflikten im Einklang steht.[4388] Mit der Durchführung der vordienstlichen Ausbildung können mittels öffentlich-rechtlichem Vertrag Dritte beliehen werden (Art. 64 Abs. 2 MG i.V.m. Art. 3 Abs. 2 und 3 VAusb-VBS[4389]).[4390]
- Die *Grundausbildung* umfasst die Rekrutenschule (Art. 49 MG) und Fachkurse (Art. 50 MG). Die Rekrutenschule dauert 18 Wochen und ist spätestens zwölf Monate nach der Rekrutierung anzutreten. Sie wird grundsätzlich ohne Unterbruch absolviert. Ausnahmsweise kann sie «fraktioniert» werden (Art. 57 VMDP). Ausserdem besteht die Möglichkeit, den gesamten Ausbildungsdienst freiwillig an einem Stück zu leisten (Art. 54a MG, sog. Durchdiener). Der Anteil Durchdiener ist jedoch beschränkt,

4385 Vgl. auch Schindler, S. 100 f.

4386 Für die fliegerische Vorschule gelten die Bestimmungen nach Art. 28a Luftfahrtverordnung, SR 748.01.

4387 Verordnung vom 26.11.2003 über die vordienstliche Ausbildung (VAusb; SR 512.15).

4388 Art. 2 und 3 Fakultativprotokoll zum Übereinkommen über die Rechte des Kindes betreffend die Beteiligung von Kindern an bewaffneten Konflikten. Dazu auch entsprechende Botschaft S. 6321 f. und 6331 f.

4389 Verordnung des VBS vom 28.11.2003 über die vordienstliche Ausbildung (VAusb-VBS; SR 512.151).

4390 Botschaft MG, S. 66.

um das Milizprinzip zu wahren und die Funktionsfähigkeit des Systems sicherzustellen.[4391]

- Der *Ausbildungsdienst der Formationen* umfasst die Wiederholungskurse (WK) inkl. Vorbereitungs- und Entlassungsarbeiten (Art. 51 und 53 MG).

24 Unter den Ausbildungsdienst fallen weiter die **Unterstützungsleistungen** zu Gunsten Dritter, bspw. grosser nationaler und internationaler Sportanlässe in der Schweiz oder Kulturanlässe, sowie die **Spontanhilfe**. Ursprünglich wurde die Spontanhilfe unter dem Kapitel Assistenzdienst (Art. 67 ff. MG) abgehandelt. Im Rahmen der WEA 2014 wurde dies korrigiert und die Spontanhilfe in den Ausbildungsdienst der Formationen überführt.[4392] Seit der Revision 2021/2022 können nicht nur Armeeangehörige im Ausbildungsdienst der Formationen, sondern auch in der Grundausbildung für Unterstützungsleistungen und die Spontanhilfe eingesetzt werden (Art. 48d MG).[4393] Gleichzeitig wird unterstrichen, dass der Ausbildungsnutzen im Vordergrund stehen muss, wobei für grosse Sportanlässe und kulturelle Veranstaltungen von nationaler oder internationaler Bedeutung Ausnahmen gewährt werden können (sog. Lauberhorn-Artikel).[4394] Gesuche um Unterstützung von zivilen Grossanlässen sind restriktive zu bewilligen, um den Grundsatz der Wettbewerbsneutralität zu wahren (Art. 94 Abs. 1 BV).[4395]

25 Der Ausbildungsdienst kann ausserdem **in der Militärverwaltung** geleistet werden (Art. 59 MG).[4396] Auch hier muss der Ausbildungsnutzen im Zentrum stehen. Nach hier vertretener Ansicht sind Gesuche wiederum restriktive zu genehmigen, da die Armeeangehörigen mit zivilen Stellensuchenden

---

4391 VPB 3/2010 vom 1.12.2010, Schindler, Verfassungs- und völkerrechtliche Anforderungen an die Vereidigungskompetenz der Armee und das zukünftige Leistungsprofil sowie die ausgewählten Fragen der Militärpflicht.

4392 Botschaft WEA, S. 7010.

4393 Botschaft MG-Revision 21/22, S. 20.

4394 Botschaft MG-Revision 21/22, S. 39. Ablehnend Blumer/Wildt, S. 84 f. Die Co-Autoren stellen sich auf den Standpunkt, dass die Ausweitung der Unterstützung mit militärischen Mitteln bei grossen Sportanlässen sowie kulturellen Veranstaltungen ohne Ausbildungsnutzen nicht von den Aufgaben gemäss Art. 58 Abs. 2 BV abgedeckt sei. Diese Kritik ist berechtigt.

4395 Botschaft WEA, S. 7010. So auch Krage, S. 94. Vgl. auch BVGer A-5414/2021 vom 19.4.2022 E. 7.2.3. im Zusammenhang mit Leistungen des Zivilschutzes an Grossanlässen.

4396 Ablehnend Saladin, S.166, wonach der Militärdienst in und z.G. der Militärverwaltung eine unzulässige Beschaffung von Personalressourcen darstelle, der offensichtlich gegen das Zwangsarbeitsverbot der EMRK verstosse [...].

konkurrieren. Der Gesetzgeber hat bereits mit der Ergänzung von Absatz 4 dem Fehlanreiz entgegengewirkt, eigenes Personal in der Militärverwaltung Dienst leisten zu lassen, um durch die Einnahme von Erwerbsausfallentschädigungen die Personalkosten zu senken.[4397]

Zur Ausbildung gehört auch die **ausserdienstliche Schiesspflicht** (Art. 63 MG).[4398] Die jährlichen Schiessübungen werden von anerkannten Schiessvereinen durchgeführt (Art. 63 Abs. 2 MG i.V.m. Art. 3 Abs. 1 Schiessverordnung). Die beliehenen Schiessvereine erhalten hierfür eine Abgeltung nach SuG (Art. 38 Schiessverordnung).[4399] 26

Soweit **militärische Gesellschaften und Dachverbände** freiwillige Ausbildungstätigkeiten organisieren, unterstützt das VBS diese mit Sach- und Geldleistungen. Bei der Unterstützung dieser selbstgewählten Ausbildungstätigkeit handelt es sich nach hier vertretener Ansicht um eine Finanzhilfe gemäss SuG, auf welche ein entsprechender Anspruch besteht (Art. 10 ff. VATV[4400]). Die zuständige Militärverwaltung hat bei der **Anerkennung** von Schiessvereinen, militärischen Gesellschaften und Dachverbänden ein Entschliessungsermessen. Sie muss dabei das Rechtsgleichheitsgebot, die Pflicht zur Wahrung der öffentlichen Interessen und das Prinzip der Verhältnismässigkeit beachten.[4401] Sofern die Anerkennung eines neuen Vereins ein militärisches Bedürfnis/Erfordernis voraussetzt, kommt die Militärverwaltung nicht daran vorbei, die Aktivitäten der bereits anerkannten Vereine zu überprüfen und in ihrer Entscheidung zu berücksichtigen (vgl. Art. 2 Abs. 2 VATV und Art. 19 Abs. 2 lit. c Schiessverordnung).[4402] 27

4397 Botschaft WEA, S. 7011.

4398 Armeebotschaft 2021, S. 59, wonach das Schiesswesen ausser Dienst mehrere Zwecke erfülle: Insbesondere ergänze und entlaste es die Schiessausbildung an der persönlichen Waffe während des Militärdienstes und erhalte die Schiessfertigkeit der Armeeangehörigen ausser Dienst. Weiter auch BSK-Meyer/Müller, Art. 60 BV N. 6. Kritisch zum Übungsnutzen des ausserdienstlichen Schiessens: Lang, S. 161 ff. Vgl. auch Motion 00.3437 «Schiesspflicht. Schluss dem Schuss zu immer mehr Kostenüberschuss», Motion 01.3252 «Armee XXI. Abschaffung der ausserdienstlichen Schiesspflicht», Parlamentarische Initiative 12.445 «Aufhebung der ausserdienstlichen Schiesspflicht» sowie Motion 17.3913 «Abschaffung der obligatorischen Schiesspflicht».

4399 Armeebotschaft 2021, S. 37 f.

4400 Verordnung vom 26.11.2003 über die ausserdienstliche Tätigkeit in den militärischen Gesellschaften und Dachverbänden (VATV; SR 512.30).

4401 BVGer A-3671/2012 vom 4.3.2015 E. 5.3.

28 Die militärische Ausbildung soll vermehrt von **zivilen Institutionen** anerkannt werden;[4403] so bspw. die militärische Führungsausbildung[4404] oder die militärische Fahrberechtigung[4405].

3. Internationale Ausbildungszusammenarbeit

29 Militärische Ausbildungsvorhaben und Übungen finden verstärkt mit ausländischen Partnern statt.[4406] Als Kooperationspartner kommen andere Staaten, die Vereinten Nationen (UN)[4407], die europäische Verteidigungsagentur (EVA)[4408] und im Rahmen der *politischen Initiative* **«Partnerschaft für den Frieden (PfP)»**[4409] die NATO[4410] in Frage. Der aussenpolitische Entscheid des Bundesrats, der Einladung zur PfP zu folgen, wurde vergeblich versucht vor das Parlament bzw. das Volk zu bringen.[4411] Mit dem Auftreten bewaffneter Konflikte im europäischen Raum wurden

---

4402 BVGer A-3671/2014 vom 4.3.2015 E. 5.5.3 ff.

4403 Bericht des Bundesrates vom 29.9.2021 in Erfüllung der Postulate 17.3001 «Wie kann der Mangel an Offizieren behoben werden?», SiK-N vom 9.1.2017 sowie 17.3002 «Den Militärdienst attraktiver machen», SiK-N vom 9.1.2017, S. 9.

4404 Bspw. Ziff. 3.2.9.1 Wegleitung Bachelorstudium Wirtschaftswissenschaften vom 1.8.2021 der Universität Basel.

4405 Weisungen des Bundesamts für Strassen vom 29.3.2004 betreffend die Erteilung des zivilen Führerausweises nach bestandener militärischer Führerprüfung.

4406 SIPOL-B 21, S. 28 und 30 ff. sowie Factsheet Internationale Kooperation in der Sicherheitspolitik der Schweiz, Stand 4.4.2022.

4407 Vgl. Abkommen vom 3.12.2019 zwischen dem Schweizerischen Bundesrat und der Organisation der Vereinten Nationen über die Zusammenarbeit zur Organisation von Ausbildungsaktivitäten für internationale Friedenseinsätze und über die Vereinbarungen zu den im Hinblick auf diese Aktivitäten zu gewährenden Vorrechten und Immunitäten (SR 0.512.21).

4408 Imhof, S. 7 sowie Medienmitteilung des Bundesrates vom 11.12.2020, «Schweizer Luftwaffe beteiligt sich an europäischem Helikopter-Übungsprogramm».

4409 https://www.eda.admin.ch/eda/de/home/aussenpolitik/internationale-organisationen/nato-partnerschaftfuerdenfrieden.html, besucht am 21.1.2023.

4410 Vgl. Medienmitteilungen des Bundesrates vom 19.2.2014 und 17.2.2016, «Übungsprogramm 2014 [bzw. 2016] für die militärische Ausbildungszusammenarbeit» oder vom 28.3.2018 «Teilnahme an der Partnerschaft für den Frieden und an internationalen Übungen». Das primäre Ziel dieser Kooperation liegt in der Interoperabilität (militärische Zusammenarbeitsfähigkeit), vgl. Factsheet Internationale Kooperation in der Sicherheitspolitik der Schweiz, Stand 4.4.2022.

4411 Vgl. die Motionen 96.3211 «‹NATO-Partnerschaft für den Frieden› vors Parlament und Unterstellung unter das fakultative Referendum» und 96.3212 «Parlamentsentscheid zur Partnerschaft für den Frieden», Interpellation 96.3205 «Beitritt zur ‹Nato-Partnerschaft für den Frieden›?», Parlamentarische Initiative 96.438 «NATO-Partnerschaft für den Frieden».

wiederholt Forderungen laut, einerseits für die Stärkung[4412] und andererseits (aus neutralitäts*politischen* Gründen) für den Austritt aus der PfP.[4413] Neutralitäts*rechtlich* ist die Teilnahme an der PfP und generell die internationale Ausbildungszusammenarbeit nicht zu beanstanden,[4414] solange mit ihr keine Beistandspflicht einhergeht. Aufgrund der geografischen Lage und Kleinräumigkeit der Schweiz ist die internationale Ausbildungszusammenarbeit für die Schweizer Armee, etwa für Übungen der Luftwaffe und generell für die militärische Zusammenarbeitsfähigkeit (Interoperabilität) und den Wissensaustausch, bedeutend.

30 Der Bundesrat kann mit ausländischen Partnern **Durchführungsvereinbarungen** für konkrete Ausbildungsvorhaben und Übungen abschliessen oder aber ein generelles **Rahmenabkommen**[4415] aushandeln (Art. 48a MG). In Letzterem legt er die Eckwerte wie Umfang der Ausbildungszusammenarbeit, Staatshaftung, usw. fest. Die Gruppe V kann unmittelbar gestützt auf ein solches Rahmenabkommen kleinere internationale Ausbildungsvorhaben durchführen. Grössere Ausbildungsvorhaben und Übungen setzen eine konkretisierende Durchführungsvereinbarung (*«technical agreement/arrangement»*) voraus, welche die Gruppe V bei einem bestehenden Rahmenabkommen selbständig abschliessen kann (generelle Subdelegation in Art. 106 Abs. 3 VMDP). Fehlt ein Rahmenabkommen, so beantragt die Gruppe V beim Bundesrat die Ermächtigung zum Abschluss konkreter Durchführungsvereinbarungen (Art. 48a Abs. 1 RVOG). Die Vertragsabschlusskompetenzen werden praxisgemäss einmal jährlich mittels Sammelermächtigung erteilt.[4416]

31 Wie beim Friedensförderungs-[4417] oder Assistenzdienst im Ausland[4418] hat der Bundesrat den **Status der zu entsendenden Armeeangehörigen** mittels

4412 Vgl. Postulat 14.3952 «Sicherheit durch mehr Kooperation. Prüfung einer verstärkten Mitwirkung der Schweiz bei der Partnerschaft für den Frieden», Motion 22.3560 «Für eine vollständig interoperable Armee!».

4413 Vgl. Fragestunde. Frage 14.5231 «Widerspricht eine Schweizer Beteiligung an Nato-Manövern nicht der Neutralität?», Interpellationen 14.3331 «Ukraine-Krise. Schweizerische Neutralität oder Annäherung an die Nato?» und 17.3921 «Schweizer Jugend will Neutralität statt Partnership for Peace der Nato», Motion 14.3746 «Austritt aus dem Nato-Programm ‹Partnership for Peace›».

4414 Spring, S. 188.

4415 Namentlich: Belgien, Dänemark, Deutschland, Estland, Finnland, Frankreich, Ghana, Grossbritannien, Italien, Kenia, Niederlande, Norwegen, Österreich, Polen, Russland, Schweden, Spanien, Ukraine, UNO und USA.

«*status of forces agreement*» (SOFA) und ggf. den Informationsschutz völkervertragsrechtlich zu regeln. Die notwendigen Vertragsabschlusskompetenzen hat ihm das Parlament sektoriell delegiert (Art. 150a und 150 Abs. 4 MG). Für die Ausbildungszusammenarbeit erklären die Parteien regelmässig das PfP-Truppenstatut für anwendbar,[4419] wobei im Einzelfall geprüft werden muss, ob in der jeweiligen Durchführungsvereinbarung Konkretisierungen notwendig sind (etwa hinsichtlich der Kompetenzen für technische oder strafrechtliche[4420] Untersuchungen im Empfängerstaat).

D. Ausrüstung

1. Beschaffung

32 Der Bund ist für die Beschaffung des Armeematerials zuständig (Art. 60 Abs. 1 BV). Die Wiederholung in Art. 106 Abs. 1 MG ist angesichts der heutigen Kompetenzordnung rein deklaratorisch. Im Übrigen ergibt sich die Kompetenz zur Beschaffung des notwendigen Materials aus der **Bedarfsverwaltung** und bedürfte keiner spezialgesetzlichen Grundlage: Die Verwaltung beschafft, was sie zur Erfüllung ihrer gesetzlichen Aufgaben benötigt.

33 Leitlinie für die Beschaffung bildet Art. 93 MG, wonach die Armee so auszurüsten ist, dass sie ihre **Aufgaben zeitgerecht** und **vollumfänglich** erfüllen kann. Aufgrund der Tragweite hat sich der Bundesrat den Auftrag für die Beschaffung neuer Kampfflugzeuge mit einem Bundesbeschluss[4421] nach Art. 28 Abs. 1bis lit. c und Abs. 3 ParlG[4422] eingeholt (sog.

4417 Für das SOFA in UN-Friedensmissionen vgl. Gill et al., S. 120 ff.

4418 Art. 14 Verordnung vom 24.10.2001 über die Katastrophenhilfe im Ausland (SR 974.03) nennt den ohnehin geltenden Grundsatz, dass die Hilfsmannschaft im Ausland dem dortigen Recht untersteht. Vorbehalten bleiben Abweichungen gemäss SOFA (Art. 6a Abs. 2 VKA). Die Schweiz hat ein eminentes Interesse zur Katastrophenhilfe entsendete Personen auch rechtlich bestmöglich zu schützen. Die Vereinbarung bzw. den Verweis auf ein bestehendes SOFA sollte daher die Regel bilden.

4416 Imhof, S. 6 f.

4419 SGK-Meyer/Müller, Art. 60 BV N. 7.

4420 Birke, S. 173 und S. 192 sowie Voetelink, S. 267 f. und Timm, S. 411.

4421 BBl 2019 S. 8725.

4422 Bundesgesetz vom 13.12.2002 über die Bundesversammlung (Parlamentsgesetz, ParlG; SR 171.10).

Planungsbeschluss)[4423]. Der Bundesbeschluss wurde in der Volksabstimmung vom 27. September 2020 bestätigt.[4424]

Das Prinzip der Verhältnismässigkeit verlangt weiter, dass Einsatzkräfte bei der Ausübung der Polizeibefugnisse so auszurüsten sind, dass der Schusswaffeneinsatz nicht das einzige, sondern letzte effektive **Zwangsmittel** darstellt (*ultima ratio*); bspw. durch zusätzliche Ausrüstung mit Reizstoffspray oder Destabilisierungsgerät. Die individuelle Ausrüstung richtet sich jeweils nach dem konkrete Auftrag.[4425] 34

Für das Beschaffungswesen ist in erster Linie das Bundesamt für Rüstung (armasuisse) zuständig (Art. 12 OV-VBS). Zur Sicherstellung der Ausrüstung kann sich der Bund zudem an **Rüstungsunternehmen** beteiligen (Art. 1 ff. BGRB[4426]). Er legt jeweils für vier Jahre die strategischen Ziele fest, welche die Rüstungsunternehmen zu erreichen haben (Art. 3 Abs. 1bis BGRB). So wird etwa in den strategischen Zielen für die RUAG MRO die Unterstützung bei der Instandhaltung der System der Schweizer Armee (Wartung, Inspektion, Instandsetzung) genannt.[4427] Die Beteiligung an Rüstungsunternehmen ermöglicht unter Umständen quasi-in-house-Beschaffungen, welche vom sachlichen Geltungsbereich des Beschaffungsrechts ausgenommen sind (Art. 10 Abs. 3 lit. d BöB[4428]). Für diese Unternehmen gelten zudem diverse Ausnahmebestimmungen hinsichtlich der Bewilligungen nach Kriegsmaterialgesetz (KMG[4429]). Im Aktivdienst kann der Bundesrat für mit öffentlichen Aufgaben betraute Private, wie Unternehmen nach BGRB, den militärischen Betrieb anordnen (Art. 81 MG). 35

Die Bundesversammlung beschliesst für jeweils vier Jahre den **Zahlungsrahmen** über die finanziellen Mittel der Armee (Art. 148j MG; Art. 36

4423 Botschaft neue Kampfflugzeuge, S. 5097.

4424 BBl 2020 S. 8773.

4425 EGMR *Simsek und andere gegen die Türkei*, Nr. 35072/97 und 37194/97, 26.7.2005, N. 111 sowie EGMR *Güleç gegen die Türkei*, Nr. 54/1997/838/1044, 27.7.1998, N. 71.

4426 Bundesgesetz vom 10.10.1997 über die Rüstungsunternehmen des Bundes (BGRB; SR 934.21). Die übergeordnete Beteiligungsgesellschaft (BGRB Holding AG) wurde am 8.6.2022 aufgelöst. Die in erster Linie für die Schweizer Armee tätige RUAG MRO Holding AG wird seither direkt vom Bund gehalten. Vgl. Medienmitteilung des Bundesrats vom 8.6.2022, «RUAG MRO und RUAG International getrennt: Auflösung der übergeordneten Holding».

4427 Strategische Ziele des Bundesrates für die RUAG MRO Holding AG in den Jahren 2020-2023 vom 23.10.2019, BBl 2020 S. 1316.

4428 Bundesgesetz vom 21.6.2019 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB; SR 172.056.1).

20 FHG[4430]). Dieser signalisiert einzig die Bereitschaft des Parlaments, diesen Betrag im Rahmen der Budgetbeschlüsse zu bewilligen.[4431] Die konkreten Kreditanträge unterbreitet der Bundesrat der Bundesversammlung jährlich mit der *Armeebotschaft*. Der Zahlungsrahmen und die Bewilligung der Kredite ergehen mit einfachem Bundesbeschluss (Art. 148j MG und Art. 25 Abs. 2 ParlG). Dieser ist nicht referendumsfähig (Art. 141 Abs. 1 lit. c i.V.m. Art. 163 Abs. 2 BV).

37 Die **Beschaffung** von Armeematerial kennt bestimmte, rechtliche Besonderheiten:

- Gemäss Art. III GAP[4432] können die Vertragsparteien zum Schutz ihrer wesentlichen Sicherheitsinteressen für die Beschaffung von Waffen, Munition und Kriegsmaterial bzw. für die Landesverteidigung unerlässliche Beschaffungen erforderliche Massnahmen treffen. Der Schweizer Gesetzgeber hat diese Beschaffungen aus dem Staatsvertragsbereich generell ausgenommen (Anhang 5 Abs. 1 lit. c BöB). Nach Ermessen der Auftraggeberin kann von einem Vergabeverfahren gänzlich abgesehen oder das Einladungsverfahren gewählt werden, wenn die Schutzziele dies erlauben (Art. 10 Abs. 4 lit. a BöB).[4433] Wird das Einladungsverfahren gewählt, ist die Auftraggeberin nicht an Schwellenwerte gebunden (Art. 20 Abs. 3 BöB). Der Rechtsweg ist aus sicherheitspolitischen Gründen ausgeschlossen (Art. 52 Abs. 5 BöB). Kompensationsgeschäfte (Offsets) sind ausserhalb des Staatsvertragsbereichs zulässig (Art. IV Ziff. 6 GPA *e contrario*).[4434]
- Werden Waffen, Mittel und Methoden der Kriegsführung (Waffensysteme) neu beschafft, abgeändert oder einem anderen Verwendungszweck zugeführt, müssen sie auf ihre *völkerrechtliche Konformität* geprüft werden (Art. 36 ZP I i.V.m. Art. 11 MatV). Die Gruppe V unterzieht das Beschaffungsobjekt einer unabhängigen, verwaltungsinternen Überprüfung

4429 Bundesgesetz vom 13.12.1996 über das Kriegsmaterial (Kriegsmaterialgesetz, KMG; SR 514.51).

4430 Bundesgesetz vom 7.10.2005 über den eidgenössischen Finanzhaushalt (Finanzhaushaltgesetz, FHG; SR 611.0).

4431 Botschaft WEA, S. 7021.

4432 Revidiertes Übereinkommens vom 15.4.1994 über das öffentliche Beschaffungswesen, SR 0.632231.422 (nachfolgend: «GAP»).

4433 Botschaft BöB, S. 1925.

4434 Vgl. zur Umsetzung die «Offset-Policy» vom 1.7.2021 des Bundesamts für Rüstung.

und begutachtet, ob das Beschaffungsobjekt und die geplante Verwendung mit den Grundprinzipen und den besonderen Bestimmungen des Kriegsvölkerrechts vereinbar ist.[4435] Sie kann dazu Beschussversuche und weitere Tests anordnen. Eine abschliessende Genehmigung kann mit Auflagen und Bedingungen verknüpft werden (bspw. Einschränkung des Einsatzes von Reizstoffspray im international bewaffneten Konflikt).

2. Armeematerial

Das Armeematerial umfasst die **persönliche Ausrüstung** (Bewaffnung, Bekleidung, Gepäck und besondere Ausrüstungsgegenstände gemäss Art. 3 Abs. 1 VPAA[4436]) und das **übrige Armeematerial** (Art. 105 lit. b MG). Die *persönliche Ausrüstung* bleibt Eigentum des Bundes und darf grundsätzlich nicht für private Zwecke verwendet werden (Art. 114 MG). 38

Das **Armeematerial** ist Verwaltungsvermögen. Nach hier vertretender Ansicht trifft das selbst dann zu, wenn die Gruppe V gewerbliche Leistungen erbringt und Armeematerial Dritten entgeltlich abgibt (Art. 41 FHG i.V.m. Art. 148i MG). Dies zeigt sich auch darin, dass gewerbliche Leistungen nur dann erbracht werden, wenn sie die Hauptaufgabe der Armee nicht beeinträchtigen. Bei der Abgabe handelt es sich um keine eigentliche Aufgabe, sondern um eine Opportunität, vorübergehend nicht verwendetes Armeematerial Dritten bspw. zu vermieten. Dabei ist stets das Gebot der Wettbewerbsneutralität zu berücksichtigen (Art. 94 Abs. 1 BV). Unter bestimmten Umständen werden Rabatte bzw. Preiserlasse gewährt,[4437] womit das Armeematerial quasi als Finanzhilfe abgegeben wird. Die Abgabe wird, 39

4435 Besondere Bestimmungen finden sich bspw. im: Übereinkommen über das Verbot oder die Beschränkung des Einsatzes bestimmter konventioneller Waffen, die übermässige Leiden verursachen oder unterschiedslos wirken können, Protokoll I-V; SR 0.515.091. Übereinkommen über das Verbot des Einsatzes, der Lagerung, Herstellung und der Weitergabe von Anti-Personenminen und über deren Vernichtung; SR 0.515.092. Übereinkommen über Streumunition; SR 0.515.93. Übereinkommen über das Verbot der Entwicklung, Herstellung und Lagerung bakteriologischer (biologischer) Waffen und von Toxinwaffen sowie über die Vernichtung solcher Waffen; SR 0.515.07. Übereinkommen über das Verbot der Entwicklung, Herstellung, Lagerung und des Einsatzes chemischer Waffen und über die Vernichtung solcher Waffen; SR 0.515.08.

4436 Verordnung vom 21.11.2018 über die persönliche Ausrüstung der Armeeangehörige (VPAA; SR 514.10).

4437 Weisungen über die gewerblichen Tätigkeiten des VBS vom 30.11.2006.

soweit es sich nicht um eine Finanzhilfe handelt, in einem zivilrechtlichen Vertrag vereinbart.

40 Den Armeeangehörigen obliegt eine Sorgfaltspflicht für das Armeematerial. Sie **haften für ihre persönliche Ausrüstung** und das im Dienst anvertraute (Armee-)Material **bei Verlust oder Beschädigung** (Art. 139 Abs. 2 MG; milde Kausalhaftung) bzw. generell für Schäden aus vorsätzlicher oder grobfahrlässiger Verletzung der Dienstpflicht (Art. 139 Abs. 1 MG; Verschuldenshaftung).[4438] Vorbehalten bleiben besondere Haftungsbestimmungen (Art. 135 Abs. 2 MG) wie bspw. Art. 75 SVG[4439] für Schäden bei einer Fahrt ohne Befehl/Erlaubnis (sog. Strolchenfahrt).[4440]

41 Das Armeematerial ist besonders **straf- und disziplinarstrafrechtlich** geschützt (Art. 73 MStG, Missbrauch und Verschleuderung von Armeematerial). Im Unterschied zum bürgerlichen Strafrecht wird auch bestraft, wer eine dienstlich anvertraute Sache *fahrlässig* beschädigt, Schaden nehmen oder zugrunde gehen lässt.[4441] Explizit wurde auch das *unbefugte* Tragen der **Schweizer Armeeuniform** durch Nicht-Dienstpflichtige unter Strafe gestellt (Art. 331 StGB[4442]). Dasselbe gilt für Dienstpflichtige (Art. 73 MStG), wobei Art. 22 VPAA ausserdienstlichen Anlässe nennt, an welchen sie die Uniform *befugt* tragen dürfen. Für das Tragen der Uniform im Ausland wird eine Bewilligung des Militärprotokolls vorausgesetzt (Art. 4 Verordnung über das Tragen ausländischer Uniformen in der Schweiz und schweizerischer Militäruniformen im Ausland). Dieses holt zusätzlich die Einwilligung des Empfangsstaats ein, da das Tragen der Schweizer Armeeuniform im Ausland andernfalls als unfreundlicher Akt empfunden werden könnte.

42 Bei der Entlassung aus der Armee können bestimmte **Ausrüstungsgegenstände** den Armeeangehörigen **zum Eigentum überlassen** werden (Art. 26 ff. VPAA; bspw. Ausrüstung ohne Tarndruck und

4438 Sie haften beispielsweise für den Untergang einer Waffe (Entscheid der Rekurskommission VBS vom 15.7.2002, JAAC 67.116) oder den Schaden bei ungenügendem Sichern eines Lastwagens (Entscheid der Rekurskommission VBS vom 29.9.1997, JAAC 63.68, E. 6.2.).

4439 Strassenverkehrsgesetz vom 19.12.1958 (SVG; SR 741.01).

4440 BVGer A-7351/2010 vom 2.9.2011 E. 7 ff.

4441 Zu den einzelnen Tathandlungen vgl. Flachsmann et al., Rz. 658 ff. Das Militärkassationsgericht bejahte im Entscheid 886.1 / 886.2 vom 20.9.2018 die strafrechtliche Verantwortung eines Militärangehörigen für das unsorgfältige Verstauen seines Sturmgewehrs, welches in der Folge gestohlen wurde (MKGE 14 Nr. 19 E. 3c).

4442 Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21.12.1937 (StGB; SR 311.0).

persönliche Waffe). Das Überlassen der persönlichen Waffe verfolgt den Hauptzweck, dass Armeeangehörige nach dem Ausscheiden aus der Armee weiterhin den Schiesssport mit der Armeewaffe ausüben können. Der Verordnungsgeber verlangt hierfür einen zusätzlichen Schiessnachweis (bspw. Feldschiessen) und nicht nur das Erfüllen der ohnehin gesetzlichen Schiesspflicht.[4443] Zusätzlich wird ein Waffenerwerbsschein vorausgesetzt (Art. 29 f. VPAA).

Bestehen konkrete Anhaltspunkte für eine Gefährdung mit **der persönlichen Waffe** oder deren Missbrauch durch Dienstpflichtige, hat das Kreiskommando die *vorsorgliche Abnahme der persönlichen Waffe* zu verfügen (Art. 17 VPAA). Das Bundesverwaltungsgericht bejahte darüber hinaus die Haftung des Bundes (und nicht des kantonalen Kreiskommandos, welches von den konkreten Umständen keine Kenntnis hatte), nachdem ein für untauglich erklärter Armeeangehöriger während der Zwangsräumung seiner Wohnung einen Polizisten mit seiner Armeepistole erschoss und einen zweiten verletzte.[4444] 43

Im Jahr 2011 lehnte die Schweizer Bevölkerung die **Volksinitiative «Für den Schutz vor Waffengewalt»** ab.[4445] Hiernach hätte die Waffe ausserhalb des Diensts durch die Armee eingelagert werden müssen. Eine spätere Überlassung zum Eigentum wäre grundsätzlich ausgeschlossen gewesen.[4446] 44

III. ABSATZ 3: MILITÄRISCHE EINRICHTUNGEN DER KANTONE

Zahlreiche militärische Einrichtungen stehen noch heute im Eigentumsrecht der Kantone. Der Bund kann diese soweit erforderlich, d.h. unter Berücksichtigung des öffentlichen Interessens und der Verhältnismässigkeit, (einseitig) übernehmen. Dieses **Übernahmerecht** richtet sich ausschliesslich gegen die Kantone und nicht gegen Private. Bei der Ausübung des Übernahmerechts schuldet der Bund den Kantonen eine angemessene (billige), aber keine volle Entschädigung. Insofern ist Absatz 3 kein 45

4443 BVGer A-7067/2013 vom 7.4.2014 E. 4.3.2 und 4.3.5.
4444 BVGer A-3025/2017, A-3047/2017 vom 8.2.2019 E. 7.2 ff. sowie 7.9.5.
4445 BBl 2011 S. 3789.
4446 Botschaft zur Volksinitiative «Für den Schutz vor Waffengewalt», S. 146 ff.

(gewöhnlicher) Enteignungstitel,[4447] sondern ein *verfassungsmässiges Sonderenteignungsrecht*.[4448]

46 Bis anhin erzielten Bund und Kantone über die Nutzung kantonaler Waffenplätze einen Konsens und schlossen einen öffentlich-rechtlichen[4449] Vertrag ab (Art. 6 VWS[4450]). Dem sog. **Waffenplatzvertrag** zwischen dem Bundesrat und einer Kantonsregierung folgen Benutzungsverträge und andere, konkretisierende Vereinbarungen auf Departements- und Amtsstufe.[4451]

47 Seit 2018 erfolgt die Entschädigung nach dem **Mietermodell** (Art. 7 VWS). Der Bund hat damit sein langjähriges Entschädigungsmodell aufgegeben, welches sich aus Zins-, Amortisations- und Unterhaltsaufwendungen sowie einer Tagesentschädigung pro Kopf und Fahrzeug zusammensetzte.

48 Wie bei der Standortevaluation eines Neubaus sind beim Entscheid einer zu übernehmenden kantonalen Einrichtung einerseits die öffentlich-rechtlichen Nutzungsbestimmungen heranzuziehen,[4452] damit die beabsichtigte militärische Nutzung tatsächlich realisiert werden kann. Andererseits sind die **besonderen Bestimmungen des Kriegsvölkerrechts** in der Entscheidungsfindung zu berücksichtigen. Namentlich dürfen militärische Ziele soweit praktisch möglich nicht innerhalb oder in der Nähe von dicht bevölkertem Gebiet (Art. 58 lit. b ZP I),[4453] in der Nähe von Anlagen und Einrichtung, die gefährliche Kräfte enthalten (Art. 56 Ziff. 5 ZP I), und von Kulturgut angelegt werden (Art. 8 lit. b Zweites Protokoll vom 26.3.1999 zum Haager Abkommen von 1954 für den Schutz von Kulturgut bei bewaffneten Konflikten, SR 0.520.33).

4447 Botschaft BV, S. 243.

4448 CR-Lubishtani, Art. 60 BV N. 21.

4449 SGK-Meyer/Müller, Art. 60 BV N. 9.

4450 Verordnung vom 22.11.2017 über die Waffen-, Schiess- und Übungsplätze (Waffen- und Schiessplatzverordnung, VWS; SR 510.514).

4451 Bspw. Waffenplatzvertrag zwischen dem Bundesrat und dem Regierungsrat des Kantons Bern und Benützungsvertrag zwischen dem VBS und der Polizei- und Militärdirektion des Kantons Bern von 1999/2000.

4452 Für eine Übersicht der einschlägigen Erlasse vgl. Lang, S. 23 und S. 36 ff.

4453 Kolb/Hyde, S. 129: «*The obligation may not be the same for a small, densely populated, country, such as Switzerland, and a huge country with many uninhabited areas in which to place military objectives.*» Der Vorbehalt der Schweiz, wonach Art. 58 Bst. B ZP I «*will be applied subject to the requirements of national defence*» wurde am 17.6.2005 zurückgezogen (vgl. International Review of the Red Cross, No. 849, März 2003, S. 14).

Zum Autor

Jan Imhof studierte an der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern (MLaw mit Schwerpunkt im Recht der öffentlichen Verwaltung) und erlangte anschliessend das bernische Anwaltspatent. Von 2020 bis 2022 arbeitete er als wissenschaftlicher Mitarbeiter im Rechtsdienst Kriegsvölkerrecht (KVR) im Armeestab, Eidgenössisches Departement für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport (VBS). Er ist Angehöriger der Militärjustiz im Fachbereich Ausland und zurzeit als Gerichtschreiber an der Strafabteilung des Regionalgerichts Bern-Mittelland tätig.

WEITERE EMPFOHLENE LEKTÜRE

Albertini Gianfranco/Armbruster Thomas/Spörri Beat, Militärisches Einsatzrecht, Zürich 2016.

Freiburghaus Dieter/Buchli Felix/Honegger Edith, Das Duopol der legitimen Gewalt im schweizerischen Bundesstaat, Cahier de l'IDHEAP 223/ 2005.

Griffel Alain, Der Grundrechtsschutz in der Armee, Zürich 1991.

Häner Isabelle/Lienhard Andreas/Uhlmann Felix/Vogel Stefan/Kern Markus/ Achermann Alberto, Besonderes Bundesverwaltungsrecht, 9. Aufl., Basel 2021, S. 517-523.

Lienhard Andreas/Häsler Philipp, Verfassungsmässigkeit des Entwicklungsschrittes 2008/11 der Schweizer Armee, VPB 2007.2 S. 9-75.

Meyer Hansjörg, Grundaufgabe der Armee und weitere Aufgaben des Staates, in: Schweizer Rainer J. (Hrsg.), Sicherheits- und Ordnungsrecht des Bundes, Band III/1, Basel 2008.

Moeckli Daniel, Sicherheitsverfassung, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2020, S. 629-651.

Müller Reto Patrick, Innere Sicherheit Schweiz, Basel 2009.

Müller Reto Patrick/Greuter Stéphanie, Der grundrechtliche Rahmen für Anti-Terror-Operationen in Europa, Bern 2021.

Rechsteiner David, Recht in besonderen und ausserordentlichen Lagen, Zürich et al. 2016.

Saladin Gerhard M., Einsatz der Armee zur Unterstützung ziviler Sicherheitsorgane des Bundes, in: Schindler Benjamin/Kiener Regina/Bühler René (Hrsg.), Sicherheits- und Ordnungsrecht des Bundes, Band III/2, Basel 2018, S. 315-366.

LITERATUR- UND MATERIALIENVERZEICHNIS

Armeebotschaft 2021 vom 17.2.2021, BBl 2021 S. 372 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2021/372/de, besucht am 24.5.2023.

Armeebotschaft 2022 vom 16.2.2022, BBl 2022 S. 615 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2022/615/de, besucht am 24.5.2023.

Biaggini Giovanni, Kommentierung zu Art. 60 BV, in: Biaggini Giovanni (Hrsg.), BV Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2017.

Birke Rainer, Strafverfolgung nach dem NATO-Truppenstatut, Dresden 2003.

Blumer Patrick/Wildt Anna, Änderung des Militärgesetzes und der Armeeorganisation 2022: Reform der Reform?, S&R 2/2022, S. 80-92.

Botschaft des Bundesrates an die hohe Bundesversammlung vom 20.5.1874, betreffend die Abstimmung vom 19. April 1874 über die abgeänderte Bundesverfassung, BBl 1874 I S. 699 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1874/1_699__/de besucht am 24.5.2023.

Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20.11.1996, BBl 1997 I S. 1 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1997/1_1_1_1/de, besucht am 24.5.2023.

Botschaft über das Fakultativprotokoll von 2000 zum Übereinkommen über die Rechte des Kindes betreffend die Beteiligung von Kindern an bewaffneten Konflikten vom 5.9.2001, BBl 2001 S. 6339 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2001/1081/de, besucht am 24.5.2023.

Botschaft zu einem Planungsbeschluss über die Beschaffung neuer Kampfflugzeuge vom 26.6.2019, BBl 2019 S. 5081 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2019/1777/de, besucht am 24.5.2023.

Botschaft zur Änderung der Rechtsgrundlagen für die Weiterentwicklung der Armee vom 3.9.2014, BBl 2014 S. 6955 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2014/1566/de, besucht am 24.5.2023.

Botschaft zur Änderung des Militärgesetzes und der Armeeorganisation vom 1.9.2021, BBl 2021 S. 2198 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2021/2198/de, besucht am 24.5.2023.

Botschaft zur Armeereform XXI und zur Revision der Militärgesetzgebung vom 24.10.2001, BBl 2002 S. 858 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2002/118/de, besucht am besucht am 24.5.2023.

Botschaft zur Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgaben zwischen Bund
und Kantonen (NFA) vom 14.11.2001, BBl 2002 S. 2291 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2002/316/de, besucht am 24.5.2023.

Botschaft zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15.2.2017, BBl 2017 S. 1851 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2017/417/de, besucht am 24.5.2023.

Botschaft zur Volksinitiative «Für den Schutz vor Waffengewalt» vom 16.12.2009, BBl 2010 S. 137 ff., aufrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2010/37/de, besucht am 24.5.2023.

Die Sicherheitspolitik der Schweiz. Bericht des Bundesrates (SIPOL-B 21) vom 24.11.2021, BBl 2021 S. 2895 ff.; abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2021/2895/de, besucht am 24.5.2023.

Diggelmann Oliver/Altwicker Tilmann, Kommentierung zu Art. 60 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Basel 2015.

Flachsmann Stefan/Fluri Patrick/Isenring Bernhard/Philippin Edgar/Röthlisberger Jean-Marie, Disziplinarstrafordnung. Das militärische Disziplinarstrafrecht, 6. Aufl., Zürich et al. 2022.

Flachsmann Stefan/Immenhauser Martin, Die Unabhängigkeit der Militärjustiz, Jusletter 13. Mai 2019.

Gill Terry et al., Leuven Manual on the International Law Applicable to Peace Operations, Cambridge 2017.

Imhof Jan, Subdelegation von Vertragsabschlusskompetenzen an Verwaltungseinheiten, Umsetzung und Entwicklung am Beispiel der internationalen militärischen Ausbildungszusammenarbeit, LeGes 32 (2021) 1.

International Committee of the Red Cross, Commentaries on the Geneva Conventions and Additional Protocols, https://ihl-databases.icrc.org, besucht am 24.5.2023.

Kolb Robert/Hyde Richard, An Introduction to the International Law of Armed Conflict, Oxford 2008.

Krage Philipp, Teilrevision des Militärgesetzes durch die WEA und ihre Auswirkungen auf die Aufgaben der Armee, S&R 2/2017, S. 79-96.

Lang Christoph Ignaz, Umweltschutzrecht und Militär, Zürich 1997.

Lampert Michael/Stauffer Thomas, Organisation der Gruppe Verteidigung – Dilemma zwischen Militärverwaltung und Armee?, Bern 2017.

Lazzarini Claudio, Die anerkannten militärischen Schiessvereine, Zürich 1985.

Lubishtani Kastriot, Kommentierung zu Art. 60 BV, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Commentaire romand, Constitution fédérale, Basel 2021.

Meyer Hansjörg/Reto Patrick Müller, Kommentierung zu Art. 60 BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (Hrsg.), St. Galler Kommentar, Die Schweizerische Bundesverfassung, 4. Aufl., Zürich 2023.

Saladin Gerhard M., Der verfassungsrechtliche Grundsatz des Milizprinzips der Schweizer Armee, Zürich et al. 2012.

Schindler Benjamin, Schusswaffeneinsätze der Armee in Friedensförderungsdienst: Rahmenbedingungen des Schweizer Rechts, S&R 2/2008, S. 94-102.

Spring Alexander, The International Law Concept of Neutrality in the 21st Century. An Analysis of Contemporary Neutrality with a Focus on Switzerland, Zürich et al. 2014.

Strategische Ziele des Bundesrates für die RUAG MRO Holding AG in den Jahren 2020-2023 vom 23.10.2019, BBl 2020 S. 1316, abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2022/1316/de, besucht am 24.5.2023.

Timm Donald A., Supplement Arrangements, in: Fleck Dieter (Hrsg.), The Handbook of the Law of Visiting Forces, 2. Aufl., Oxford 2018, S. 408-412.

Voetelink Joop, Military Law Enforcement, in: Fleck Dieter (Hrsg.), The Handbook of the Law of Visiting Forces, 2. Aufl., Oxford 2018, S. 261-274.

Wirz Heinrich L./Strahm Florian A., Armee, Bund und Kantonale Militärhoheit. Die verfassungsrechtliche Zentralisierung des schweizerischen Wehrwesens und ihre Folgen, Schriftenreihe BiG Nr. 45, 2010.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 68 BV

Eine Kommentierung von Marco Zollinger

ZITIERVORSCHLAG

Marco Zollinger, Kommentierung zu Art. 68 BV, in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (Hrsg.), Onlinekommentar zur Bundesverfassung

Kurzzitat: OK-Zollinger, Art. 68 BV N. XXX.

Art. 68 Sport

[1] Der Bund fördert den Sport, insbesondere die Ausbildung.

[2] Er betreibt eine Sportschule.

[3] Er kann Vorschriften über den Jugendsport erlassen und den Sportunterricht an Schulen obligatorisch erklären.

GLIEDERUNG

I. Allgemeines ... 1029
A. Entstehungsgeschichte ... 1029
B. Verfassungsrechtlicher Sportbegriff ... 1033
II. Sport- und Bewegungsförderung ... 1033
A. Absatz 1: Sportförderung ... 1034
1. Förderungskompetenz des Bundes ... 1034
2. Sportförderungsmassnahmen auf Bundesebene ... 1036
3. Finanzielles Engagement von Bund, Kantonen und Gemeinden im Bereich des Sports ... 1039
B. Absatz 2: Sportschule ... 1040
C. Absatz 3: Jugend- und Schulsport ... 1042
1. Jugendsport ... 1042
2. Schulsport ... 1044
Empfohlene weiterführende Lektüre ... 1048
Literaturverzeichnis ... 1049

I. ALLGEMEINES

A. Entstehungsgeschichte

Die ersten Ansätze einer (bundes-)staatlichen Förderung und Regelung des Sports waren in der Schweiz um das Jahr 1874 zu erkennen. Zu diesem Zeitpunkt fehlte eine sportspezifische Verfassungsbestimmung. Der Bund befasste sich zwar im Rahmen der Verfassungsrevision von 1874 erstmals mit der Thematik des Turnens und des Sports.[4454] Der Diskurs war in dieser **ersten Phase** der bundesverfassungsrechtlichen Erfassung des Turnen und Sports aber weitestgehend von **wehrpolitischen Überlegungen** geprägt: Gestützt auf die Wehrartikel der alten Bundesverfassung vom 29. Mai 1874 (Art. 18 ff. aBV) wurde im Rahmen der Militärorganisation von 1874 ein obligatorischer Vorunterricht für die Knaben vom 10. bis zum 20. Altersjahr eingeführt. Dieser diente als Vorbereitung für den Wehrdienst.[4455] 1

Aufgrund einer unbefriedigenden Umsetzung des obligatorischen Vorunterrichts in den Kantonen erfolgten mit der **Militärorganisation von 1907** diverse Anpassungen: Der Turnunterricht wurde an den Schulen für die Knaben ab dem siebten Schuljahr für obligatorisch erklärt und mit einem freiwilligen Vorunterricht nach dem Schulaustritt ergänzt.[4456] Die in diesem Zuge 1909 erlassene Verordnung über den Vorunterricht wurde im Jahr 1928 revidiert und letztlich in die Verordnung vom 7. Januar 1947 über die Förderung von Turnen und Sport überführt. In Letzterer wurde das Schulsportobligatorium auf drei Wochenstunden fixiert und der Betrieb der während des Zweiten Weltkriegs in Magglingen geschaffenen Eidgenössischen Turn- und Sportschule verankert.[4457] Auf der Ebene des Bundes richteten sich die Vorschriften zum Turnen und Sport – wie auch das Schulsportobligatorium[4458] – noch bis in das Jahr 1970 lediglich an die 2

4454 Vgl. Botschaft SpoFöG, S. 8200; Botschaft 1971, S. 790; Breitensportkonzept, S. 8; vgl. auch SGK-Zen-Ruffinen, Art. 68 BV N. 1.

4455 Vgl. Botschaft 1969, S. 1022.

4456 Vgl. Botschaft 1971, S. 790; Botschaft 1969, S. 1022 f.; Eichenberger, S. 31 ff.; Zollinger, S. 36 f.

4457 Vgl. Botschaft SpoFöG, S. 8200; Botschaft 1969, S. 1023; Zollinger, S. 39. Zur Eidgenössischen Turn- und Sportschule siehe Rz. 18 f. hiernach.

4458 Zum Schulsportobligatorium siehe Rz. 23–25 hiernach.

Knaben und jungen Männer. Indessen hatten bis zum Zweiten Weltkrieg 15 Kantone den Turnunterricht auch für die Mädchen und jungen Frauen für obligatorisch erklärt.[4459]

3 Die **zweite Phase** der bundesverfassungsrechtlichen Erfassung des Sports in der Schweiz zeichnete sich ab der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts ab. Aufgrund der verringerten körperlichen Bewegung der Bevölkerung rückten vermehrt die mit dem Turnen und dem Sport verbundenen positiven gesundheitlichen Aspekte in den Vordergrund der (politischen) Überlegungen. Ausserdem bildeten noch bis 1970 die Wehrartikel der alten Bundesverfassung die verfassungsrechtliche Grundlage, womit die Kompetenz des Bundes zur Förderung des Turnens und des Sports sowohl hinsichtlich des Alters als auch bezüglich des Geschlechts beschränkt war. Diese Beschränkung führte insbesondere mit Blick auf die Geschlechtergleichstellung und die Gesundheit der gesamten Bevölkerung zu unbefriedigenden Ergebnissen. Im Jahr 1967 begannen deshalb die Arbeiten für einen **Verfassungsartikel** sowie für ein Bundesgesetz über die Förderung von Turnen und Sport.[4460] Der neue Art. 27^{quinquies} aBV wurde in der Volksabstimmung vom 27. September 1970 mit grosser Mehrheit angenommen.[4461] Damit erhielten unter anderem das Schulsportobligatorium und die Eidgenössische Turn- und Sportschule in Magglingen eine verfassungsrechtliche Grundlage sowie der Bund die Kompetenz, Vorschriften über das Turnen und den Sport mit Wirkung für die gesamte Bevölkerung zu erlassen. Mit der systematischen Einordnung des Verfassungsartikels in die Art. 27 ff. aBV zum Bildungswesen wurde ferner die "Abkoppelung von der Landesverteidigung" unterstrichen.[4462]

4 Gestützt auf Art. 27^{quinquies} aBV traten am 1. Juli 1972 das Bundesgesetz vom 17. März 1972 über die Förderung von Turnen und Sport (SR 415.0) sowie die Verordnung vom 26. Juni 1972 zum Bundesgesetz über die Förderung von Turnen und Sport (SR 415.01) in Kraft.[4463] Das Gesetz bezweckte, Turnen und Sport im Interesse der Entwicklung der Jugend, der Volksgesundheit und der

4459 Vgl. Zollinger, S. 38.
4460 Vgl. CR-Adank, Art. 68 BV N. 2 f.; Botschaft 1971, S. 790 f.; Botschaft 1969, S. 1027 f.; Zollinger, S. 40 f.
4461 Vgl. AS 1970 S. 1649 f.; Botschaft 1971, S. 791.
4462 Zollinger, S. 41.
4463 Vgl. AS 1972 S. 897 ff.; AS 1972 S. 1009 ff.

körperlichen Leistungsfähigkeit zu fördern.[4464] Die "gesundheits-, gesellschafts- und sportpolitischen Anliegen" des Bundesgesetzgebers kamen darin klar zum Ausdruck.[4465] Namentlich erklärte das Bundesgesetz den Turn- und Sportunterricht an allen Volks-, Mittel- und Berufsschulen einschliesslich Seminaren und Lehramtsschulen für sämtliche Schülerinnen und Schüler für obligatorisch.[4466] Der freiwillige militärische Vorunterricht wurde in "eine moderne Institution" **Jugend und Sport** überführt.[4467]

Während in den ersten beiden Phasen jeweils bestimmte Anliegen mit der Förderung des Turnens und Sports verbunden waren, stand ab der **dritten Phase** die verfassungsrechtliche Bundeskompetenz im Zeichen einer **gesamtheitlichen Förderung** des Sports. Zwar wurde Art. 27quinquies aBV im Zuge der Totalrevision der Bundesverfassung inhaltlich unverändert in Art. 68 BV überführt.[4468] Dennoch ergibt sich aus der entsprechenden Botschaft, dass der Verfassungsartikel im Sinne der Sportverbände redaktionell überarbeitet wurde und "nun" eine Bundeskompetenz zur gesamtheitlichen Förderung des Sports verankert.[4469] In diesem Sinne vollzog der Bundesrat im Jahr des Inkrafttretens der neuen Bundesverfassung diesen Richtungswechsel mit der Verabschiedung des Konzepts vom 30. November 2000 für eine Sportpolitik in der Schweiz. Das sportpolitische Konzept orientierte sich an den fünf Bereichen Gesundheit, Bildung, Leistung, Wirtschaft sowie Nachhaltigkeit,[4470] wobei die Sportpolitik anhand eines Gesamtleitbilds des Sports und fünf Hauptzielen "in die übergeordneten Staatsziele eingebettet" wurde.[4471] Es ist demnach nicht zu erkennen, dass der Bund mit der Sportförderung in dieser Phase ein eigenständiges Staatsziel verfolgte.[4472] Vielmehr versuchte der Bundesrat "einen politischen Beitrag [zu] leisten, um eine breite Bewegungskultur, einen

4464 Vgl. Art. 1 des Bundesgesetzes vom 17.3.1972 über die Förderung von Turnen und Sport.
4465 Zollinger, S. 42.
4466 Vgl. Botschaft 1971, S. 792; Art. 2 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 17.3.1972 über die Förderung von Turnen und Sport.
4467 Botschaft 1971, S. 793; vgl. Art. 7 ff. des Bundesgesetzes vom 17.3.1972 über die Förderung von Turnen und Sport. Zum Programm Jugend und Sport siehe Rz. 22 hiernach.
4468 Vgl. CR-Adank, Art. 68 BV N. 5; Botschaft BV, S. 284 f.; Ehrenzeller, S. 684; Zollinger, S. 86.
4469 Botschaft BV, S. 284.
4470 Vgl. Konzept Sportpolitik, S. 6 ff.
4471 Konzept Sportpolitik, S. 3 und S. 9 f.
4472 Vgl. Zollinger, S. 62 ff. Zum Begriff des Staatsziels siehe Richli, N. 4 ff.

´Spirit of Sport´ entstehen zu lassen, was auch zu Zusammenhalt und Identität unserer Gesellschaft beitragen kann".[4473]

6 Gestützt auf Art. 68 BV traten alsdann am 1. Oktober 2012 das Bundesgesetz vom 17. Juni 2011 über die Förderung von Sport und Bewegung (Sportförderungsgesetz, SpoFöG; SR 415.0) sowie die Verordnung vom 23. Mai 2012 über die Förderung von Sport und Bewegung (Sportförderungsverordnung, SpoFöV; SR 415.01) in Kraft.[4474] Die bewährten und wesentlichen Stossrichtungen des sportpolitischen Konzepts flossen in das **neue Sportförderungsgesetz** ein.[4475] Der Wechsel zum Ansatz einer gesamtheitlichen Förderung des Sports hatte indes keinen substanziellen Einfluss auf den Umfang der staatlichen Sportförderung. Die Sportförderung in der Schweiz blieb auch in der Folge vom Primat des privaten Engagements als Ausfluss des Grundsatzes der Subsidiarität geprägt.[4476]

7 Gegenwärtig definiert der **Aktionsplan Sportförderung des Bundes** vom 26. Oktober 2016 die eidgenössische Sportpolitik. Der Aktionsplan wurde in Erfüllung der Motion 13.3369 der Kommission für Wissenschaft, Bildung und Kultur des Nationalrats erarbeitet und gibt eine konzeptionelle und finanzielle Gesamtschau zur künftigen Entwicklung der Sportförderung des Bundes.[4477] Ausfluss aus dem Aktionsplan ist je ein Konzept zum Breitensport und Leistungssport sowie ein Immobilienkonzept Sport.[4478]

4473 Konzept Sportpolitik, S. 2.

4474 Vgl. auch die Verordnung des VBS vom 25.5.2012 über Sportförderungsprogramme und -projekte (VSpoFöP; R 415.011), Verordnung des BASPO vom 12.7.2012 über "Jugend und Sport" (J+S-V-BASPO; SR 415.011.2), Verordnung des VBS vom 12.8.2021 über die Studiengänge an der Eidgenössischen Hochschule für Sport Magglingen (EHSM-Verordnung, EHSM-V; SR 415.012), Verordnung des VBS vom 2.12.2013 über die Gewährung von Beiträgen an Projekte der sportwissenschaftlichen Forschung (SR 415.014), Verordnung vom 29.10.2003 über den Militärsport (SR 512.38) sowie das Bundesgesetz vom 19.6.2015 über die Informationssysteme des Bundes im Bereich Sport (IBSG; SR 415.1) und die Verordnung vom 12.10. 2016 über die Informationssysteme des Bundes im Bereich Sport (IBSV; SR 415.11).

4475 Vgl. Botschaft SpoFöG, S. 8202. Letztlich löste die neue Sportförderungsgesetzgebung das sportpolitische Konzept ab (vgl. Zollinger, S. 46).

4476 Vgl. Botschaft SpoFöG, S. 8208 und S. 8252; Zollinger, S. 159 ff. Zum Grundsatz der Subsidiarität und zum Umfang der staatlichen Sportförderung siehe Rz. 16 f. hiernach.

4477 Vgl. Aktionsplan, S. 2.

4478 Vgl. Aktionsplan, S. 2 f.

B. Verfassungsrechtlicher Sportbegriff

Der Begriff des Sports wird in der Bundesverfassung nicht definiert. Er lässt sich auch nicht aus der Systematik der Bundesverfassung her- oder aus einer anderen Verfassungsbestimmung ableiten. Der Begriff des Sports findet sich denn auch nur in Art. 68 BV sowie in Art. 106 Abs. 6 BV (zur Verwendung der Reinerträge aus den Geldspielen). Auch ansonsten besteht **keine anerkannte rechtliche Definition** des Begriffs.[4479] Aufgrund des Bestrebens, den Sport gesamtheitlich zu fördern, ist allerdings von einem breiten verfassungsrechtlichen Sportbegriff auszugehen.[4480] Vor diesem Hintergrund kann auf die Definition des Sportbegriffs des Europarats zurückgegriffen werden, da diese eine gewisse internationale Akzeptanz und im Gegensatz zu anderen gängigen Definitionen eine wenig restriktive und offene Formulierung aufweist.[4481] Demnach erfasst Sport "toutes formes d'activités physiques qui, à travers une participation organisée ou non, ont pour objectif l'expression ou l'amélioration de la condition physique et psychique, le développement des relations sociales ou l'obtention de résultats en compétition de tous niveaux".[4482] Im Sinne dieses Begriffs fördert der Bund denn auch den Sport und die Bewegung im Interesse der körperlichen Leistungsfähigkeit und der Gesundheit der Bevölkerung, der ganzheitlichen Bildung und des gesellschaftlichen Zusammenhalts.[4483] 8

II. SPORT- UND BEWEGUNGSFÖRDERUNG

Art. 68 BV befindet sich bei der Aufgaben- und Kompetenzverteilung zwischen dem Bund und den Kantonen im dritten Abschnitt zur Bildung, Forschung und Kultur. In systematischer Hinsicht ist der Artikel damit Bestandteil der Bildungsverfassung, obwohl er nicht Gegenstand der Neuordnung der Verfassungsbestimmungen zur Bildung im Jahr 2006 gewesen ist.[4484] Aufgrund seiner systematischen Stellung stellt der bildungsrechtliche 9

4479 Vgl. CR-Adank, Art. 68 BV N. 2; Hügi, § 1 N. 3; Kaiser, N. 1 ff.; Zollinger, S. 10. Zur Bedeutung der Verwendung der Reinerträge aus den Geldspielen für den Sport siehe Rz. 17 hiernach.

4480 Vgl. auch BSK-Hänni, Art. 68 BV N. 2; Zollinger, S. 86 f. Zum Sportbegriff in der Sportförderungsgesetzgebung des Bundes siehe Botschaft SpoFöG, S. 8230 und Zollinger, S. 171.

4481 Vgl. Kaiser, N. 7 f.; Zen-Ruffinen, N. 3 ff.

4482 Art. 2 Ziff. 1 lit. a European Sports Charter.

4483 Vgl. Art. 1 Abs. 1 SpoFöG.

4484 Vgl. AS 2006 S. 3033 ff.

und schulsportspezifische Gehalt von Art. 68 BV – insbesondere Art. 68 Abs. 3 BV – konzeptionell ein Element des Bildungsraums Schweiz dar (vgl. Art. 61a BV).[4485] Allerdings hat die Bestimmung eine weitergehende, "eigenständige Bedeutung", soweit sie sich der Förderung des Sports über die Bildung hinaus (gesamtheitlich) widmet.[4486] Aus Art. 68 BV ergeben sich **drei unterschiedliche Arten von Bundeskompetenzen**. Während Art. 68 Abs. 1 BV als parallele und beschränkte Förderungskompetenz des Bundes eine gleichzeitige Sport- und Bewegungsförderung durch die Kantone nicht ausschliesst, verankert Art. 68 Abs. 2 BV einen Handlungsauftrag an den Bund zum Betrieb einer Sportschule. Art. 68 Abs. 3 BV enthält eine konkurrierende, nachträglich derogierende Gesetzgebungskompetenz im Bereich des Jugend- und Schulsports.[4487]

A. Absatz 1: Sportförderung

10 Gemäss Art. 68 Abs. 1 BV fördert der Bund den Sport, insbesondere die Ausbildung. Der erste Absatz des Verfassungsartikels verankert eine Bundeskompetenz und erteilt dem Bund zugleich den Auftrag, fördernd tätig zu werden. Er bildet die **verfassungsrechtliche Grundlage** für die Sport- und Bewegungsförderung des Bundes.

1. Förderungskompetenz des Bundes

11 Die **Kompetenz** zur Förderung des Sports besteht parallel zu jener der Kantone. Sie beinhaltet keine Regelungskompetenz, da aus systematischen Überlegungen andernfalls der zweite und dritte Absatz der Verfassungsbestimmung überflüssig wären.[4488] Mangels einer solchen Kompetenz kann der Bund keine Vorschriften über den Sport an sich oder zu den einzelnen Sportarten aufstellen.[4489] Die Befugnis nach Art. 68 Abs. 1 BV stellt folglich eine reine Kompetenz zur Förderung dar; sie ist darauf beschränkt.[4490] Hingegen schränkt Art. 68 Abs. 1 BV die Art und Weise, wie der Bund den Sport fördert, nicht ein. Die Förderungskompetenz ist daher gesamtheitlich zu verstehen und kann sich auf alle Sportarten und auf die

4485 Vgl. Ehrenzeller, S. 687; Biaggini, S. 705 f.
4486 Zollinger, S. 86.
4487 Vgl. Ehrenzeller, S. 684 f.; Zollinger, S. 87; vgl. auch Botschaft BV, S. 284 f.
4488 Vgl. SGK-Zen-Ruffinen, Art. 68 BV N. 4; Zollinger, S. 87.
4489 Vgl. BSK-Hänni, Art. 68 BV N. 3.
4490 Vgl. Zollinger, S. 87.

ganze Bevölkerung erstrecken.[4491] Aus der Verwendung des Begriffs des Förderns ergibt sich ferner die Form der Unterstützung. Fördern zeichnet sich in erster Linie als Unterstützung durch finanzielle Mittel aus. Zugleich bedeutet Fördern, subsidiär tätig zu werden. Im Grundsatz hat sich die (finanzielle) Unterstützung daher auf bestehende kantonale, kommunale oder private Massnahmen zu beziehen und diese gegebenenfalls zu ergänzen.[4492] Die parallele Kompetenz beschränkt sich folglich auf eine gesamtheitliche, aber subsidiäre Unterstützung des Sports namentlich in Form von finanziellen staatlichen Leistungen oder durch die Schaffung von günstigen Rahmenbedingungen.[4493] Diese Rahmenbedingungen sind wiederum weit zu fassen. Sie können beispielsweise die Schaffung eines vorteilhaften Steuersystems für die nationalen und internationalen Sportverbände und Sportvereine oder die Dopingbekämpfung zur Gewährleistung eines sauberen Sports umfassen.[4494]

Art. 68 Abs. 1 BV beinhaltet jedoch nicht nur eine Kompetenz, wonach der Bund den Sport fördern darf. Vielmehr wird der Bund durch den Verfassungsartikel auch zur Förderung des Sports verpflichtet. Insofern verankert der erste Absatz auch einen **verpflichtenden Auftrag** an den Bund.[4495] Diese Pflicht, den Sport zu fördern, steht gewissermassen in einem Spannungsverhältnis zum Grundsatz, wonach Fördern ein subsidiäres Tätigwerden des Bundes impliziert. Demzufolge lässt sich der Umfang des verfassungsrechtlichen Förderungsauftrags nicht abstrakt bestimmen. Dieser ergibt sich einerseits aus den mit der Sportförderung verbundenen politischen sowie gesellschaftlichen Zielen[4496] und andererseits aus dem Fehlen von privaten Initiativen oder privatem Engagement. Beide Faktoren können sportartspezifisch variieren, gleich- und gegenläufig sein sowie einem zeitlichen Wandel unterliegen. 12

Die Förderungskompetenz und der Förderungsauftrag beziehen sich insbesondere auf die **Ausbildung**. Dieser zweite Teilsatz des ersten Absatzes 13

4491 Vgl. BSK-Hänni, Art. 68 BV N. 3.

4492 Vgl. Zollinger, S. 19; vgl. auch CR-Adank, Art. 68 BV N. 16; SGK-Zen-Ruffinen, Art. 68 BV N. 4.

4493 Vgl. CR-Adank, Art. 68 BV N. 16; Zollinger, S. 87.

4494 Vgl. BSK-Hänni, Art. 68 BV N. 3. Zu den rechtlich kritischen Aspekten der steuerlichen Förderung siehe Zollinger, S. 285 ff.

4495 Vgl. BSK-Hänni, Art. 68 BV N. 3; Zollinger, S. 87 f.

von Art. 68 BV verdeutlicht, dass sich die Förderung gleichermassen auf den Breiten-, den leistungsorientierten Nachwuchs- und auf den Spitzensport bezieht. Damit wird zugleich anerkannt, dass der Spitzensport ein "wichtiger Motor der Sportentwicklung" ist, da er "als Motivator und Schrittmacher den Breitensport" beeinflusst sowie ein "nationaler Identitätsstifter und ein nicht zu unterschätzender Wirtschaftsfaktor" darstellt.[4497] Der zusätzliche Teilsatz erlaubt dem Bund ausserdem, die Aus- und Weiterbildung der Sportlehrkräfte finanziell zu unterstützen,[4498] die Schaffung von überregionalen, kantonalen, kommunalen oder privaten Sportschulen zu fördern sowie deren Betrieb zu koordinieren. Ohne in die Schulhoheit der Kantone einzugreifen (vgl. Art. 62 Abs. 1 BV), steht es dem Bund damit auch zu, Massnahmen zu ergreifen, um die Schulpflicht mit dem Nachwuchsleistungssport in Einklang zu bringen.[4499]

2. Sportförderungsmassnahmen auf Bundesebene

14 Wie der Umfang der verfassungsrechtlich zulässigen Förderung wird ebenso die Art der zu ergreifenden Massnahmen in Art. 68 Abs. 1 BV nicht konkretisiert.[4500] Der Verfassungsartikel schränkt die denkbaren Massnahmen im Rahmen des ansonsten verfassungsrechtlich Zulässigen aber auch nicht ein.

Gestützt auf Art. 68 Abs. 1 BV hat der Bund eine Reihe von **Förderungsmassnahmen** ergriffen. Die Förderungsmassnahmen ergeben sich aus der Bundesgesetzgebung, namentlich aus dem Sportförderungsgesetz, und sie werden in der Sportförderungsverordnung konkretisiert. Mit Blick auf die allgemeine Sport- und Bewegungsförderung unterstützt, koordiniert und initiiert der Bund zunächst Programme und Projekte zur Förderung der regelmässigen Sport- und Bewegungsaktivität auf allen Altersstufen.[4501] Darunter fällt neben dem Programm Jugend und Sport[4502] insbesondere das Programm

4496 Zu den Beweggründen der Sportförderung siehe Botschaft SpoFöG, S. 8196–8200 und Zollinger, S. 47–59.

4497 Botschaft SpoFöG, S. 8198.

4498 Zur Aus- und Weiterbildung der Lehrerinnen und Lehrer siehe auch Rz. 26 hiernach.

4499 Vgl. CR-Adank, Art. 68 BV N. 6; SGK-Zen-Ruffinen, Art. 68 BV N. 4; Zollinger, S. 88 und S. 191; vgl. auch Art. 71 Abs. 2 SpoFöV.

4500 Zur Kategorisierung der Förderungsmassnahmen siehe Zollinger, S. 19 ff.

4501 Vgl. Art. 3 Abs. 1 SpoFöG.

Erwachsenensport Schweiz (esa).[4503] Diesbezüglich engagiert sich der Bund im Wesentlichen bei der Aus- und Weiterbildung der Kaderpersonen, die Sportangebote für Personen im Erwachsenenalter leiten.[4504] Überdies unterstützt der Bund die Sportverbände.[4505] Der Dachverband des Schweizer Sports (Swiss Olympic) erhält einen jährlichen Beitrag zur Förderung, Entwicklung und Unterstützung des Schweizer Sports, wobei das Bundesamt für Sport (BASPO) mit dem Dachverband einen Leistungsvertrag abschliesst, der insbesondere die Geld-, Dienst- und Sachleistungen des Bundes an den Dachverband sowie deren Weiterleitung an die nationalen Sportverbände regelt.[4506] Der Bund sorgt im Rahmen seiner Zuständigkeiten dafür, dass internationale Sportverbände für ihre Tätigkeit in der Schweiz gute Rahmenbedingungen vorfinden.[4507] In diesem Zusammenhang ist unter anderem die – teilweise kritisierte – Befreiung der internationalen Sportverbände von der direkten Bundessteuer zu nennen.[4508] Weitere Finanzhilfen kann der Bund für Sportanlagen von nationaler Bedeutung ausrichten.[4509] Im Zusammenhang mit der Sportinfrastruktur erstellt der Bund ein Nationales Sportanlagenkonzept (NASAK),[4510] das den Bestand der vorhandenen Sportanlagen von nationaler Bedeutung, den Bedarf an Sportanlagen sowie die Realisierungsprioritäten und die Kostenfolgen aufzeigt.[4511] Das BASPO führt im Übrigen je ein Kurs- und Ausbildungszentrum in Magglingen und in Tenero.[4512]

Nebst diesen Massnahmen zur allgemeinen Sport- und Bewegungsförderung unterstützt der Bund die **Förderung des leistungsorientierten** 15

4502 Zum Programm Jugend und Sport siehe Rz. 22 hiernach.

4503 Vgl. Art. 32 ff. SpoFöV; Art. 64 ff. VSpoFöP; vgl. auch SGK-Zen-Ruffinen, Art. 68 BV N. 16; Zollinger, S. 177 f.

4504 Vgl. Art. 32 Abs. 1 SpoFöV.

4505 Vgl. Art. 4 Abs. 1 SpoFöG; vgl. auch SGK-Zen-Ruffinen, Art. 68 BV N. 17; Zollinger, S. 182 f.

4506 Vgl. Art. 41 Abs. 1 und Abs. 2 SpoFöV. Zum Verhältnis zwischen dem BASPO und Swiss Olympic sowie zu den Leistungsvereinbarungen siehe Hafner, N. 192 und Zollinger, S. 269–273.

4507 Vgl. Art. 4 Abs. 3 SpoFöG.

4508 Vgl. Rundschreiben der Eidgenössischen Steuerverwaltung (ESTV) vom 12.12.2008; Diaconu, S. 15 ff.; Urteile 2C_314/2016 und 2C_315/2016 vom 17.7.2017 E. 2.2.2; 2C_383/2010 vom 28.12.2010 E. 3.3; vgl. neuerlich auch Urteil 2C_82/2021 vom 8.12.2021 E. 4. Zu den rechtlich kritischen Aspekten der Steuerbefreiung siehe Koller T., S. 61 ff. und Zollinger, S. 285 ff.

4509 Vgl. Art. 5 Abs. 2 SpoFöG; vgl. auch SGK-Zen-Ruffinen, Art. 68 BV N. 21; Zollinger, S. 197 ff.

4510 Vgl. Art. 5 Abs. 1 SpoFöG.

4511 Vgl. Art. 42 Abs. 2 SpoFöV.

Nachwuchssports und des Spitzensports.[4513] Hierzu erbringt er insbesondere Dienstleistungen zur Unterstützung von Spitzensportlerinnen und -sportlern in der Leistungsentwicklung und unterstützt die Aus- und Weiterbildung von Trainerinnen und Trainern im leistungsorientierten Nachwuchssport und im Spitzensport.[4514] Von erheblicher Bedeutung in der Förderung des Spitzensports ist zudem die Möglichkeit für Spitzensportlerinnen und Spitzensportler, den obligatorischen und freiwilligen Militärdienst für die Leistungsentwicklung und Wettkämpfe zu nutzen.[4515] Gestützt auf die entsprechende gesetzliche Vorgabe regelt die Verordnung vom 29. Oktober 2003 über den Militärsport (SR 512.38) Massnahmen zur Förderung des Spitzensports im Militärdienst. Als solche Massnahme bietet der Bund beispielsweise die Spitzensport-Rekrutenschule[4516] oder die Anstellung als Person des Zeitmilitärs[4517] an. Ferner kann der Bund internationale Sportanlässe und -kongresse in der Schweiz, die von europäischer oder weltweiter Bedeutung sind, unterstützen, sofern sich die Kantone angemessen an den Kosten beteiligen.[4518] In diesem Rahmen kann sich der Bund an den Kosten der Kandidatur für **internationale Sportanlässe und -kongresse** und von deren Durchführung beteiligen.[4519] Schliesslich schafft der Bund unter dem Titel der Fairness und Sicherheit die Voraussetzungen für einen sauberen und transparenten Sport, indem er die unerwünschten Begleiterscheinungen des Sports bekämpft.[4520] Hierzu stellt er Vorschriften über die Dopingbekämpfung auf[4521] und ergreift Massnahmen gegen die Wettkampfmanipulation.[4522] Ausserdem bietet

4512 Vgl. Art. 26 Abs. 3 SpoFöG; vgl. auch Immobilienkonzept Sport, S. 6 f.

4513 Vgl. Art. 16 Abs. 1 SpoFöG; Art. 71 SpoFöV; vgl. auch SGK-Zen-Ruffinen, Art. 68 BV N. 22; Zollinger, S. 189 ff. Zur Situation im Leistungssport und zu den staatlichen Massnahmen der Leistungssportförderung im Detail siehe SPLISS 2019, Leistungssportkonzept, SPLISS 2011 sowie Zollinger, S. 257 ff. und S. 305 f.

4514 Vgl. Art. 16 Abs. 2 lit. a und lit. b SpoFöG.

4515 Vgl. Art. 16 Abs. 2 lit. c SpoFöG; vgl. auch Zollinger, S. 207 ff.

4516 Vgl. Art. 27b Abs. 1 der Verordnung über den Militärsport.

4517 Vgl. Art. 27b Abs. 3 und Art. 27c der Verordnung über den Militärsport.

4518 Vgl. Art. 17 Abs. 1 SpoFöG; vgl. auch SGK-Zen-Ruffinen, Art. 68 BV N. 19 f.; Zollinger, S. 192 ff.

4519 Vgl. Art. 72 Abs. 1 und Abs. 5 SpoFöV.

4520 Vgl. Art. 18 Abs. 1 SpoFöG.

4521 Vgl. Art. 19 ff. SpoFöG; Art. 73 ff. SpoFöV; vgl. auch SGK-Zen-Ruffinen, Art. 68 BV N. 8.

4522 Vgl. Art. 25a ff. SpoFöG; Art. 78a SpoFöV; vgl. auch SGK-Zen-Ruffinen, Art. 68 BV N. 12; Zollinger, S. 194 ff.

die bestehende gesetzliche Grundlage nach der hier vertretenen Auffassung auch Hand, systemische Probleme wie etwa die physischen und psychischen Missbräuche im Sport als **unerwünschte Begleiterscheinungen** zu bekämpfen. Der Bund kann namentlich seine Finanzhilfen von entsprechenden verbandsinternen Bekämpfungs-, Aufklärungs- und Kontrollmassnahmen abhängig machen.[4523]

3. Finanzielles Engagement von Bund, Kantonen und Gemeinden im Bereich des Sports

Wie bereits angesprochen, wird die staatliche Sportförderung in der Schweiz 16
vom **Primat des privaten Engagements** und vom **Grundsatz der Subsidiarität** geprägt.[4524] Dies bedeutet, dass die privaten Sportverbände und Sportvereine die Trägerschaft und Basis des Schweizer Sports bilden.[4525] Damit einher geht ein nur schwer quantifizierbares ehrenamtliches Engagement.[4526] Dieses Milizprinzip hat im Schweizer Sport "eine lange Tradition" und entlastet den Staat in finanzieller Hinsicht.[4527] Überdies finanzieren der Bund sowie die Kantone und Gemeinden lediglich einen geringen Teil der gesamten Sportförderung.[4528] Der staatliche Anteil an der Finanzierung des Sports wird in der Schweiz auf 5 % geschätzt.[4529] Dabei beliefen sich die Gesamtausgaben des Bundes für den Sport im Jahr 2010 auf Fr. 190 Mio., während die Kantone Fr. 232 Mio. und die Gemeinden Fr. 1.35 Mrd. aufwendeten.[4530] Die kantonalen und kommunalen Ausgaben zugunsten des Sports blieben in den Folgejahren in der Summe weitestgehend konstant: Im Jahr 2018 beliefen sich die kantonalen Ausgaben auf Fr. 290 Mio. und jene der Gemeinden auf Fr. 1.26 Mrd.[4531]

4523 Vgl. Art. 18 Abs. 2 SpoFöG.

4524 Zum Primat des privaten Engagements siehe Rz. 6 i.f. hiervor. Zum Gehalt des Grundsatzes der Subsidiarität siehe Koller H., S. 677 ff. und Zollinger, S. 159 ff.

4525 Vgl. SPLISS 2019, S. 17; SPLISS 2011, S. 18; vgl. auch Hugi, § 7 N. 3. Zum Verhältnis zwischen den nationalen und internationalen Sportverbänden siehe Hafner, N. 23 ff. und N. 105 ff. sowie Pachmann, S. 24 ff.

4526 Der Wert des unentgeltlichen ehrenamtlichen Engagements wird auf jährlich ca. Fr. 2 Mrd. geschätzt (vgl. Breitensportkonzept, S. 16).

4527 Botschaft SpoFöG, S. 8199.

4528 Für einen Überblick zu den geldgebenden Akteuren im (Leistungs-)Sport und deren Beitrag vgl. Breitensportkonzept, S. 16 f.; Hugi, § 10 N. 31 ff.; Leistungssportkonzept, S. 17 und S. 23 f.; SPLISS 2019, S. 23 f.; SPLISS 2011, S. 23 f.; Zollinger, S. 262 ff.

4529 Vgl. Diaconu, S. 10.

4530 Vgl. Breitensportkonzept, S. 17.

17 Das Bundesgesetz vom 29. September 2017 über Geldspiele (Geldspielgesetz, BGS; SR 935.51) verpflichtet die Kantone, die Reingewinne aus Lotterien und Sportwetten vollumfänglich für gemeinnützige Zwecke unter anderem im Bereich des Sports zu verwenden (vgl. auch Art. 106 Abs. 6 BV).[4532] Rund die Hälfte der kantonalen Ausgaben zugunsten des Sports wird durch die Ausschüttung des Reingewinns der beiden Landeslotterien SWISSLOS Interkantonale Landeslotterie Genossenschaft[4533] und Société de la loterie de la Suisse romande[4534] finanziert.[4535] Im Jahr 2020 schütteten die beiden Lotteriegesellschaften zusammen einen Betrag von Fr. 178 Mio. zugunsten des Schweizer Sports aus. Davon flossen rund Fr. 120.9 Mio. an die Kantone zwecks Förderung des Breitensports und der Sportinfrastruktur. Fr. 57.1 Mio. gelangten an die Sport-Toto-Gesellschaft, die diese Mittel an Swiss Olympic, an den Schweizer Fussball, an das Schweizer Eishockey und an die Schweizer Sporthilfe weiterleitete.[4536] Ab dem 1. Januar 2023 übernimmt die (neue) **Stiftung Sportförderung Schweiz** die Aufgaben der Sport-Toto-Gesellschaft.[4537]

B. Absatz 2: Sportschule

18 Art. 68 Abs. 2 BV bestimmt, dass der Bund eine Sportschule betreibt. Die Idee einer eidgenössischen Sportschule entstand unter dem Eindruck des Zweiten Weltkriegs, um die Wehrfähigkeit der (männlichen) Bevölkerung zu verbessern. Mit Bundesbeschluss vom 3. März 1944 wurde die Eidgenössische Turn- und Sportschule Magglingen mit dem Zweck geschaffen, militärische Lehrkräfte auszubilden.[4538] Deren Betrieb wurde zunächst in der Verordnung vom 7. Januar 1947 zur Förderung von Turnen und Sport geregelt. Im Zuge der Schaffung des Verfassungsartikels fand die Sportschule in Art. 27^{quinquies} Abs. 3

4531 Vgl. SPLISS 2019, S. 23 f.

4532 Vgl. Art. 125 Abs. 1 BGS; vgl. auch Gesamtschweizerisches Geldspielkonkordat vom 20. Mai 2019 (GSK; Concordat de 20 mai 2019 sur les jeux d'argent au niveau suisse).

4533 Vgl. Art. 1 Abs. 1 der Interkantonalen Vereinbarung vom 20.5.2019 betreffend die gemeinsame Durchführung von Geldspielen; vgl. auch Art. 1 Abs. 1 der Interkantonalen Vereinbarung vom 26.5.1937 betreffend die gemeinsame Durchführung von Lotterien.

4534 Vgl. Art. 4 f. der Convention romande de 25 novembre 2019 sur les jeux d'argent.

4535 Im Jahr 2010 überwiesen die beiden Lotteriegesellschaften rund Fr. 108 Mio. an die kantonalen Sportfonds (vgl. Breitensportkonzept, S. 17).

4536 Vgl. Sport-Toto, Jahresbericht 2020, S. 4. Zur Sport-Toto-Gesellschaft siehe Zollinger, S. 17 f.

4537 Vgl. Art. 32 ff. und Art. 73 Abs. 9 GSK.

4538 Vgl. Botschaft 1969, S. 1033; SGK-Zen-Ruffinen, Art. 68 BV N. 24; Zollinger, S. 39.

aBV eine ausdrückliche verfassungsrechtliche Verankerung.[4539] Der Betrieb der – mittlerweile umbenannten – **Eidgenössischen Hochschule für Sport Magglingen (EHSM)** ist seit der Totalrevision der Bundesverfassung im Jahr 1999 in Art. 68 Abs. 2 BV festgehalten. Der Bund ist zum Betrieb einer Sportschule verpflichtet, da der Absatz die Existenz einer eidgenössischen Sportschule explizit vorsieht. Indessen hat der Bund bei der konkreten Ausgestaltung der Sportschule sowohl in inhaltlicher als auch in organisatorischer Hinsicht einen Spielraum. Art. 68 Abs. 2 BV verankert damit einen blossen Handlungsauftrag. Die Stellung und Aufgaben der EHSM werden alsdann in der Bundesgesetzgebung konkretisiert. Demgemäss führt der Bund eine Hochschule für Sport mit sportwissenschaftlicher Lehre, Forschung und Dienstleistung sowie Aus- und Weiterbildung im Tertiärbereich.[4540]

19 Die EHSM ist eine Organisationseinheit des BASPO und leistet einen Beitrag zur nationalen Sport- und Bewegungsförderung.[4541] Diese Aufgabe nimmt sie insbesondere wahr, indem sie eine "wesentliche Rolle bei der Koordination der in der Schweiz angebotenen Sportstudien" spielt und sich in der "anwendungsorientierten und interdisziplinären sportwissenschaftlichen Forschung und Entwicklung" engagiert.[4542] Die EHSM geniesst in der Lehre und Forschung Autonomie.[4543] Sie gilt als Hochschule im Sinne des Bundesgesetzes vom 30. September 2011 über die Förderung der Hochschulen und die Koordination im schweizerischen Hochschulbereich (Hochschulförderungs- und -koordinationsgesetz, HFKG; SR 414.20).[4544] Der EHSM kommen drei **Hauptaufgaben** zu: Sie erbringt praxisorientierte Aus- und Weiterbildungen, anwendungsbasierte Forschung und Entwicklung sowie Dienstleistungen.[4545] Im Bereich der Lehre bietet sie einen Bachelorstudiengang sowie einen Masterstudiengang an. Sie kann im Übrigen Weiterbildungsstudiengänge und sonstige Weiterbildungsangebote betreiben.[4546] Von besonderer Bedeutung im Bereich der Forschung und

4539 Zur Entstehungsgeschichte siehe Rz. 2 f. hiervor.
4540 Vgl. Art. 14 Abs. 1 SpoFöG.
4541 Vgl. Art. 55 Abs. 1 SpoFöV; Zollinger, S. 44.
4542 Botschaft SpoFöG, S. 8203; vgl. auch Zollinger, S. 186 ff.
4543 Vgl. Art. 55 Abs. 3 SpoFöV.
4544 Vgl. Art. 2 HFKG.
4545 Vgl. Art. 55 Abs. 2 SpoFöV.
4546 Vgl. Art. 57 SpoFöV; Art. 60 ff. SpoFöV; Art. 1 ff. EHSM-V.

Entwicklung ist die Erfüllung von Aufgaben der Ressortforschung des Bundes im Bereich Sport und Bewegung – namentlich für Politikberatung, Expertise, Evaluation und Monitoring.[4547] Sie ist damit "das Forschungszentrum des Bundes im Bereich des Sports".[4548] Die (entgeltlichen) Dienstleistungen der EHSM beziehen sich insbesondere auf die Bereiche Sportmedizin, Physiotherapie und Leistungsdiagnostik.[4549] Überdies kann der Bund auch ausserhalb der EHSM die sportwissenschaftliche Forschung in Form von Forschungsbeiträgen unterstützen.[4550] Wesentliches Element der eidgenössischen Förderung der sportwissenschaftlichen Forschung bildet ein Forschungskonzept, das das BASPO für eine Dauer von jeweils vier Jahren erarbeitet.[4551] Das Forschungskonzept fügt sich in die forschungspolitische Planung und Koordination nach dem Bundesgesetz vom 14. Dezember 2012 über die Förderung der Forschung und der Innovation (FIFG; SR 420.1) ein.[4552]

C. Absatz 3: Jugend- und Schulsport

20 Laut Art. 68 Abs. 3 BV kann der Bund Vorschriften über den Jugendsport erlassen und den Sportunterricht an den Schulen obligatorisch erklären.

1. Jugendsport

21 Art. 68 Abs. 3 BV räumt dem Bund zunächst eine konkurrierende, nachträglich derogierende Gesetzgebungskompetenz im Bereich des Jugendsports ein. Dem Bund kommt damit die Befugnis zu, im Jugendsport über die in Art. 68 Abs. 1 BV vorgesehene Förderung hinaus abschliessend zu legiferieren. Der Bund hat bis anhin indes **keine abschliessenden Regelungen** erlassen, womit es auch den Kantonen weiterhin möglich ist, Vorschriften über den Jugendsport aufzustellen, soweit sie nicht den bestehenden Bundesvorgaben widersprechen (vgl. Art. 49 Abs. 1 BV). Der

4547 Vgl. Art. 58 Abs. 2 SpoFöV; vgl. auch Art. 67 SpoFöV.

4548 SGK-Zen-Ruffinen, N. 26 zu Art. 68 BV; vgl. Art. 67 SpoFöV.

4549 Vgl. Botschaft SpoFöG, S. 8214. Zur Entgeltlichkeit der Dienstleistungen siehe Art. 29 SpoFöG und die Verordnung vom 15.11.2017 über die Gebühren des Bundesamts für Sport (GebV-BASPO; SR 415.01). Vgl. insb. Art. 3 lit. g und lit. h GebV-BASPO.

4550 Vgl. Art. 15 SpoFöG; Art. 66 ff. SpoFöV; Art. 1 der Verordnung über die Gewährung von Beiträgen an Projekte der sportwissenschaftlichen Forschung; vgl. auch Zollinger, S. 188 f.

4551 Vgl. Art. 66 Abs. 2 SpoFöV; Forschungskonzept 2021–2024.

4552 Vgl. Art. 66 Abs. 1 SpoFöV.

Jugendsport betrifft den freiwilligen Sport der Kinder und Jugendlichen innerhalb und ausserhalb der Schule.[4553] Nach der bestehenden gesetzlichen Regelung erfasst der Jugendsport im Grundsatz die Kinder ab dem 1. Januar des Jahres, in dem sie fünf Jahre alt werden. Die Teilnahme am Jugendsport endet am 31. Dezember des Jahres, in dem die Jugendlichen ihr 20. Altersjahr vollenden.[4554]

Während sich der Bund ansonsten weitestgehend auf die Unterstützung bestehender Förderungsmassnahmen beschränkt, führt er im Bereich Jugendsport ein eigenes Programm – das **Programm "Jugend und Sport"**. Dieses Programm soll die Entwicklung und Entfaltung der Kinder und Jugendlichen unterstützen und ihnen ermöglichen, den Sport ganzheitlich zu erleben.[4555] Im Weiteren bezweckt es die Förderung des kinder- und jugendgerechten Sports unter Berücksichtigung der Grundsätze der Fairness und der Sicherheit. Es soll die Einbettung der Kinder und Jugendlichen in eine Sportgemeinschaft fördern sowie die Entwicklung und Entfaltung junger Menschen unter pädagogischen, sozialen und gesundheitlichen Gesichtspunkten unterstützen.[4556] Das Programm steht einerseits im Lichte der allgemeinen Sport- und Bewegungsförderungskompetenz im Sinne von Art. 68 Abs. 1 BV. Andererseits hat der Bund das Programm im Rahmen seiner Gesetzgebungskompetenz von Art. 68 Abs. 3 BV abschliessend geregelt.[4557] Er übernimmt "wesentliche Vollzugsaufgaben selbst" und trägt die "Hauptverantwortung" für das Programm, auch wenn dieses "in partnerschaftlicher Zusammenarbeit" mit den Sportverbänden geführt und teilweise von den Kantonen mit ihren J+S-Ämtern vollzogen wird.[4558] Im Rahmen dieser Zusammenarbeit richtet der Bund Beiträge an Kurse und Lager sowie an die Kaderbildung der Kantone und der privaten Organisationen aus.[4559]

22

4553 Vgl. Botschaft BV, S. 284.
4554 Vgl. Art. 6 Abs. 3 SpoFöG.
4555 Vgl. Art. 6 Abs. 2 SpoFöG.
4556 Vgl. Art. 2 Abs. 1 SpoFöV.
4557 Vgl. Art. 6 ff. SpoFöG; Art. 2 ff. SpoFöV; Art. 2 ff. VSpoFöP; Art. 2 ff. J+S-V-BASPO; vgl. auch Zollinger, S. 178 ff.
4558 Botschaft SpoFöG, S. 8203 und S. 8211 f. Zur Durchführung siehe Art. 29 f. SpoFöV.
4559 Vgl. Art. 11 Abs. 1 SpoFöG; Art. 22 ff. SpoFöV; Art. 44 ff. VSpoFöP; vgl. auch Urteil 2C_136/2015 vom 10.2.2015 E. 1.

2. Schulsport

23 Die derogierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes im Bereich des Schulsports erlaubt es dem Bundesgesetzgeber, punktuell in die Schulhoheit der Kantone (vgl. Art. 62 Abs. 2 BV) einzugreifen und in diesem Zuge, den Schulsport für obligatorisch zu erklären.[4560] Der Schulsport war bereits ab dem Jahr 1907 für die Knaben ab dem siebten Schuljahr obligatorisch und wurde in der Verordnung vom 7. Januar 1947 über die Förderung von Turnen und Sport auf drei Wochenstunden fixiert.[4561] Nachdem die Kompetenz des Bundes, den Schulsport für obligatorisch zu erklären, in Art. 27quinquies Abs. 1 aBV verankert worden war, erklärte der Bund den Turn- und Sportunterricht an allen Volks-, Mittel- und Berufsschulen einschliesslich Seminaren und Lehramtsschulen für sämtliche Schülerinnen und Schüler für obligatorisch.[4562] In Art. 1 Abs. 1 der Verordnung vom 26. Juni 1972 zum Bundesgesetz über die Förderung von Turnen und Sport legte der Bundesrat wiederum fest, dass an den Volks- und Mittelschulen in der Woche mindestens drei Stunden Turn- und Sportunterricht zu erteilen sind.[4563] Nunmehr erklärt die gegenwärtig geltende Sportförderungsgesetzgebung den Sportunterricht in der obligatorischen Schule und auf der Sekundarstufe II für obligatorisch.[4564] Weiter bestimmt das Sportförderungsgesetz, dass in der obligatorischen Schule mindestens **drei Lektionen Sportunterricht pro Woche** obligatorisch sind.[4565] Aus der Sportförderungsverordnung ergibt sich ferner, dass an den Mittelschulen, die nicht mehr zu den obligatorischen Schulen zählen,[4566] pro Schuljahr mindestens 110 Lektionen Sportunterricht regelmässig über das ganze Schuljahr verteilt zu erteilen sind.[4567] Das

4560 Vgl. Ehrenzeller, S. 685; BSK-Hänni, Art. 68 BV N. 10; Zollinger, S. 89 und S. 183 ff.

4561 Zur Entstehungsgeschichte siehe Rz. 2 hiervor.

4562 Vgl. Art. 2 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 17.3.1972 über die Förderung von Turnen und Sport. Zur Entstehungsgeschichte siehe Rz. 3 f. hiervor.

4563 Vgl. AS 1972 S. 1009.

4564 Vgl. Art. 12 Abs. 2 SpoFöG; vgl. auch Urteil 2C_824/2019 vom 31.1.2020 E. 4.1. Gemäss Art. 48 SpoFöV gelten als obligatorische Schulen die aufgrund der kantonalen Gesetzgebung obligatorisch zu besuchenden Kindergartenjahre, die Klassen der Primarstufe und die Klassen der Sekundarstufe I sowie als Schulen der Sekundarstufe II die Mittelschulen, namentlich die Gymnasien und die Fachmittelschulen.

4565 Vgl. Art. 12 Abs. 4 SpoFöG; vgl. auch Art. 49 Abs. 2 SpoFöV; Urteil 2C_824/2019 vom 31.1.2020 E. 4.2.

4566 Vgl. Art. 48 SpoFöV.

4567 Vgl. Art. 49 Abs. 3 SpoFöV.

Bundesgericht kam im Zusammenhang mit dieser Verordnungsbestimmung zu den Mittelschulen zum Schluss, dass mit der Regelung von 110 Lektionen pro Schuljahr eine flexible Umsetzung ermöglicht werden sollte. Die erforderliche Regelmässigkeit bedinge nicht, dass (auch) an den Mittelschulen wöchentlich drei Lektionen Sport unterrichtet würden.[4568] Über den Sportunterricht hinaus sollen die Kantone im Rahmen des schulischen Unterrichts die täglichen Sport- und Bewegungsmöglichkeiten fördern.[4569]

Zur **Reichweite der Bundeskompetenz im Bereich des Schulsports** – mithin zur Frage, ob der Bund das Schulsportobligatorium qualitativ und quantitativ konkretisieren darf – herrschen zumindest in der Lehre unterschiedliche Auffassungen, während diese Frage in der Rechtsprechung als geklärt erscheint.[4570] Die Lehre ist sich im Wesentlichen darüber uneinig, ob Art. 68 Abs. 3 BV eher isoliert und gestützt auf eine teleologische Auslegung zu deuten sei, oder ob die Verfassungsbestimmung im Rahmen der Bildungsverfassung und daher mit besonderem Gewicht auf ihre systematische Stellung auszulegen sei. Letztere Auffassung vertritt Ehrenzeller: Er argumentiert vor einem föderalistischen Hintergrund, Art. 68 Abs. 3 BV sei im Kontext der kantonalen Schulhoheit zu lesen. Art. 62 Abs. 2 BV bestimme, dass die Kantone für einen ausreichenden Grundschulunterricht sorgten. Dies gelte auch für den Schulsport. Entsprechend dürfe der Bund mit Blick auf den Schulsport nicht weiter konkretisieren, was als ausreichend zu gelten habe.[4571] Die andere Ansicht äussert Biaggini, der bei seiner Argumentation das Gewicht auf den Sinn und Zweck des Schulsportobligatoriums legt. Ein Obligatorium mache nur Sinn, wenn es auch verwirklicht werde. Stünde dem Bund nicht auch die Befugnis zu, die Art und den Umfang des Schulsportobligatoriums zu regeln, könnte das Obligatorium mit einer ungenügenden kantonalen Umsetzung ohne Weiteres unterwandert werden. Demnach enthalte Art. 68 Abs. 3 BV eine stillschweigende Bundeskompetenz zur Regelung des qualitativen und quantitativen Mindestumfangs des Schulsports.[4572] Die weiteren Lehrmeinungen anerkennen grundsätzlich das föderalistische Argument der kantonalen Schulhoheit, fügen der Debatte jedoch ein

24

4568 Vgl. Urteil 2C_824/2019 vom 31.1.2020 E. 7.
4569 Vgl. Art. 12 Abs. 1 SpoFöG.
4570 Zur Rechtsprechung siehe Rz. 25 hiernach.
4571 Vgl. Ehrenzeller, S. 686 und S. 688 f.
4572 Vgl. Biaggini, S. 700 ff.

verfassungsgebungshistorisches Element hinzu. Seit dem Jahr 1947 wird das Schulsportobligatorium auf Verordnungsstufe ausdrücklich mit drei Wochenstunden dotiert. Weder im Rahmen der Schaffung des Verfassungsartikels im Jahr 1970 noch mit der Totalrevision der Bundesverfassung im Jahr 1999 oder der Neuordnung der Verfassungsbestimmungen zur Bildung im Jahr 2006 wurde der Umfang des Schulsportobligatoriums effektiv infrage gestellt. Das Volk und die Stände hätten sich bei diesen Gelegenheiten jeweils abweichend zur verordnungsrechtlichen Regelung äussern und Art. 68 Abs. 3 BV konkreter fassen können. Da eine solche Konkretisierung des Verfassungsartikels unterblieb, wird mehrheitlich die Ansicht vertreten, dem Bund komme auch die verfassungsrechtliche Befugnis zu, die Ausgestaltung des Schulsportobligatoriums zu regeln.[4573] Vor diesem Hintergrund und nach der hier vertretenen Auffassung erweist sich der Regelungsgehalt der Sportförderungsgesetzgebung zum Schulsport(-obligatorium) als verfassungskonform.

25 Die Debatte wird – zumindest mit Blick auf den quantitativen Umfang des Schulsportobligatoriums – auch von den Kantonen gelegentlich geführt, da die kantonale Umsetzung des Obligatoriums die Verfügbarkeit einer ausreichenden (Schul-)Sportinfrastruktur voraussetzt und die Reduktion der Anzahl Lektionen an Sportunterricht mit einer Kostenersparnis einherginge.[4574] Die diesbezügliche Diskussion war auch bereits **Gegenstand (bundes-)gerichtlicher Verfahren**. In diesem Zusammenhang hielt das Bundesgericht zunächst fest, dass die Streichung von Turn- und Sportlektionen grundsätzlich ein zulässiges Anfechtungsobjekt darstelle, da die Reduktion der Lektionen geeignet sei, Rechte und Pflichten der Schülerinnen und Schüler zu berühren.[4575] Sodann erwog das Bundesgericht, dass die Umsetzung der bundesrechtlichen Vorgabe von drei Lektionen Sportunterricht im Lichte der Rechtsweggarantie von Art. 29a BV im Grundsatz einer gerichtlichen Kontrolle zugänglich sein müsse.[4576] In einem wegweisenden Urteil aus dem Jahr 2017 rügte das Bundesgericht den Kanton Genf, der in der Stundentafel der obligatorischen Schulen für das Schuljahr

4573 Vgl. SGK-Zen-Ruffinen, Art. 68 BV N. 33; Zollinger, S. 90.

4574 Vgl. BSK-Hänni, Art. 68 BV N. 11 vgl. auch Urteile 2C_824/2019 vom 31.1.2020 E. 5; 2C_272/2012 vom 9.7.2012 E. 5.

4575 Vgl. Urteil 2C_272/2012 vom 9.7.2012 E. 4.

4576 Vgl. Urteil 2C_709/2020 vom 18.6.2021 E. 4.4.

2016/2017 weniger als drei Sportlektionen vorsah. Es hielt fest, es sei unbestritten, dass der Kanton Genf drei Lektionen Sportunterricht an den obligatorischen Schulen vorsehen müsse und er dieser bundesrechtlichen Vorgabe nicht nachkomme.[4577] Das Bundesgericht gelangte zum Schluss, "il appartient au canton d'introduire une troisième période d'éducation physique hebdomadaire pour tous les niveaux de l'école obligatoire dans les plus brefs délais".[4578]

Nicht 26
umstritten ist die Bundeskompetenz zum Sport an den **Berufsfachschulen**, da dem Bund ebenso die Befugnis zukommt, Vorschriften über die Berufsbildung zu erlassen (vgl. Art. 63 Abs. 1 BV). Der Bundesrat legt die Mindestlektionenanzahl und qualitativen Grundsätze für den Sportunterricht an den Berufsfachschulen fest.[4579] Der Sportunterricht ist auch an den Berufsfachschulen obligatorisch,[4580] wobei sich der Umfang nach der berufsabhängigen Grundbildung richtet.[4581] Schliesslich enthält Art. 68 Abs. 3 BV eine implizite Kompetenz, einen Mindeststandard für die Aus- und Weiterbildung von Lehrerinnen und Lehrern zu erlassen, die den obligatorisch erklärten Schulsport unterrichten. Die Begründung dieser Kompetenz folgt der gleichen Logik und den gleichen Überlegungen, die zur Bundeskompetenz, wonach der Bund das Schulsportobligatorium qualitativ und quantitativ konkretisieren darf, bereits erläutert worden sind.[4582] Das Sportförderungsgesetz sieht diesbezüglich jedoch bloss vor, dass der Bund in Zusammenarbeit mit den Kantonen die Aus- und Weiterbildung der Lehrerinnen und Lehrer unterstützen kann, die Sportunterricht erteilen.[4583]

Zum Autor

Dr. iur. Marco Zollinger, Rechtsanwalt, ist Gerichtsschreiber an der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts in Lausanne. Er hat sich im Rahmen seiner Dissertation eingehend mit den rechtlichen Rahmenbedingungen der staatlichen Sportförderung in der

4577 Vgl. Urteil 2C_901/2016 vom 24.5.2017 E. 6.2.
4578 Urteil 2C_901/2016 vom 24.5.2017 E. 6.4.
4579 Vgl. Art. 12 Abs. 5 SpoFöG.
4580 Vgl. Art. 51 SpoFöV.
4581 Vgl. Art. 52 SpoFöV.
4582 Zur Begründung siehe Rz. 24 hiervor.
4583 Vgl. Art. 13 Abs. 1 SpoFöG; vgl. auch Art. 54a ff. SpoFöV.

Schweiz befasst. Gegenwärtig publiziert er regelmässig Beiträge im Bereich des Verwaltungs- und Staatsrechts sowie des öffentlichen Verfahrensrechts.

EMPFOHLENE WEITERFÜHRENDE LEKTÜRE

Diem Carl, Weltgeschichte des Sports und der Leibeserziehung, Stuttgart 1960.

Eichenberger Lutz, Die Eidgenössische Sportkommission 1998–2011, Chronik der letzten Jahre, Magglingen 2012.

Eichenberger Lutz, Die Eidgenössische Sportkommission 1874–1997, Ein Beitrag zur Sportpolitik des Bundes, Magglingen 1998.

Eichenberger Lutz, Die Eidgenössische Sportschule Magglingen 1944–1994, 50 Jahre im Dienst der Sportförderung, Magglingen 1994.

Henning Evelyn, Sport und Gemeinnützigkeit, Stuttgart/München 2005.

Hotz Arturo, Fakten und Facetten zur Sportentwicklung in der Schweiz sowie zur Geschichte der Schweizer Sportpolitik seit 1874, Magglingen 2004.

Jenny Viktor K., Die öffentliche Sportförderung in der Schweiz, Unter besonderer Berücksichtigung des Bundesgesetzes vom 17.3.1972 über die Förderung von Turnen und Sport, Ahrensburg 1978.

Kempf Hippolyt/Lichtsteiner Hans, Das System Sport – in der Schweiz und international, 2. Aufl., Magglingen 2015.

Kennel Georg, Sport-Toto als subsidiärer Sportförderer, in: Bundesamt für Sport BASPO (Hrsg.), Die öffentliche Sportförderung in der Schweiz: Bestätigung oder Handlungsbedarf?, 38. Magglinger Symposium 19.–21. September 1999, Schriftenreihe des BASPO Nr. 76, Magglingen 1999.

Krogmann Mario, Grundrechte im Sport, Berlin 1998.

Langer Mathias, Öffentliche Förderung des Sports, Eine ordnungspolitische Analyse, Berlin 2006.

Thom Volker, Sportförderung und Sportförderungsrecht als Staatsaufgabe, Frankfurt am Main 1992.

LITERATURVERZEICHNIS

Adank Nathalie F., Art. 68 BV, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques, Constitution fédérale, Commentaire Romand, Basel 2021.

Biaggini Giovanni, Zur Tragweite der Sportschul-Klausel, Art. 68 Abs. 3 BV nach der Revision der Bildungsartikel, in: Caroni Martina/Heselhaus Sebastian/Mathis Klaus/Norer Roland (Hrsg.), Auf der Scholle und in lichten Höhen, Festschrift für Paul Richli zum 65. Geburtstag, Zürich/St. Gallen 2010.

Botschaft zum Sportförderungsgesetz und zum Bundesgesetz über die Informationssysteme des Bundes im Bereich Sport vom 11.11.2009, BBl 2009 8189 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2009/1425/de, besucht am 24.9.2021. (zit.: Botschaft SpoFöG)

Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20.11.1996, BBl 1997 I 1 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1997/1_1_1_1/de, besucht am 3.10.2021. (zit.: Botschaft BV)

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Förderung von Turnen und Sport vom 1.9.1971, BBl 1971 II 789 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1971/2_789_785_509/de, besucht am 3.10.2021. (zit.: Botschaft 1971)

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Ergänzung der Bundesverfassung durch einen Artikel 27^{quinquies} betreffend die Förderung von
Turnen und Sport vom 10.9.1969, BBl 1969 II 1021 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1969/2_1021_1029_401/de, besucht am 24.9.2021. (zit.: Botschaft 1969)

Bundesamt für Sport (BASPO), Leistungssport Schweiz 2019, Momentaufnahme SPLISS-CH 2019, Juni 2021, abrufbar unter https://www.baspo.admin.ch/content/baspo-internet/de/dokumentation/publikationen/studie-leistungssport-schweiz/_jcr_content/contentPar/downloadlist/downloadItems/214_1624864459234.download/Bro_Leistungssport_Schweiz_2019_d.pdf, besucht am 16.10.2021. (zit.: SPLISS 2019)

Bundesamt für Sport (BASPO), Forschungskonzept "Sport und Bewegung" 2021–2024, 2020, abrufbar unter https://www.baspo.admin.ch/content/baspo-internet/de/bildung-und-forschung/forschung/forschungskonzept/_jcr_content/contentPar/downloadlist/downloadItems/366_1491221449156.download/Forschungskonzept_Sport_Bewegung_2021-2024_de.pdf, besucht am 10.10.2021.
(zit.: Forschungskonzept 2021–2024)

Bundesamt für Sport (BASPO), Aktionsplan Sportförderung des Bundes vom 26.10.2016, Bericht des Bundesrates in Erfüllung der Motion 13.3369 WBK-NR vom 2.5.2013, abrufbar unter https://www.baspo.admin.ch/content/baspo-internet/de/aktuell/themen–dossiers-/archivierte-dossiers/aktionsplan-sportfoerderung/_jcr_content/infotabs/items/dokumente/tabPar/downloadlist/downloadItems/168_1506677256455.download/Aktionsplan_Bericht_Bundesrat_de.pdf, besucht am 16.10.2021. (zit.: Aktionsplan)

Bundesamt für Sport (BASPO), Anhang 1 zum Aktionsplan Sportförderung des Bundes vom 26.10.2016, Breitensportkonzept Bund vom 26.10.2016, abrufbar unter https://www.baspo.admin.ch/content/baspo-internet/de/aktuell/themen–dossiers-/archivierte-dossiers/aktionsplan-sportfoerderung/_jcr_content/infotabs/items/dokumente/tabPar/downloadlist/downloadItems/171_1506677336638.download/Breitensportkonzept_de.pdf, besucht am 16.10.2021. (zit.: Breitensportkonzept)

Bundesamt für Sport (BASPO), Anhang 2 zum Aktionsplan Sportförderung des Bundes vom 26.10.2016, Leistungssportkonzept Bund vom 26.10.2016, abrufbar unter https://www.baspo.admin.ch/content/baspo-internet/de/aktuell/themen–dossiers-/archivierte-dossiers/aktionsplan-sportfoerderung/_jcr_content/infotabs/items/dokumente/tabPar/downloadlist/downloadItems/170_1506677310138.download/Leistungssportkonzept_de.pdf, besucht am 16.10.2021. (zit.: Leistungssportkonzept)

Bundesamt für Sport (BASPO), Anhang 3 zum Aktionsplan Sportförderung des Bundes vom 26.10.2016, Immobilienkonzept Sport des Bundes vom 26.10.2016, abrufbar unter https://www.baspo.admin.ch/content/baspo-internet/de/aktuell/themen–dossiers-/archivierte-dossiers/aktionsplan-sportfoerderung/_jcr_content/infotabs/items/dokumente/tabPar/

downloadlist/downloadItems/169_1506677283970.download/Immobilienkonzept_Sport_de.pdf, besucht am 16.10.2021. (zit.: Immobilienkonzept)

Bundesamt für Sport (BASPO), Leistungssport Schweiz 2011, Momentaufnahme SPLISS-CH 2011, Mai 2014, abrufbar unter https://www.baspo.admin.ch/content/baspo-internet/de/dokumentation/publikationen/studie-leistungssport-schweiz/_jcr_content/contentPar/downloadlist/downloadItems/27_1624356952034.download/der_leistungssport_in_der_schweiz_momentaufnahme_d.pdf, besucht am 16.10.2002. (zit.: SPLISS 2011)

Bundesrat, Konzept vom 30.11.2000 für eine Sportpolitik in der Schweiz, abrufbar unter https://www.sportobs.ch/inhalte/DasObservatorium/Konzept_d.pdf, besucht am 3.10.2021. (zit.: Konzept Sportpolitik)

Diaconu Madalina, Droit économique et sport, Aspects suisse et internationaux, Diss., Neuenburg 2015.

Ehrenzeller Bernhard, Bewegung in der Schule, Der obligatorische Schulsport im Lichte von Art. 68 BV, in: Caroni Martina/Heselhaus Sebastian/Mathis Klaus/Norer Roland (Hrsg.), Auf der Scholle und in lichten Höhen, Festschrift für Paul Richli zum 65. Geburtstag, Zürich/St. Gallen 2010.

Eichenberger Lutz, Die Eidgenössische Sportkommission 1874–1997, Ein Beitrag zur Sportpolitik des Bundes, Magglingen 1998.

Europarat, Recommendation No. R (92) 13 REV of the Committee of Ministers to Member States on the Revised European Sports Charter, adopted by the Committee of Ministers on 24 September 1992 at the 480th meeting of the Ministers' Deputies and revised at their 752nd meeting on 16 May 2001, abrufbar unter https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016804c9dbb, besucht am 3.10.2021. (zit.: European Sports Charter)

Hafner Yann, Le concept de nationalité sportive, Sources, état des lieux critique et relation avec le droit, Diss., Neuenburg 2020.

Hänni Peter, Art. 68 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Schweizerische Bundesverfassung, Basler Kommentar, Basel 2015.

Kaiser Martin, Sportrecht – Berücksichtigung der Interessen des Sports in der Rechtsordnung, Bern 2011.

Koller Heinrich, Subsidiarität als Verfassungsprinzip, in: Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen, Festschrift für Yvo Hangartner, St. Gallen/Lachen 1998.

Koller Thomas, Völkerverständigung und Friedensförderung als "öffentlicher Zweck" von in der Schweiz angesiedelten internationalen Sportverbänden – oder blosse Wahrung der bis anhin führenden Position der Schweiz im "sportlichen" Standortwettbewerb?, npoR 2/2018, S. 61–64.

Pachmann Thilo, Struktur und Governance des nationalen und internationalen Sportverbandswesens, in: Kleiner Jan/Baddeley Margareta/Arter Oliver (Hrsg.), Sportrecht, Band I, Bern 2013.

Richli Paul, Staatsaufgaben – Grundlagen, in: Thürer Daniel/Aubert Jean-François/Müller Jörg Paul (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001.

Sport-Toto-Gesellschaft, Jahresbericht 2020, abrufbar unter https://www.sport-toto.ch/media/jb_2020.pdf, besucht am 23.1.2022. (zit.: Sport-Toto, Jahresbericht 2020)

Zen-Ruffinen Piermarco, Art. 68 BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2014.

Zen-Ruffinen Piermarco, Droit du Sport, Zürich/Basel/Genf 2002.

Zollinger Marco, Die rechtlichen Rahmenbedingungen der staatlichen Sportförderung in der Schweiz, Unter besonderer Berücksichtigung des Leistungssports, Diss., Zürich/St. Gallen 2019.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 69 BV

Eine Kommentierung von Vanessa Rüegger / Tatiana Holmer

ZITIERVORSCHLAG

Vanessa Rüegger/Tatiana Holmer, Kommentierung zu Art. 69 BV, in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (Hrsg.), Onlinekommentar zur Bundesverfassung

Kurzzitat: OK-Rüegger/Holmer, Art. 69 BV N. XXX.

Art. 69 Kultur

[1] Für den Bereich der Kultur sind die Kantone zuständig.

[2] Der Bund kann kulturelle Bestrebungen von gesamtschweizerischem Interesse unterstützen sowie Kunst und Musik, insbesondere im Bereich der Ausbildung, fördern.

[3] Er nimmt bei der Erfüllung seiner Aufgaben Rücksicht auf die kulturelle und die sprachliche Vielfalt des Landes.

GLIEDERUNG

I. Entstehungsgeschichte 1055
II. Verfassungsrechtlicher Kulturbegriff 1057
III. Völkerrechtliche Verpflichtungen 1060
IV. Kommentar i.e.S 1062
A. Kulturhoheit der Kantone (Abs. 1) 1062
B. Kulturförderkompetenzen des Bundes (Abs. 2) 1063
1. Unterstützung kultureller Bestrebungen im gesamtschweizerischen Interesse (Abs. 2 Teil 1) 1063
2. Förderung der Kunst und Musik im Bereich der Ausbildung (Abs. 2 Teil 2) . 1064
C. Rücksichtnahme auf die kulturelle und sprachliche Vielfalt des Landes (Abs. 3) 1065
V. Grundrechtsschutz 1066
A. Gewährleistung förderlicher Rahmenbedingungen 1066
B. Abwehr- und Schutzpflichten 1068
C. Verfahrensgarantien 1070
VI. Ausgestaltung der Kulturförderung 1071
A. Auf Bundesebene 1071
B. In den Kantonen 1072
C. Förderung in Notsituationen 1074
D. Unterstützung der digitalen Transformation des Kultursektors 1075
VII. Kulturgüterschutz 1076
A. Zweck und Rechtsgrundlagen 1076
B. Umgang mit historisch belasteten Kulturgütern 1077
Weitere empfohlene Lektüre 1079
Literaturverzeichnis 1080
Materialienverzeichnis 1087

I. ENTSTEHUNGSGESCHICHTE

Die Helvetische Verfassung von 1798 begünstigte erstmals eine an republikanischen Idealen ausgerichtete **Kulturpolitik** auf dem Gebiet der Helvetischen Republik. Die Förderung der Nationalkultur und der «geistigen Wohlfahrt» des Volkes galt als Staatszweck und Voraussetzung einer materiellen Gleichheit der Bürger.[4584] Die politischen Spannungen nach dem Sonderbundskrieg von 1847 und die anhaltenden Auseinandersetzungen über den Stellenwert von Kultur im entstehenden Bundesstaat verhinderten die Aufnahme umfassender Kultur- und Bildungsartikel in die Bundesverfassung von 1848.[4585] Dennoch förderte der Bund seit seinen Anfängen kulturelle Institutionen. Er gründete 1849 das eidgenössische Archiv,[4586] das er heute unter der Bezeichnung *Schweizerisches* Bundesarchiv führt. Einen im selben Jahr vorgebrachten Vorschlag des Vorstehers des Departements des Innern zur Förderung von Kunstausstellungen und -vereinigungen lehnte der Bundesrat ab. Er soll diesen Entscheid mit der kantonalen Zuständigkeit für die Förderung von Kunst begründet haben.[4587] Ab 1884 unterstützte der Bund kunstgewerbliche Anstalten und leistete einen Beitrag an den Kunstverein.[4588] Ab 1887 beteiligte sich der Bund umfassender an der Kunstförderung und gründete die Eidgenössische Kunstkommission (EKK).[4589] Im Jahr 1890 setzte der Bund die Grundlage für die Errichtung des Schweizerischen Landesmuseums[4590] (heute Schweizerisches Nationalmuseum), gefolgt von der Landesbibliothek[4591] (heute Schweizerische Nationalbibliothek). 1

4584 Rohr, S. 99; Töndury, S. 183 sowie 176–192, m.w.H.

4585 Botschaft KFG, S. 4823; zum Ganzen SGK-Schweizer/Bernet/Fankhauser, Art. 69 BV N. 1; OFK-Biaggini, Art. 69 BV N. 1.

4586 Bundesgesetz über die Organisation und den Geschäftsgang des Bundesrates vom 28.5.1849, AS 1848 49.

4587 Clottu-Bericht, S. 386 (mit Verweis auf eine handschriftliche Notiz, die nicht verifiziert werden konnte (A.d.A.)).

4588 Botschaft Förderung und Hebung der Kunst, S. 524, 526; Graber, Zwischen Geist und Geld, S. 61.

4589 Art. 1 Bundesbeschluss betreffend die Förderung und Hebung der schweizerischen Kunst vom 22.12.1887, BS 4 199.

4590 Bundesbeschluss betreffend die Errichtung eines schweizerischen Landesmuseums vom 27.6.1890, AS 11 690.

4591 Bundesbeschluss betreffend die Errichtung einer schweizerischen Landesbibliothek vom 28.6.1894, BBl 1894 III 140 ff.

2 Der Bund erachtete seine Leistung stets als Ergänzung zu bestehenden Förderstrukturen der Gemeinden, Kantone und privater Mäzene. Er eignete sich erst angesichts der Propaganda in den Nachbarländern kurz vor Ausbruch des Zweiten Weltkrieges umfassendere kulturpolitische Kompetenzen an.[4592] Er gründete 1939 die Kulturstiftung Pro Helvetia und verabschiedete das Kulturprogramm der **Geistigen Landesverteidigung**.[4593] Im Versuch, die nationalsozialistische Filmoffensive[4594] abzuwehren, schuf der Bund 1938 auch die Schweizerische Filmkammer und beschränkte die Filmeinfuhr per Gesetz. Eine ausdrückliche Kompetenzübertragung von den Kantonen auf den Bund folgte 1958 (Art. 27ter aBV) unter dem kulturpolitischen Druck des Kalten Krieges.[4595] Diese mehrheitlich an staatlichen Interessen ausgerichtete Kulturförderung blieb über Jahrzehnte bestehen.[4596]

3 Insbesondere die gesellschaftlichen Umwälzungen der 1960er Jahre führten zu einer Öffnung und Demokratisierung der Kulturpolitik.[4597] Ein Meilenstein war der 1975 veröffentlichte Schlussbericht der vom Bundesrat eingesetzten Expertenkommission für Fragen der schweizerischen Kulturpolitik (sog. Clottu-Bericht). Der Bericht entwirft das Bild einer **demokratischen Kulturpolitik**, die Kultur als Ausdruck individueller Freiheit und Voraussetzung der Demokratie versteht und in ihren vielfältigen Erscheinungsformen fördert.[4598]

4 Neben den bereits genannten Kompetenzen im Bereich des Films (Art. 27ter aBV) war der Bund ab den 1960er Jahren punktuell für weitere Bereiche der Kultur (N. 10 f.) zuständig, namentlich für den Kulturgüterschutz im Rahmen des Zivilschutzes (Art. 22bis aBV), für den Natur- und Heimatschutz (Art. 24^{sexies} aBV) und für die elektronischen Medien (Art. 55bis aBV) sowie im Bereich der Sprachen (Art. 116 aBV). Bestrebungen, die **Kulturförderungskompetenzen des Bundes** weiter zu stärken, scheiterten mit der Ablehnung der Kulturinitiative 1981,[4599] der Ablehnung des

4592 Hauser/Tanner, S. 21.

4593 Botschaft Kulturwahrung und Kulturwerbung; Kessler, S. 1–98; Dal Molin, S. 48–60.

4594 Bezeichnet die vom nationalsozialistischen Regime seit den 1930er-Jahren verfolgte kulturpolitische Propagandastrategie, die darauf abzielte, ideologisch gefärbte deutsche Filme in den Nachbarländern zu verbreiten.

4595 SGK-Geiser/Graber, Art. 71 BV N. 1 f.; OFK-Biaggini, Art. 71 BV N. 1.

4596 Hauser/Tanner, S. 24.

4597 Hauser/Tanner, S. 24, 26 f.; Töndury, S. 209 f.

4598 Clottu-Bericht, S. 13, 15, 21.

Gegenentwurfs 1986[4600] und der Ablehnung eines Kulturförderungsartikels 1994[4601] an der Urne.[4602]

Erst die totalrevidierte Bundesverfassung sollte mit Art. 69 BV erstmals eine umfassendere **Kulturkompetenz des Bundes** enthalten.[4603] Der VE 95 enthielt einen Kulturartikel, der auch die Förderung der Verständigung sowie den Austausch unter den Sprachgemeinschaften und die Kompetenz zum Erlass von Vorschriften zur Förderung des Films und der Regulierung des Filmmarkts (Art. 73 VE 95) vorsah.[4604] Der Vorschlag war in der Vernehmlassung umstritten, weshalb in Art. 83 VE 96 ein (deklaratorischer) Vorbehalt zu Gunsten der kantonalen Kulturkompetenz erfolgte. Die Diskussionen in den Verfassungskommissionen führten zur Auftrennung der Kulturförderung und der Sprachenordnung in separate Artikel. Ergänzt wurde die Bundesverfassung mit einem über den Nachführungsauftrag hinausweisenden Teilsatz, wonach der Bund «Kunst und Musik insbesondere im Bereich der Ausbildung» fördert (Art. 69 Abs. 2).[4605] 5

II. VERFASSUNGSRECHTLICHER KULTURBEGRIFF

Der Kulturbegriff ist schwer zu fassen. In den Wissenschaften wird der Begriff je nach Disziplin unterschiedlich bearbeitet; eine abschliessende staatliche Definition der Kultur wäre problematisch.[4606] Der Begriff findet sich in zahlreichen Bundesverfassungsbestimmungen, doch verzichtet diese auf eine **Definition**.[4607] Das Schweizer Recht kennt keinen einheitlichen Kulturbegriff.[4608] In den einzelnen Bestimmungen der Bundesverfassung wird 6

4599 Eidgenössische Kulturinitiative von 11.8.1981, BBl 1981 III 175, S. 176; Botschaft zur «Eidgenössischen Kulturinitiative» vom 18.4.1984, BBl 1984 II 501 ff.

4600 Gegenentwurf der Bundesversammlung, BBl 1986 I 45, S. 46.

4601 Bundesratsbeschluss über das Ergebnis der Volksabstimmung vom 12.6.1994, BBl 1994 III 1251; Bundesbeschluss über einen Kulturförderungsartikel in der Bundesverfassung (Art. 27septies BV) vom 18.6.1993, BBl 1993 II 870; Botschaft über einen Kulturförderungsartikel in der BV (Art. 27septies BV) vom 6.11.1991, BBl 1992 I 533 ff.

4602 SGK-Schweizer/Bernet/Fankhauser, Art. 69 BV N. 2.

4603 Schweizer, S. 187–191; SGK-Schweizer/Bernet/Fankhauser, Art. 69 BV N. 4 ff.; OFK-Biaggini, Art. 69 BV N. 1.

4604 Erläuterungen VE 95, 104 ff.

4605 AB 1998 S. 171 f.

4606 Kiener, S. 18; Graber, Kulturverfassung, N. 1.

4607 Raschèr, Kultur, N. 30 ff.; Graber, Kulturverfassung, N. 10; CR-Noël, Art. 69 BV N. 7 f.

4608 Zum Kunst- und Kulturrecht einführend Bandle/Renold; Schack; Lenski.

der Kulturbegriff mal umfassender (Art. 2 Abs. 2 BV), mal im engeren Sinn (Art. 69 BV) verwendet, weshalb der verfassungsrechtliche Kulturbegriff jeweils im Kontext des Zwecks und des sachlichen Zusammenhangs einer Bestimmung auszulegen ist.[4609] Der Bund verweist regelmässig auf den (weiten) Kulturbegriff der UNESCO Weltkonferenz von Mexiko (1982).[4610] Demnach soll Kultur «als die Gesamtheit der einzigartigen geistigen, materiellen, intellektuellen und emotionalen Aspekte angesehen werden, die eine Gesellschaft oder eine soziale Gruppe kennzeichnen. Dies schliesst nicht nur Kunst und Literatur ein, sondern auch Lebensformen, die Grundrechte des Menschen, Wertsysteme, Traditionen und Glaubensrichtungen».[4611] Die Erklärung der UNESCO-Weltkonferenz über Kulturpolitik und nachhaltige Entwicklung (sog. MONDIACULT 2022)[4612] bestätigt diesen Kulturbegriff. Mit Annahme der Erklärung haben sich rund 150 Staaten – darunter die Schweiz – dafür ausgesprochen, Kultur als globales öffentliches Gut (Gemeingut) mit einem eigenständigen Wert anzuerkennen.[4613]

7 In seiner Anwendung im Bereich der Kompetenzaufteilung zwischen Bund und Kantonen bedarf der Kulturbegriff einer pragmatischen Einschränkung. Die Bundeskompetenz zur Kulturförderung nach Art. 69 Abs. 2 BV umfasst **Kultur im engeren Sinn**. Dazu zählen gemeinhin die Förderung des Kulturschaffens, die Vermittlung von Kunst und Kultur, der Kulturgüterschutz und die Führung oder Förderung von Kulturinstitutionen wie Museen, Archive oder Bibliotheken.

8 Unbestritten ist, dass der Kulturbegriff nach Art. 69 BV auch künstlerische Tätigkeiten und die Vermittlung von Kunst einschliesst und diesfalls die

4609 Raschèr, Kulturbegriff, in: Raschèr/Bandle, Kulturrecht Kunstrecht, § 1 N. 24; Pfändler-Oling, S. 21; OFK-Biaggini, Art. 69 BV N. 2; SGK-Schweizer/Bernet/Fankhauser, Art. 69 BV N. 1; CR-Noël, Art. 69 BV N. 12; BSK-Schmidt-Gabain, Art. 69 BV N. 11.

4610 Siehe etwa Kulturbotschaft 2012–2015, S. 2980; Kulturbotschaft 2025–2028, S. 9. Zur begrifflichen Unschärfe des Kulturbegriffs sowie zur kulturpolitisch gebotenen Unterscheidung zwischen Kultur und Kunst, vgl. Graber, Kulturverfassung, N. 2, 4 f., 43.

4611 Deutsche UNESCO-Kommission, Weltkonferenz über Kulturpolitik: Schlussbericht der von der UNESCO vom 26.7. bis 6.8.1982 in Mexiko-Stadt veranstalteten internationalen Konferenz, UNESCO-Konferenzbericht Nr. 5, München 1983 (Originaltext siehe World Conference on Cultural Policies, Mexico 1982). Zum Kulturbegriff im internationalen Kulturrecht vertiefend Nafziger/Kirkwood/Dundes.

4612 UNESCO World Conference on Cultural Policies and Sustainable Development, Mexico City, 28–30.9.2022.

Kunstfreiheit (Art. 21 BV) Anwendung findet. Das Bundesgericht hat den verfassungsrechtlichen **Kunstbegriff** offen definiert, weshalb die Entscheidungsträger von Fall zu Fall über den künstlerischen Wert eines Werkes zu entscheiden haben.[4614] Dabei ist von formellen, materiellen und institutionellen Strukturmerkmalen auszugehen, die der Kunst eigen sind, wobei auch das künstlerische Selbstverständnis zu berücksichtigen ist.[4615] Die Abgrenzung zwischen der Kulturförderung und der Kunstförderung als einer Unterkategorie ist unter anderem deshalb relevant, weil die Bundeskompetenzen im Bereich der Kunstförderung umfassender ausgestaltet sind (siehe N. 20).

Das neuere Konzept des **immateriellen Kulturerbes** (Art. 1 Bst. a Ziff. 1 KFG) erweitert die Kulturförderkompetenz um gesellschaftliche Traditionen und Praktiken, die gemäss dem Bundesinventar der Lebendigen Traditionen insbesondere die Bereiche «Gesellschaftliche Praktiken», «Mündliche Ausdrucksweisen» und «Traditionelles Handwerk» umfassen.[4616] Im Anwendungsfall kann die Abgrenzung anspruchsvoll sein.[4617] Die Kompetenzen anderer kultureller Bereiche im weiteren Sinn, wie beispielsweise Natur- und Heimatschutz, Bildung und Wissenschaft, sind in besonderen Verfassungsartikeln festgeschrieben.[4618] Dabei bleibt der umfassende und offene Kulturbegriff der UNESCO Bezugspunkt jeder Kulturpolitik. 9

4613 UNESCO, MONDIACULT 2022 Final Declaration, Ziff. 19 f.; Kulturbotschaft 2025–2028, S. 9.

4614 BGE 131 IV 64 E. 10.1.3; SGK-Rüegger/Hafner, Art. 21 BV N. 12.

4615 SGK-Rüegger/Hafner, Art. 21 BV N. 15 f. m.w.H.

4616 CR-Noël, Art. 69 BV N. 9. Die Liste der Lebendigen Traditionen der Schweiz, abrufbar unter https://www.lebendige-traditionen.ch/tradition/de/home.html, besucht am 17.3.2026; Verordnung des EDI über das Förderungskonzept zur Bewahrung des immateriellen Kulturerbes vom 23.12.2024 (SR 442.125.2).

4617 Zugang zu wirtschaftlichen Massnahmen für die Kultur, während der COVID-Pandemie (Covid-19-Kulturverordnung) für ein Unternehmen für Pyrotechnik vom Bundesgericht mangels Zuständigkeit offengelassen (BGE 147 I 333 E. 1.9); bei Hilfsmassnahmen für Veranstaltungen muss der kulturelle Zweck die wirtschaftlichen Interessen überwiegen, BVGer-Urteil B-498/2021 (4.10.2022), E. 3.1.1. Zur (engen) Auslegung des Kulturbegriffs im Kontext der Covid-Massnahmen, siehe auch Erläuterungen zur Covid-19-Kulturverordnung des Bundesamts für Kultur, https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/63235.pdf, besucht am 17.3.2026.

4618 Gl. M. Schweizer, S. 196; BSK-Schmidt-Gabain, Art. 69 BV N. 11; CR-Noël, Art. 69 BV N. 10 f.; Graber, Kulturverfassung, N. 11; Gredig, S. 137.

III. VÖLKERRECHTLICHE VERPFLICHTUNGEN

10 Die Kulturförderung von Bund und Kantonen gemäss Art. 69 BV vollzieht sich nicht im rechtsfreien Raum. Vielmehr sind sowohl die Eidgenossenschaft als auch die Kantone im Rahmen ihrer jeweiligen Zuständigkeiten an **völkerrechtliche Verpflichtungen** gebunden, die den Schutz und die Förderung der Kultur betreffen. Internationale Übereinkommen und Konventionen unterstreichen die herausragende Bedeutung der Kultur für den Frieden, die Menschenwürde und den gesellschaftlichen Zusammenhalt. Sie konkretisieren und verstärken den kulturpolitischen Handlungsauftrag der Schweiz und schaffen einen verbindlichen Rahmen, innerhalb dessen sich die staatliche Kulturpolitik auf nationaler und kantonaler Ebene zu entfalten hat.

11 Bereits das frühe **humanitäre Völkerrecht** schützt kulturelle Güter (Art. 27 Haager Abkommen (1907),[4619] später auch Haager Kulturgutabkommen (1954)[4620]), was die herausragende Bedeutung der Kultur für die moderne Gesellschaft unterstreicht. Die Verschleppung und Zerstörung abertausender Kulturgüter im Zweiten Weltkrieg schlug sich in der internationalrechtlichen Nachkriegsordnung nieder. Die Charta der Vereinten Nationen verpflichtet die Vertragsparteien zur Zusammenarbeit auf dem Gebiet der Kultur und zur Förderung von Stabilität, Wohlfahrt und Frieden (Art. 55 Bst. b UN-Charta).[4621] Die zur Erfüllung dieses Postulats 1945 gegründete Organisation der Vereinten Nationen für Bildung, Wissenschaft und Kultur (UNESCO), der die Schweiz seit 1949 angehört, setzt sich für die Erhaltung und Förderung der Kultur als Mittel der Zusammenarbeit und Friedensförderung ein.

12 Die Schweiz hat mehrere **internationale Übereinkommen** unter der Schirmherrschaft der UNESCO ratifiziert, die den Schutz des Kulturerbes und

---

4619 Abkommen betreffend die Rechte und Pflichten der neutralen Mächte und Personen im Falle eines Landkriegs vom 18.10.1907, in Kraft getreten für die Schweiz am 11.7.1910 (SR 0.515.21). Siehe auch die Genfer Abkommen vom 12.8.1949, in Kraft getreten für die Schweiz am 21.10.1950 (SR 0.518.12, 0.518.23, 0.518.42, 0.518.51) sowie die beiden Zusatzprotokolle vom 8.6.1977, in Kraft getreten für die Schweiz am 17.8.1982 (SR 0.518.521, 0.518.522), insb. Art. 53 Zusatzprotokoll I und Art. 16 Zusatzprotokoll II.

4620 Haager Abkommen für den Schutz von Kulturgut bei bewaffneten Konflikten vom 14.5.1954, in Kraft getreten für die Schweiz am 15.8.1962 (SR 0.520.3) (siehe auch Zusatzprotokolle). Das Bundesgesetz über den Schutz der Kulturgüter bei bewaffneten Konflikten, bei Katastrophen und in Notlagen vom 20.6.2014 (SR 520.3; KGSG) ist das Ausführungsgesetz im innerstaatlichen Recht.

der Bekämpfung des illegalen Handels mit Kulturgütern[4622] sowie die Förderung der Vielfalt kultureller Ausdruckformen zum Gegenstand haben.[4623] Diese Instrumente definieren jeweils ihren eigenen Anwendungsbereich und verfolgen unterschiedliche Ziele.[4624] Schutz und Förderung der Kultur sind auch Ausdruck der menschenrechtlichen Pflichten aus den für die Schweiz verbindlichen Menschenrechtsverträgen (siehe N. 24).[4625]

Auf **regionaler Ebene** hat sich die Schweiz im europäischen Kontext zur Wahrung und Sicherung der Kultur verpflichtet, indem sie eine Reihe von Kulturübereinkommen ratifiziert hat, die unter der Ägide des Europarats verabschiedet wurden.[4626] In diesem Rahmen ist der Schutz des kulturellen Erbes zunehmend auch zu einem Gegenstand des Menschenrechtsschutzes geworden. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte erkennt den Schutz kultureller Güter als legitimes öffentliches Interesse in einer demokratischen Gesellschaft an.[4627] Auch hat er den Schutz und die 13

4621 Charta der Vereinten Nationen vom 26.6.1945, in Kraft getreten für die Schweiz am 10.9.2002 (SR 0.120).

4622 Übereinkommen zum Schutz des Kultur- und Naturgutes der Welt vom 23.11.1972, in Kraft getreten für die Schweiz am 17.12.1975 (SR 0.451.41); Übereinkommen zur Bewahrung des immateriellen Kulturerbes vom 17.10.2003, in Kraft getreten für die Schweiz am 16.10.2008 (SR 0.440.6); Übereinkommen über Massnahmen zum Verbot und zur Verhütung der rechtswidrigen Einfuhr, Ausfuhr und Übereignung von Kulturgut vom 14.11.1970, in Kraft getreten für die Schweiz am 3.1.2004 (SR 0.444.1); Übereinkommen über den Schutz des Unterwasser-Kulturerbes vom 2.11.2001, in Kraft getreten für die Schweiz am 25.1.2020 (SR 0.444.2).

4623 Übereinkommen über den Schutz und die Förderung der Vielfalt kultureller Ausdrucksformen vom 20.10.2005, in Kraft getreten für die Schweiz am 16.10.2008 (SR 0.440.8). Zum Übereinkommen entführend Schorlemers/Stoll.

4624 Vgl. Renold/Desboeufs, S. 164 ff.

4625 HRC, Report of the Independent Expert in the Field of Cultural Rights (21.3.2011).

4626 Europäisches Kulturabkommen vom 19.12.1954, in Kraft getreten für die Schweiz am 13.7.1962 (SR 0.440.1); Übereinkommen zum Schutz des baugeschichtlichen Erbes in Europa vom 3.10.1985, in Kraft getreten für die Schweiz am 1.7.1996 (SR 0.440.4); Europäisches Übereinkommen zum Schutz des archäologischen Erbes (revidierte Fassung) vom 16.1.1992, in Kraft getreten für die Schweiz am 28.9.1996 (SR 0.4440.5); Rahmenübereinkommen des Europarats über den Wert des Kulturerbes für die Gesellschaft vom 27.10.2005, in Kraft getreten für die Schweiz am 1.3.2020 (SR 0.440.2).

4627 EGMR *J. Paul Getty Trust und andere gegen Italien*, Nr. 35271/19, 2.5.2024. Siehe auch EGMR (Grosse Kammer), *Kozacıoğlu gegen Türkei*, Nr. 2334/03, 19.2.2009; EGMR *Debelianovi gegen Bulgarien*, Nr. 61951/00, 29.3.2007; EGMR *SCEA Ferme de Fresnoy gegen Frankreich*, Nr. 61093/00, 1.12.2005; EGMR *Beyeler gegen Italien*, Nr. 33202/96, 5.1.2000.

Förderung der Kultur als Teilgehalt verschiedener Konventionsrechte thematisiert (siehe N. 24).

IV. KOMMENTAR I.E.S

A. Kulturhoheit der Kantone (Abs. 1)

14 Die Kompetenz zum Schutz und zur Förderung der Kultur liegt bei den Kantonen. Das ergibt sich aus den allgemeinen Grundsätzen der Kompetenzaufteilung von Bund und Kantonen (Art. 3 i.V.m. Art. 42 BV). Der unechte Vorbehalt in Art. 69 Abs. 1 BV bestätigt die originäre Kompetenz der Kantone im Bereich der Kultur.[4628] Die Aufnahme der Bestimmung in die neue Bundesverfassung zeigt, dass der **föderalen Kompetenzverteilung** im Bereich der Kultur auch weiterhin grosse Bedeutung zukommen soll.[4629]

15 Die Kantone betreiben eine nach je eigenen Kriterien aufgestellte Kulturförderung. Der so institutionalisierte **Kulturföderalismus** spiegelt die sprachliche und kulturelle Vielfalt der Schweiz wider, deren Hauptträger die Kantone sind. Die Mehrheit der Kantonsverfassungen enthält einen staatlichen Auftrag zur Kulturförderung.[4630] In vielen Kantonen umfasst der Kulturauftrag neben der Förderung von Kunst und Kultur auch den Schutz und die Erhaltung der Kulturgüter. Einzelne Kantone machen sich auch die Erhaltung des Brauchtums oder der Volkskultur zur Aufgabe.[4631] Wie umfassend die Kantone ihre Zuständigkeiten im Bereich der Kultur verstehen, ergibt sich in der Regel aus den Bestimmungen der kantonalen Verfassungen, der kantonalen Kulturfördergesetze und der kantonalen Förderpraxis.

16 Die **interkantonale Zusammenarbeit** im Bereich der Kultur erfolgt seit 1986 durch die Konferenz der kantonalen Kulturbeauftragten (KBK). Seit 2011

4628 SGK-Schweizer/Bernet/Fankhauser, Vorb. zu Art. 69 BV N. 10; BSK-Schmidt-Gabain, Art. 69 BV N. 6.

4629 Entsprechend auch die kantonalen Stellungnahmen im Vernehmlassungsverfahren und die Voten in den Räten vor Verabschiedung der neuen Bundesverfassung, angedeutet in Botschaft BV, S. 285.

4630 § 101 KV/BL; § 36 KV/AG; Art. 49 Abs. 1 KV/AR; § 35 KV/BS; Art. 48 Abs. 1 KV/BE; Art. 79 KV/FR; Art. 216 KV/GE; Art. 40 Abs. 1 KV/GL; Art. 90 KV/GR; Art. 5 Abs. 1 lit. n KV/NE; Art. 23 Abs. 1 KV/ND; Art. 30 Abs. 1 KV/OB; Art. 91 lit. a KV/SH; § 17 KV/SW; Art. 14 Abs. 2 KV/TI; § 75 Abs. 1 KV/TG; Art. 42 KV/UR; Art. 120 KV/ZH; Art. 53 Abs. 1 KV/VD; Art. 42 Abs. 1 KV/JU; Art. 11 lit. c KV/SG.

4631 So die Kantone Ob- und Nidwalden.

tauschen sich Bund, Kantone und Gemeinden im Rahmen des Nationalen Kulturdialogs[4632] zur Kulturpolitik aus und verabschieden Empfehlungen, Berichte und Konzepte zu den bearbeiteten Themen.[4633] Einzelne Kantone und Gemeinden haben untereinander Vereinbarungen zur gegenseitigen Unterstützung von Kultureinrichtungen abgeschlossen.[4634] Des Weiteren verpflichtet das Geldspielgesetz[4635] die Kantone, die Reingewinne aus Lotterien und Sportwetten vollumfänglich für gemeinnützige Zwecke eingeschlossen die Kultur zu verwenden (Art. 125 Abs. 1 BGS). Die Kantone erhalten so jährlich einen substanziellen Betrag, den sie unter anderem zur Förderung der Kultur verwenden (müssen).

B. Kulturförderkompetenzen des Bundes (Abs. 2)

1. Unterstützung kultureller Bestrebungen im gesamtschweizerischen Interesse (Abs. 2 Teil 1)

Nach Art. 69 Abs. 2 BV kann der Bund «kulturelle Bestrebungen von gesamtschweizerischem Interesse unterstützen». Mit der h.L. ist von einer **parallelen Förderkompetenz** des Bundes auszugehen, wobei die Kompetenz des Bundes weniger umfassend ausgestaltet ist als die originäre Kulturförderungskompetenz der Kantone.[4636] Das zeigt sich zum einen in der Formulierung, wonach der Bund kulturelle Bestrebungen von gesamtschweizerischem Interesse «unterstützen» kann. Der Begriff gibt dem Bund eine gewisse Zurückhaltung bei der Kulturförderung vor. Gerade in denjenigen Bereichen, in denen der Bund seit Jahrzehnten eine eigenständige Förderpolitik betreibt, besteht *de facto* jedoch auch eine eigenständige 17

4632 Vereinbarung der Städte, Gemeinden, Kantone und des Bundes über den nationalen Dialog über die Schweizer Kulturpolitik vom 25.10. 2011.

4633 Siehe etwa Nationaler Kulturdialog, Konzept zur Bewahrung und Pflege des Kulturerbes der Schweiz vom 13.11.2023; Dies., Empfehlungen zur Entschädigung von Kunstschaffenden in der Schweiz vom 22.4.2024.

4634 z. B. Vereinbarung über die interkantonale Zusammenarbeit und den Lastenausgleich im Bereich der Kultureinrichtungen von überregionaler Bedeutung vom 24.11.2009 zwischen den Kantonen Appenzell A.Rh., Appenzell I.Rh., St. Gallen und Thurgau (SR/AR 615.2; IKZAV).

4635 Bundesgesetz über Geldspiele vom 17.11.2017 (SR 935.51; Geldspielgesetz, BGS).

4636 Botschaft BV, S. 286; AB 1998 N, S. 300 ff.; AB 1998 S, S. 74 f., 82, 171 f., 179; SGK-Schweizer/Bernet/Fankhauser, Art. 69 BV N. 24; BSK-Schmidt-Gabain, Art. 69 BV N. 8; Aubert/Mahon, Art. 69 BV N. 9; Raschèr/Christen/Tribolet, S. 1045 ff.; CR-Noël, Art. 69 BV N. 15.

Kulturförderkompetenz des Bundes.[4637] Die Kann-Formulierung räumt dem Bund einen weiten Ermessensspielraum in der Ausgestaltung seiner Kompetenz ein.[4638]

18 Die Förderkompetenz des Bundes ist auf kulturelle Bestrebungen von **gesamtschweizerischem Interesse** beschränkt. Angesichts der bedeutenden Vorbehalte der Kantone zur Aufnahme dieser Bestimmung in die revidierte Bundesverfassung ist der Begriff eng auszulegen.[4639] Zur Auslegung des verfassungsrechtlichen Begriffs des gesamtschweizerischen Interesses kann unter anderem dessen gesetzliche Konkretisierung in Art. 6 Abs. 2 KFG beigezogen werden. Ein gesamtschweizerisches Interesse liegt demnach insbesondere dann vor, wenn ein Kulturgut für die Schweiz oder ihre Sprachgemeinschaften wichtig ist, ein Projekt überregionale Auswirkungen hat, oder das künstlerische Talent einer Person nationale oder internationale Bedeutung hat. Auch wenn eine Organisation zur Vernetzung von Kulturschaffenden beiträgt, ein Projekt Innovation fördert oder ein kultureller Anlass national oder international ausstrahlt; ebenso, wenn ein Projekt wesentlich zum nationalen oder internationalen Kulturaustausch beiträgt. Zur Kulturförderkompetenz des Bundes im gesamtschweizerischen Interesse gehört weiter auch der Kulturgüterschutz (dazu N. 44).

19 Die Aufzählung in Art. 6 Abs. 2 KFG ist beispielhaft; dem Bund bleibt ein beträchtlicher **Ermessensspielraum**.[4640] In den Kulturbotschaften des Bundes findet sich denn auch eine ausgesprochen weite Auffassung der Bestimmung.[4641] Die eidgenössische Kulturförderung nähert sich in einer solchen Auslegung im Resultat zusehends einer parallelen Bundeskompetenz an.

2. Förderung der Kunst und Musik im Bereich der Ausbildung (Abs. 2 Teil 2)

20 Für die Förderung von Kunst und Musik, insbesondere im Bereich der Ausbildung, besteht mit Art. 69 Abs. 3 BV eine **eigenständige**

4637 OFK-Biaggini, Art. 69 BV N. 6.
4638 SGK-Schweizer/Bernet/Fankhauser, Art. 69 BV N. 23.
4639 Botschaft BV, S. 286; OFK-Biaggini, Art. 69 BV N. 6; Pfändler-Oling, S. 181–183; a. M. BSK-Schmidt-Gabain, Art. 69 BV N. 11.
4640 Pfändler-Oling, S. 182; OFK-Biaggini, Art. 69 BV N. 6.
4641 Siehe etwa Kulturbotschaft 2016–2020, S. 510, 522 f.; Kulturbotschaft 2025–2028, S. 41 f.

Förderkompetenz als parallele Bundeskompetenz. Die Zuständigkeit des Bundes in diesem Bereich ist umfassender als diejenige im Bereich der Kultur im Allgemeinen. Fördert der Bund die Ausbildung in Kunst und Musik, hat er dabei die kantonale Schulhoheit zu wahren,[4642] was insbesondere Unterstützungsangebote im ausserschulischen Bereich begünstigt.[4643]

Art. 67a BV ergänzt sowohl die Bildungsartikel als auch die Kulturartikel der Bundesverfassung. Als *lex specialis* zu Art. 69 Abs. 2 BV weist die Bestimmung dem Bund im Bereich der Musik weiterreichende Förderungskompetenzen zu.[4644] Er erteilt dem Bund eine Förderkompetenz im Bereich der **musikalischen Bildung**, insbesondere für Kinder und Jugendliche (Art. 67a Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 BV). Die Kantone verpflichtet er, die musikalische Bildung zu fördern und sich für einen hochwertigen Musikunterricht an Schulen einzusetzen (Art. 67a Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 BV). Ziel ist es, die musikalische Bildung von Kindern und Jugendlichen zu stärken.[4645] In Umsetzung von Art. 67a Abs. 3 BV und des neuen Art. 12 Abs. 4 KFG[4646] ergänzt die Verordnung «Junge Talente Musik»[4647] die Bundesgesetzgebung. Das Programm «Junge Talente Musik» hat zum Ziel, Kinder und Jugendliche mit überdurchschnittlichen musikalischen Fähigkeits- und Leistungspotenzial frühzeitig zu erkennen und sie gezielt und nachhaltig zu fördern. Der Bund ist für die Gesamtsteuerung des Programms verantwortlich und legt die Mindestvoraussetzungen für kantonale Förderanträge fest.[4648] 21

C. Rücksichtnahme auf die kulturelle und sprachliche Vielfalt des Landes (Abs. 3)

Art. 69 Abs. 3 BV verpflichtet den Bund bei Erfüllung seiner Kulturkompetenzen zu Rücksichtnahme auf die **kulturelle und sprachliche Vielfalt** des Landes. Kulturelle Vielfalt ist ein wesentliches Merkmal der Schweiz. Sie ist in der Präambel der Bundesverfassung, in deren 22

4642 OFK-Biaggini, Art. 69 BV N. 8.
4643 Uhlmann et al., N. 34; SGK-Schweizer/Bernet, Art. 21 BV N. 32.
4644 SGK-Schweizer/Bernet, Art. 67a BV N. 20; BSK-Hänni, Art. 67a BV N. 6.
4645 Zum Ganzen SGK-Schweizer/Bernet, Art. 67a BV N. 14 ff.
4646 Kulturbotschaft 2021–2024, S. 3244; Bundesgesetz über die Kulturförderung, Änderung vom 25.9.2020, AS 2021 49.
4647 Verordnung des EDI über das Förderungskonzept zum Programm «Junge Talente Musik» vom 15.6.2022 (SR 442.133); CR-Gavillet, Art. 67a BV N. 19.
4648 BAK, Rahmenkonzept, S. 2; SGK-Schweizer/Bernet, Art. 67a BV N. 44.

Zielbestimmung (Art. 2 Abs. 2 BV), in den einzelnen Grundrechten (insbes. Art. 18 (Sprachenfreiheit), 21 (Kunstfreiheit), 15 BV (Religionsfreiheit)) und in den einschlägigen Kompetenzartikeln institutionell verankert.[4649] Der Betonung der kulturellen Vielfalt steht die Erhaltung der Schweiz als politische Einheit gegenüber. Die Schweizer Bundesverfassung zeichnet sich durch die Bemühung zur Einheit in der Vielheit aus.[4650] Dieses Spannungsverhältnis zwischen Vielfalt und Einheit findet sich auch in den Bestimmungen über die Kulturförderung wieder.

23 Aufgrund des **offenen Kulturbegriffs** (siehe N. 6 f.) ist die Rücksichtnahme auf kulturelle Vielfalt nicht auf die traditionelle Viersprachigkeit (Art. 4 BV) und regionale Diversität der Schweiz beschränkt.[4651] Der offene Kulturbegriff ist Voraussetzung für ein zeitgemässes Verständnis von Kultur[4652] und öffnet die Verfassung für kulturelle Anliegen unterschiedlichster Art, sowie die ständige – teilweise auch überraschende – Weiterentwicklung von Kunst und Kultur.[4653] Die Bundesverfassung schützt die Vielfalt von Kultur, wie auch immer sie als «ein bewegliches, auch fliessendes Element»[4654] erscheint. Ziel ist es, die Vielfalt und stetige Weiterentwicklung kultureller Aktivitäten zu gewähren und die Beteiligung aller Bevölkerungsgruppen am kulturellen Leben zu ermöglichen.[4655]

V. GRUNDRECHTSSCHUTZ

A. Gewährleistung förderlicher Rahmenbedingungen

24 Die Kulturförderung von Bund und Kantonen ist wie alles staatliche Handeln grundrechtsgebunden. Die Bundesverfassung verpflichtet zur **Verwirklichung der Grundrechte** in der gesamten Rechtsordnung (Art. 35

4649 Botschaft BV, S. 126; SGK-Schweizer/Bernet/Fankhauser, Vorb. zu Art. 69 BV N. 1.
4650 Botschaft BV, S. 12 f.; Rhinow/Schefer/Uebersax, N. 576–578, 580.
4651 Vgl. Kulturbotschaft 2012–2015, S. 2782; CR-Noël, Art. 69 BV N. 13.
4652 OFK-Biaggini, Art. 69 BV N. 2; Holland, S. 8; Müller, Einheit der Verfassung, S. 18 f.
4653 Gl. M. Uhlmann et al., N. 248; CR-Noël, Art. 69 BV N. 19; weiterführend Müller, Einheit der Verfassung, S. 21.
4654 Müller, Perspektiven der Demokratie, S. 118.
4655 Kulturbotschaft 2025–2028, S. 101 f.; siehe auch die Stellungnahme des Bundesrates vom 4.9.2024 zu Interpellation (24.3755) «Kulturbotschaft 2025–2028. Wie sieht die Strategie zur Umsetzung der Behindertenrechtskonvention im Kulturbereich und zur Verbesserung der Inklusion von Menschen mit Behinderungen aus?».

BV). Gleich mehrere Grund- und Menschenrechte verpflichten Bund und Kantone auf programmatischer Ebene dazu, das freiheitliche Kulturleben zu erhalten und zu fördern, insbesondere die Kunstfreiheit (Art. 21 BV).[4656] Ein Rechtsanspruch auf Ausrichtung von Subventionen an die Kultur kann jedoch weder aus den Grundrechten noch aus Art. 69 BV abgeleitet werden.[4657]

Die **grundrechtliche Förderpflicht** beinhaltet im Bereich der Kultur zunächst die Aufgabe, politische und rechtliche Rahmenbedingungen zu schaffen, die kulturellen Austausch, Bildung und ein vielfältiges Kulturschaffen ermöglichen und die «kulturelle Grundversorgung»[4658] des Landes sichern. Die Förderung der Kultur ist Voraussetzung für die Ausübung elementarer Freiheiten (Freiheit *durch* den Staat). Der Zugang zu und die Auseinandersetzung mit den kulturellen Erzeugnissen anderer Menschen ist ein wichtiger Bestandteil menschlicher Erfahrungen und Voraussetzung einer mehrdimensionalen Persönlichkeitsentwicklung mittels Bildung, Kunst, Wissenschaft und weiterer kultureller Güter und Praktiken. Der Grundrechtsverwirklichungsauftrag beinhaltet auf programmatischer Ebene die Pflicht, die rechtlichen und tatsächlichen Bedingungen zu schaffen, auf deren Grundlage Kunst und Kultur möglich sind, wozu Schutz, Pflege, Förderung und Vermittlung von Kultur gehören.[4659] 25

Auch die **internationalen Menschenrechtsverträge** verweisen auf die Verschränkung von Kulturförderung und individuellen Freiheitssphären. Artikel 27 der Allgemeine Erklärung der Menschenrechte schützt das Recht, am kulturellen Leben der Gemeinschaft frei teilzunehmen und sich an den Künsten zu erfreuen. Der Bestimmung liegt der Gedanke zugrunde, dass erst die freie Teilnahme am kulturellen Leben einer Gesellschaft die *freie* Entfaltung eines Menschen ermöglicht. Derselbe Gedanke findet sich in Art. 15 des UNO-Pakt I.[4660] Gemäss dem Sozialausschuss sind Förderung und Respekt kultureller Rechte Voraussetzung für den Schutz der Menschenwürde und erfüllende Interaktionen in einer kulturell vielfältigen Welt.[4661] In einem 26

4656 SGK-Rüegger/Hafner, Art. 21 BV N. 27; Kulturbotschaft 2025–2028, S. 9.

4657 SGK-Schweizer/Bernet/Fankhauser, Art. 69 BV N. 44; Uhlmann et al., N. 85 ff.

4658 Kulturbotschaft 2012–2015, S. 2985.

4659 Rüegger, S. 249 ff.

4660 Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 16.12.1966, in Kraft getreten für die Schweiz am 18.9.1992 (SR 0.103.1).

4661 CESCR, General Comment No. 21, N. 1. Ebenso HRC, Report of the Independent Expert in the Field of Cultural Rights (21.3.2011), N. 2.

ähnlichen Sinn schützt Art. 27 des UN-Pakt II[4662] das Recht von Minderheiten, «ihr eigenes kulturelles Leben zu pflegen». Auch die UNESCO hat wiederholt betont, dass Kultur ein soziales Phänomen ist, das aus der Verbindung individueller kreativer Tätigkeiten und Kooperationen entsteht.[4663] Der EGMR schützt verschiedene Aspekte der kulturellen Teilhabe, insbesondere unter Anwendung der Meinungsäusserungsfreiheit (Art. 10 EMRK)[4664] und des Rechts auf Achtung des Privat- und Familienlebens (Art. 8 EMRK).[4665]

B. Abwehr- und Schutzpflichten

27 Auf der Abwehr- und Schutzebene gewährleisten die Grundrechte allgemein und die Kunstfreiheit im Besonderen ein **Instrumentalisierungsverbot** der Kultur für staatliche Zwecke.[4666] Staatliche Kulturförderung steht im Dienst der geförderten Kulturschaffenden. Sie muss auf die Unterstützung der Persönlichkeitsentfaltung und der kulturellen Vielfalt ausgerichtet sein. Das bedeutet umgekehrt, dass der Staat nur beschränkt Kontrolle über staatlich geförderte Kultur ausüben darf.[4667]

28 Die Behörden sind im Rahmen der Leistungsverwaltung verpflichtet, der geförderten Kultur mit einer objektiven und sachlichen Haltung zu begegnen. Ob dem Staat eine **Verpflichtung zu Neutralität** gegenüber der Kultur zukommt, ist in der Lehre und Rechtsprechung erst ansatzweise thematisiert. Grundsätzlich muss der Staat Fördermassnahmen im Bereich der Kultur – genau wie solche für die Medien oder die Wissenschaft – wertungsneutral gewährleisten und also alle seine Handlungen «meinungsneutral» ausgestalten.[4668] Für staatliche Kulturinstitutionen ist die Verpflichtung zu Neutralität mit

---

4662 Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 16.12.1966, in Kraft getreten für die Schweiz am 18.9.1992 (SR 0.103.2).

4663 UNESCO, Recommendation on Participation by the People at Large in Cultural Life and Their Contribution to It (26.11.1976); siehe entsprechend auch HRC, Report of the Special Rapporteur in the Field of Cultural Rights (3.2.2016), N. 47, 51; siehe auch HRC, Report of the Independent Expert in the Field of Cultural Rights (21.3.2011), N. 60.

4664 EGMR *Mariya Alekhina und andere gegen Russland*, Nr. 38004/12, 3.12.2018; EGMR *Müller gegen Schweiz*, Nr. 41202/98, 5.11.2002.

4665 EGMR *Gareth Lee gegen Grossbritannien*, Nr. 18860/19, 7.12.2021; EGMR (Grosse Kammer), *Sargsyan gegen Azerbaijan*, Nr. 40167/06, 16.6.2015.

4666 Rüegger, 363 f. Zum Begriff der Instrumentalisierung in Bezug auf die Grundrechte, vgl. BSK-Belser/Molinari, Art. 7 BV N. 11 ff.

4667 Clottu-Bericht, S. 15; Uhlmann et al., N. 16 f., 89.

prozeduralen und inhaltlichen Vorgaben verbunden (siehe N. 27).[4669] Verletzt ist die Neutralitätspflicht etwa dann, wenn der Staat einseitig wertend zu grundrechtlich geschützten Kunstwerken Stellung bezieht (Bewertungsverbot). Aus heutiger Sicht problematisch ist etwa die behörliche Aussage, dass ein künstlerisch gestaltetes Grabmal «das Niveau einer Gartenplastik kaum überschreite».[4670] Bei Fördermassnahmen besteht ein Identifikationsverbot.[4671] Zurückzuweisen ist deshalb der Anspruch, Kunst werde staatlich gefördert, «um unserem Land Geltung zu verschaffen, und nicht, um es zu verunglimpfen».[4672]

29 Dies bedeutet hingegen nicht, dass sich der Staat im negativen Sinn indifferent gegenüber kulturellen Tätigkeiten zu verhalten hat. Der Staat ist vielmehr verpflichtet, die kulturelle Vielfalt zu gewähren (siehe N. 19) und gegebenenfalls zu fördern, das heisst aktive Massnahmen zu ergreifen und – wo nötig – Stellung zu beziehen und Schutzmassnahmen zu ergreifen.[4673] Ausdruck der grundrechtlichen **Schutzpflicht** ist es, Kultur unter Abwägung mit anderen geschützten Rechtsgütern zu fördern, wie etwa dem Schutz vor Diskriminierung oder überwiegender öffentlicher Interessen. Verletzten kulturelle Ausdrucksformen auf nicht rechtfertigbare Weise die Grundrechte Dritter oder andere geschützte Rechtspositionen, kann ein Ausschluss von Instrumenten der Kulturförderung im begründeten Einzelfall gerechtfertigt sein.[4674] Bei Verdacht einer Verletzung geschützter Rechtsgüter durch kulturelle Werke oder Tätigkeiten ist im Einzelfall eine sorgfältige Prüfung und Abwägung der einander gegenüberstehenden Interessen unter Würdigung des Gesamtkontexts vorzunehmen; die Verfahrensrechte sind zu wahren (insbes. rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV)) und die Behörde hat sich bei ihrem Entscheid grösstmögliche Objektivität und Zurückhaltung aufzuerlegen.

4668 BGE 120 Ib 142 E. 3.c/aa; BGer 2C_719/2016 vom 24.8.2017 E. 3.6; Müller/Schefer, S. 400 f.; zu den historischen, philosophischen und rechtlichen Grundlagen der Neutralität des Staates ausführlich Engi und Huster.

4669 Häberle, S. 40.

4670 BGE 96 I 104 E. 3.

4671 Uhlmann, Neutralität der Verwaltung, S. 215; Müller/Schefer, S. 401 f.

4672 AB 2004 N, Frage 04.5258 Rime betreffend Affäre Hirschhorn.

4673 Waldmann, S. 602 f.

4674 SGK-Rüegger/Hafner, Art. 21 BV N. 28 f. Siehe auch Antworten des Regierungsrats des Kantons Basel-Stadt vom 20.9.2023 zu Anfragen Nr. 23.5369.02, 23.5367.02 und 23.5359.02 (sog. Affäre Alain Claude Sulzer).

C. Verfahrensgarantien

30 Kulturförderung übt auch bei staatlicher Zurückhaltung durch die Zuweisung staatlicher Ressourcen einen bestimmenden Einfluss auf die Kultur aus. Umso zentraler ist es, dass Instrumente und Verfahren der Kulturförderung den **rechtsstaatlichen Anforderungen** entsprechen. Das Willkürverbot (Art. 9 BV), das Rechtsgleichheitsgebot (Art. 8 BV) und die Verfahrensrechte (Art. 29 ff. BV) sind in der staatlichen Kulturförderung im Allgemeinen und bei der Ausrichtung von Subventionen im Besonderen einzuhalten.[4675] Besonders bedeutsam ist die rechtsgleiche Ausgestaltung der Förderung, die Definition ausgewogener Förderkriterien, die Zusammensetzung des zuständigen Gremiums, die transparente Begründung von Förderentscheiden und der Rechtsschutz.[4676]

31 Bei der Zusprache von Fördermassnahmen ist der Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung nach Art. 29 Abs. 1 BV zu gewährleisten.[4677] Die Garantie des rechtlichen Gehörs (Art. 29 Abs. 2 BV) erfordert, dass Förderverfahren so ausgestaltet sind, dass die Betroffenen ihre Argumente geltend machen können. Dies ist in der Regel mit dem Projektantrag erfüllt.[4678] Die Behörde muss den Antrag inhaltlich würdigen und ihren Entscheid begründen. Die **Begründung** muss so ausgestaltet sein, dass sie den Inhalt des Förderantrags aufgreift und die Gründe für den Entscheid nachvollziehbar darlegt.[4679] Der Umfang des Begründungserfordernisses hängt von den Umständen des Einzelfalls und dem Ermessensspielraum der Behörde ab.[4680]

32 Das Kulturförderungsgesetz schliesst die **Rüge der Unangemessenheit** im Beschwerdeverfahren gegen Finanzhilfen aus (Art. 26 Abs. 2 KFG).[4681] Ein Teil der Lehre beurteilt diese Einschränkung unter Bezug auf die Rechtsweggarantie (Art. 29a BV) kritisch.[4682] Angesichts der Prekarität des Kultursektors und der teilweise starken Abhängigkeit von Kulturschaffenden

4675 SGK-Schweizer/Bernet/Fankhauser, Art. 69 BV N. 44; Uhlmann et al., N. 85 ff.
4676 Müller/Schefer, S. 401 f.
4677 BVGer B-3924/2013 vom 8.9.2015 E. 4; BVGer B-842/2023 vom 10.10.2023 E. 3.2–3.4.
4678 BVGer B-3924/2013 vom 8.9.2015 E. 5.7.2.
4679 BGE 129 I 232 E. 3.2; BVGer B-2782/2007 vom 4.10.2007 E. 4.3; BVGer B-4036/2021 vom 13.07.2022 E. 8.1.
4680 BVGer B-4036/2021 vom 13.7.2022 E. 8.1.
4681 Botschaft KFG, S. 4838; BVGer B-4572/2012 vom 17.3.2015 E. 1.7, 8; BVGer B-2759/2017 vom 13.3.2018 E. 1.
4682 Uhlmann/Bognuda, S. 378.

und Kulturinstitutionen von staatlichen Subventionen wäre eine Ausweitung des Rechtsschutzes zu begrüssen. Das Bundesgericht beurteilte mindestens den absoluten Ausschluss eines Rechtsmittels gegen Entscheide betreffend Kulturfördermitteln als Verletzung der Rechtsweggarantie (Art. 29a BV).[4683]

VI. AUSGESTALTUNG DER KULTURFÖRDERUNG

A. Auf Bundesebene

Das **Bundesgesetz über die Kulturförderung (KFG)**[4684] konkretisiert den Kulturauftrag des Bundes. Es regelt die Kulturförderung des Bundes in den Bereichen Bewahrung des kulturellen Erbes, Kunst- und Kulturschaffen einschliesslich Nachwuchsförderung, Vermittlung von Kunst und Kultur, Austausch zwischen den kulturellen und sprachlichen Gemeinschaften in der Schweiz, Kulturaustausch mit dem Ausland und die Organisation der Stiftung Pro Helvetia (Art. 1 KFG). Vorbehalten bleibt eine beträchtliche Anzahl Spezialgesetze, die ausgewählte Bereiche der eidgenössischen Kulturförderung regeln. Besonders relevant sind die Erlasse über die Nationalbibliothek,[4685] die Museen und Sammlungen des Bundes,[4686] den Film,[4687] den Natur- und Heimatschutz[4688] und den Kulturgütertransfer.[4689] 33

Für die Umsetzung seiner Kulturkompetenzen verfügt der Bund über vier **Kulturinstitutionen** als Hauptträger seiner Kulturpolitik: Das Bundesamt für Kultur (BAK), die Stiftung Pro Helvetia, die Schweizerische Nationalbibliothek und das Schweizerische Nationalmuseum. Die von der Bundesversammlung verabschiedete Kulturbotschaft konkretisiert die 34

4683 BGE 147 I 333 E. 1.6.1–1.6.4; SGK-Schweizer, Art. 35 BV N. 20; SGK-Kley, Art. 29a BV N. 40.

4684 Bundesgesetz über die Kulturförderung vom 11.12.2009 (SR 442.1; Kulturförderungsgesetz, KFG).

4685 Bundesgesetz über die Schweizerische Nationalbibliothek vom 18.12.1992 (SR 432.21; Nationalbibliotheksgesetz, NBibG).

4686 Bundesgesetz über die Museen und Sammlungen des Bundes vom 12.6.2009 (SR 432.30; Museums- und Sammlungsgesetz, MSG).

4687 Bundesgesetz über Filmproduktion und Filmkultur vom 14.12.2001 (SR 443.1; Filmgesetz, FiG).

4688 Bundesgesetz über den Natur- und Heimatschutz vom 1.7.1966 (SR 451; NHG).

4689 Bundesgesetz über den internationalen Kulturgütertransfer vom 20.6.2003 (SR 444.1; Kulturgütertransfergesetz, KGTG).

Förderschwerpunkte des Bundes und legt die Bundesausgaben an die Kultur für eine jeweils vierjährige Förderperiode fest (Art. 27 KFG).[4690]

35 Dem Bund stehen zur Förderung der Kultur und der kulturellen Teilhabe verschiedene **Mittel** zur Verfügung.[4691] Der Bund fördert die Schaffung von Kunst und Kultur und die kulturelle Teilhabe unter anderem durch Fördergelder und Preise und betreibt dabei sowohl Spitzen- als auch Breitenförderung.[4692] Die Erhaltung von Kunstwerken und Kulturgütern erfolgt im Rahmen des Kulturgüterschutzrechts sowie durch Massnahmen zur Archivierung und Aufbewahrung in Museen, Sammlungen und Archiven des Bundes (siehe N. 44 f.). Die Unterstützung der Vermittlung von Kultur erfolgt auf Bundesebene mehrheitlich durch die Finanzierung von Ausstellungen und Vermittlungsprogrammen in Kulturinstitutionen, wie etwa dem Schweizerischen Nationalmuseum.

B. In den Kantonen

36 Die meisten Kantone verfügen über ein Kulturförderungsgesetz, das ihren verfassungsmässigen **Kulturauftrag** konkretisiert (siehe N. 13).[4693] Auf dieser Grundlage legen sie in jeder Legislatur die Leitlinien ihrer Kulturpolitik sowie die Prioritäten und budgetären Massnahmen fest.[4694] Die Umsetzung erfolgt in der Regel gemeinsam durch Kanton und Gemeinden, gestützt auf eine interne Aufgabenverteilung,[4695] die teils ausdrücklich im Gesetz verankert ist.[4696] Gemeinden haben dabei unterschiedlich grossen Handlungsspielraum in

4690 Botschaft KFG, S. 4826.

4691 Vgl. OFK-Biaggini, Art. 69 BV N. 5a.

4692 Siehe neben dem KFG etwa auch Verordnung des EDI über das Förderungskonzept zur Stärkung der kulturellen Teilhabe vom 23. Dezember 2024 (SR 442.130); Verordnung des EDI über das Förderungskonzept für die Unterstützung kultureller Anlässe und Projekte vom 23. Dezember 2024 (SR 442.128).

4693 Die jüngeren Gesetzgebungen umfassen etwa das Loi sur l'encouragement des activités culturelles et artistiques vom 3.9.2024 (SR/NE 451.01; LEAC); Loi pour la promotion de la culture et de la création vom 23.6.2023 (SR/GE C 3 05; LPCCA); Gesetz über die Förderung der Kultur im Kanton Uri vom 26.9.2021 (SR/UR 10.8111; Kulturförderungsgesetz, KFG); Kulturförderungsgesetz vom 15.8.2017 (SR/SG 275.1; KFG); Gesetz über die Förderung der Kultur vom 15.2.2017 (SR/GR 494.300; Kulturförderungsgesetz, KFG).

4694 Art. 7 Abs. 2 sowie 3 LPCCA; Art. 6 Abs. 1 KFG/UR; Art. 5 KFG/GR.

4695 Art. 5 Abs. 1 LEAC; Art. 7 Abs. 1 LPCCA; Art. 6 KFG/UR; Art. 3 KFG/SG; Art. 3 KFG/GR Siehe auch Art. 2 Abs. 2 Gesetz über die kulturellen Angelegenheiten vom 24.5.1991 (SR/FR 480.1; KAG); Art. 2 Kulturförderungsgesetz vom 15.11.1996 (SR/VS 440.1; KFG).

der Entwicklung ihrer Kulturförderpolitik.[4697] Der sachliche Geltungsbereich der kantonalen Kulturförderungsgesetze ist unterschiedlich. In der Regel umfassen sie die Förderung von kultureller und künstlerischer Schöpfung, Vermittlung, künstlerischer Bildung, Zugang zur Kultur, kulturelle Teilhabe, Kulturerbe sowie die Organisation der kantonalen Kulturinstitutionen.[4698] In einzelnen Kantonen ist der Schutz des materiellen und/oder immateriellen Kulturerbes spezialgesetzlich geregelt.[4699]

Die Organisation der für die Kulturförderung zuständigen kantonalen Stellen liegt in der **Autonomie** der Kantone.[4700] Da die Kantone unter anderem auch für die Umsetzung internationaler Abkommen im Kulturbereich zuständig sind, kann es notwendig sein, ihre institutionellen Strukturen entsprechend anzupassen, um internationalen Verpflichtungen nachzukommen (siehe N. 6), wie etwa nach der Ratifikation des Übereinkommens zur Bewahrung des immateriellen Kulturerbes durch die Schweiz (siehe N. 10). Die Kantone Freiburg und Waadt verfügen über spezifische Strukturen für das immaterielle Kulturerbe.[4701] 37

Die meisten Kantone handeln nach dem **Subsidiaritätsprinzip**, wonach die Förderung primär der Initiative von Privaten sowie von privaten oder öffentlichen Organisationen obliegt.[4702] Die Formen der Kulturförderung sind vielfältig. Zentrale Fördermassnahmen sind finanzielle Beiträge in Form von einmaligen oder wiederkehrenden Subventionen; daneben können auch andere Förderformen gesetzlich vorgesehen sein, wie etwa die Vergabe von Kulturpreisen und Stipendien, der Ankauf von Werken oder die unentgeltliche oder entgeltliche Bereitstellung von Produktions- und Vermittlungsräumen, von Infrastruktur oder Personal.[4703] 38

4696 Art. 8 LPCCA. Siehe auch Art. 3 Abs. 1 sowie 2 Kantonales Kulturförderungsgesetz vom 12.6.2012 (SR/BE 423.11; KKFG).

4697 Art. 6 Règlement d'application de la loi pour la promotion de la culture et de la création vom 7.5.2025 (SR/GE C 3 05.01; RPCCA).

4698 Art. 5 LPCCA. Siehe auch Art. 1 Kulturgesetz vom 31.3.2009 (SR/AG 495.200; KG).

4699 Art. 2 Abs. 2 LEAC; Art. 22 Abs. 2 RPCCA; Art. 1 Abs. 2 KFG/SG. Siehe auch Art. 2 Abs. 2 Loi sur la vie culturelle et la création artistique vom 8.4.2014 (SR/VD 446.11; LVCA); Art 2 Abs. 3 Legge sul sostegno alla cultura vom 16.12.2013 (SR/TI 440.100).

4700 SGK-Schweizer/Bernet/Fankhauser, Art. 69 BV N. 20.

4701 Art. 9–11 Verordnung über das immaterielle Kulturerbe vom 8.9.2020 (SR/FR 480.21); Art. 8 und 35 LPMI; art. 1–4 und 12-13 RLPMI.

4702 Art. 3 Abs. 1 LEAC; Art. 5 Abs. 3 LPCCA; Art. 2 Abs. 1 KAG.

4703 Art. 10 und 13 LEAC; Art. 6 LPCCA; Art. 4 KFG/UR. Siehe auch Art. 8 LVCA; Art. 8 KAG.

C. Förderung in Notsituationen

39 Die Pflicht zur Förderung der Kultur besteht gerade auch in Notsituationen, etwa bei Pandemien, bewaffneten Konflikten, Naturkatastrophen oder Cyberattacken. Dies ergibt sich aus der hohen Bedeutung, die der Kultur in einem föderalen Staat zukommt, sowie einem Bewusstsein für ihre **systemrelevante Bedeutung** in einer pluralistischen Demokratie. Die Förderung der Kultur durch die öffentliche Hand trägt zur demokratischen Entwicklung der Gemeinschaft bei und ermöglicht eine Offenheit für Ideen anderer Menschen, die für die Ausübung grundlegendster Rechte und Pflichten der Bürgerinnen und Bürger unerlässlich ist.[4704]

40 Die COVID-19-Epidemie zwischen 2020 und 2022 hat den gesamten Kultursektor mit erheblichen wirtschaftlichen und strukturellen Schwierigkeiten konfrontiert. Um die sozialen und wirtschaftlichen Folgen für Kulturschaffende und Kulturinstitutionen zu mildern, wurden eine Reihe von dringlichen Massnahmen ergriffen.[4705] Die Massnahmen verfolgten ein dreifaches Ziel, nämlich die wirtschaftlichen[4706] Folgen der Pandemie für Kulturunternehmen, Kulturschaffende und Kulturvereine im Laienbereich abzumildern, die Kulturunternehmen bei der Anpassung an die neuen Bedingungen zu unterstützen sowie die kulturelle Vielfalt zu erhalten (Art. 1 **Covid-19-Kulturverordnung**). Das dezentral verwaltete System dieser Massnahmen sowie die verstärkte Zusammenarbeit zwischen den staatlichen Akteuren aller föderaler Ebenen, der Zivilgesellschaft und dem Privatsektor wurden rückblickend als positiv bewertet.[4707] Die Pandemie verdeutlichte aber auch systemische Schwächen des Kultursektors, insbesondere die prekären Arbeitsbedingungen der Kulturschaffenden und deren mangelnde soziale Absicherung.[4708]

41 Notsituationen unterstreichen die Notwendigkeit einer **kontinuierlichen staatlichen Kulturförderung** unter enger Zusammenarbeit von Bund, Kantonen und Gemeinden, sowie staatlicher Schutzmassnahmen,

---

4704 Kulturbotschaft 2012–2015, S. 2981.

4705 Zu den Unterstützungsmassnahmen im Kulturbereich einführend Raschèr/Uhlig/Neeser, N. 8 ff.; Uhlmann et al., N. 234 ff.

4706 Zum Begriff der Nothilfe für Kulturschaffende, siehe das Urteil des BVGer B-4052/2021 vom 13.6.2022.

4707 Kulturbotschaft, 2025–2028, S. 10 f.; Schwenkel/Ritz/Pestoni, S. 5 f.

4708 Kulturbotschaft 2025–2028, S. 11.

einschliesslich eines verstärkten Schutzes des kulturellen Erbes. Da diese Situationen oftmals nationale Grenzen überschreiten, sind internationale Instrumente wie die Haager Konvention von 1954 und das UNESCO-Übereinkommen von 1970 besonders bedeutsam. Darüber hinaus gewinnt in einem vom Klimawandel geprägten Umfeld die Frage der Nachhaltigkeit zunehmend an Bedeutung. Gerade Kulturinstitutionen tragen als öffentliche Akteure diesbezüglich eine Verantwortung gegenüber der Gesellschaft. Sie müssen sich im Rahmen ihrer Möglichkeiten für eine nachhaltige Entwicklung einsetzen.[4709] Die Schaffung eines die Kulturkompetenzen von Bund und Kantonen übergreifenden normativen Handlungsrahmens ist entscheidend, um eine rasche und wirksame Reaktion auf aktuelle und zukünftige Notsituationen unterschiedlichster Art zu gewährleisten.

D. Unterstützung der digitalen Transformation des Kultursektors

Die **digitale Transformation** bietet neue Möglichkeiten für den Kultursektor. Sie stellt jedoch auch eine grosse Herausforderung für den gesamten Sektor dar und führt zu tiefgreifenden Veränderungen in allen Phasen des kulturellen Schaffens. Es entstehen neue Kanäle für die Verbreitung und Vermittlung von Kultur sowie neue Mittel für deren Archivierung und Bewahrung.[4710] Blockchain-Technologien, Streaming-Plattformen und der zunehmende Einsatz künstlicher Intelligenz in der Kulturproduktion und -distribution definieren die Beziehungen zwischen Kulturschaffenden, Institutionen und Publikum neu.[4711] Diese Entwicklungen werfen nicht nur gewichtige Datenschutzfragen auf (Art. 13 BV),[4712] sondern stellen auch neue wirtschaftliche Herausforderungen im Zusammenhang mit dem Urheberrecht,[4713] der angemessenen Vergütung und der gerechten Verteilung wirtschaftlicher Erträge (Art. 27 BV). Zugleich berühren sie Grundrechte wie die Kunstfreiheit (Art. 21 BV) und die Meinungsäusserungsfreiheit (Art. 16 BV). 42

Der Bund hat den digitalen Wandel zu einer Priorität seiner Kulturpolitik gemacht[4714] und will Förderungsinstrumente entwickeln, die den neuen 43

4709 Nationaler Kulturdialog, Ökologie im Kulturbereich, S. 8 ff.; Solt, S. 12 f.
4710 Kulturbotschaft 2025–2028, S. 17 ff.
4711 Kulturbotschaft 2025–2028, S. 17 ff.
4712 OK-Drittenbass, Art. 13 BV N. 14.
4713 Vgl. Benhamou/Ferland.

digitalen Produktions- und Verbreitungsformen Rechnung tragen. Im Rahmen seiner verfassungsmässigen Kulturförderungspflichten kommt ihm dabei eine besondere Verantwortung zu, günstige Rahmenbedingungen für eine chancengerechte, zugängliche und rechtlich gesicherte **digitale Infrastrukturen** zu schaffen und die digitalen Kompetenzen im Kultursektor zu fördern.[4715] Bund und Kantone sind im Rahmen ihrer jeweiligen Kompetenzen gefordert, dieser Entwicklung angemessen zu begegnen, etwa durch Fördermassnahmen oder der Anpassung rechtlicher Grundlagen, beispielsweise im Urheberrecht.

VII. KULTURGÜTERSCHUTZ

A. Zweck und Rechtsgrundlagen

44 Auch der **Kulturgüterschutz** zählt zur Kulturförderung im Sinn von Art. 69 Abs. 2 BV.[4716] Der Kulturgüterschutz ist Voraussetzung für die kulturelle Vielfalt und Teilhabe. Das Kulturgüterrecht bezweckt Kulturgüter vor Zerstörung, Diebstahl, Plünderung und illegaler Ein- und Ausfuhr zu schützen.[4717]

45 Als **Kulturgut** gelten Güter, die aus religiösen oder weltlichen Gründen für Archäologie, Vorgeschichte, Geschichte, Literatur, Kunst oder Wissenschaft bedeutungsvoll sind und in einer Kategorie der in der UNESCO-Konvention von 1970 enthaltenen Liste von Kulturgütern aufgelistet sind (Art. 2 Abs. 1 KGTG). Die Schweiz hat die UNESCO-Kulturgüterschutzkonvention[4718] ratifiziert. Mit der Ratifizierung des UNESCO-Übereinkommens zum Schutz des Unterwasser-Kulturerbes wurde der Begriff des Kulturguts in Art. 2 Abs. 1 KGTG um die Definition des Unterwasser-Kulturerbes gemäss dem Übereinkommen ergänzt.[4719] Neben diesen beiden internationalen Rechtsinstrumenten regelt eine Reihe weiterer internationaler

4714. Vgl. Kulturbotschaft 2012–2015, S. 2973 f.; Kulturbotschaft 2016–2020, S. 520 f., 525 f.

4715. Kulturbotschaft 2025–2028, S. 17 ff.

4716. SGK-Schweizer/Bernet/Fankhauser, Art. 69 BV N. 29; Renold, Kulturgutschutz, N. 12 f.

4717. Zum Kulturgüterrecht einführend Renold, Kulturgutschutz; Odendahl, Kulturgüterschutz; Odendahl, Kulturgüterrecht. Zu Fragen der Restitution von Kulturgut einführend Schönenberger.

4718. Übereinkommen über Massnahmen zum Verbot und zur Verhütung der rechtswidrigen Einfuhr, Ausfuhr und Übereignung von Kulturgut vom 14.11.1970, in Kraft getreten für die Schweiz am 3.1.2004 (SR 0.444.1).

Übereinkommen Einzelheiten des Kulturgüterschutzes.[4720] Der Bund ist seiner Verpflichtung zur gesetzlichen Umsetzung seiner internationalrechtlichen Verpflichtungen im Kulturgütertransfergesetz[4721] nachgekommen. Dieses regelt die Einfuhr von Kulturgut in die Schweiz, seine Durch- und Ausfuhr sowie seine Rückführung aus der Schweiz (Art. 1 KGTG).

Der Handel mit beweglichen Kulturgütern unterliegt Einschränkungen, um 46
den illegalen Handel zu bekämpfen. Der Bund stützt sich für die Regulierung des Verkehrs mit beweglichen Kulturgütern auch auf seine Kompetenz zur **Regulierung privatwirtschaftlicher Tätigkeiten** nach Art. 95 Abs. 1 BV. Umstritten ist, wie weit mit dem Kulturgüterschutz in den freien Markt eingegriffen werden darf.[4722] Das öffentliche Interesse an einer Regulierung des freien Marktes zum Schutz von Kulturgütern ist sowohl im Völkerrecht als auch im Verfassungsrecht im Grundsatz anerkannt. Der EGMR hat im Urteil *Beyeler gegen Italien* die Kontrolle des Kulturgütermarkts durch Italien als öffentliches Interesse zum Schutz des kulturellen und künstlerischen Erbes eines Landes anerkannt.[4723] Vertragsstaaten haben gemäss EGMR im Rahmen des Eigentumsschutzes (Art. 1, 1. Zusatzprotokoll zur EMRK vom 20. März 1952 (von der Schweiz nicht ratifiziert)) einen gewissen Ermessensspielraum, um zu beurteilen, was als Kulturgüterschutz im öffentlichen Interesse liegt.[4724] Diese Abwägung bleibt im Einzelfall anspruchsvoll und darf nicht für dem Kulturgüterschutz fremde Zwecke, wie etwa dem Handel mit Kulturgütern, instrumentalisiert werden.

B. Umgang mit historisch belasteten Kulturgütern

Die Schweiz hat 1998 die «Washingtoner Richtlinien»[4725] (auch Washingtoner 47
Prinzipien) angenommen, die Grundsätze für die Rückgabe von Kulturgütern von Opfern des Holocaust und anderen Opfern der Verfolgung durch die Nazis festlegen. In diesem Rahmen hat der Bund eine Reihe von Massnahmen

4719 Übereinkommen über den Schutz des Unterwasser-Kulturerbes vom 2.11.2001, in Kraft getreten für die Schweiz am 25.1.2020 (SR 0.444.2); Petrig/Stemmler, S. 8 f.

4720 Eine Übersicht findet sich bei Raschèr, Grundlagen, N. 30 ff.

4721 Bundesgesetz über den internationalen Kulturgütertransfer vom 20.6.2003 (SR 444.1; Kulturgütertransfergesetz, KGTG); vgl. Raschèr/Renold/Desboeufs, N. 208 ff.

4722 Zum Ganzen Merryman/Elsen/Urice, S. 121 ff.

4723 EGMR *Beyeler gegen Italien*, Nr. 33202/96, 5.1.2000, N. 112.

4724 EGMR *Beyeler gegen Italien*, Nr. 33202/96, 5.1.2000, N. 112.

4725 Washington Conference Principles on Nazi-Confiscated Art vom 3.12.1998.

ergriffen, um geraubte Kulturgüter zu identifizieren und die Richtlinien umzusetzen,[4726] u.a. durch die Einrichtung einer Anlaufstelle für Raubkunst und die Vergabe von Geldern für die Provenienzforschung.[4727] Die Bundesversammlung hat mit Annahme der sog. Motion Pult einen weiteren Schritt zur Umsetzung der Washingtoner Prinzipien unternommen und den Bund zur Einsetzung einer **Kommission** zur Beurteilung einschlägiger Anfragen verpflichtet.[4728] Mit dem Inkrafttreten der Verordnung über die unabhängige Kommission für historisch belastetes Kulturerbe (VUKBK)[4729] am 1. Januar 2024 soll eine ständige Verwaltungskommission mit beratender und vorbereitender Funktion im Sinne von Art. 8a Abs. 2 RVOV[4730] geschaffen werden. Die verabschiedete Verordnung wirft eine Reihe von berechtigten Fragen auf, insbesondere in Bezug auf das Legalitätsprinzip,[4731] den Umfang des Geltungsbereichs[4732] und das vorgesehene Verfahren.[4733] Mit der Teilrevision des KGTG wurde die Kommission nachträglich mit einer formellen gesetzlichen Grundlage ausgestattet und wurden ihre Aufgaben definiert.[4734] In der Folge hat der Bundesrat die VUKBK durch die Verordnung über die Kommission für historisch belastetes Kulturerbe (VKHBK) ersetzt[4735] und die Mitglieder der Kommission für historisch belastetes Kulturerbe (KHBK) eingesetzt.[4736] Die Kommission hat kurz darauf ihre Tätigkeit aufgenommen und erarbeitet unter anderem ein Verfahrensreglement für die

4726 Raschèr, Raubkunst, N. 744 ff., 769 ff.

4727 EDI, NS-Raubkunst im Zeitraum von 2017–2021, S. 14; zur Provenienzforschung im Allgemeinen siehe https://www.bak.admin.ch/bak/de/home/kulturerbe/raubkunst/provenienzforschung-in-der-schweiz.html, besucht am 17.3.2026.

4728 Motion Pult (21.4403) «Unabhängige Kommission für NS-verfolgungsbedingt entzogene Kulturgüter» vom 9.12.2021.

4729 Verordnung über die unabhängige Kommission für historisch belastetes Kulturerbe vom 22.11.2023 (SR 444.21; VUKBK); Lehmann, S. 72 ff.

4730 Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung vom 25.11.1998 (SR 172.010.1; RVOV).

4731 Kulturbotschaft 2025–2028, S. 109 f.; Catrina/Müller-Chen, S. 112.

4732 Uhlmann/Eckstein, S. 12 f.; Stellungnahme VMS und ICOM Schweiz «Botschaft über die Förderung der Kultur 2025–2028» vom 13.9.2023, S. 4, abrufbar unter https://www.museums.ch/de/unser-engagement/mitteilungen/stellungnahmen-3334.html, besucht am 17.3.2026.

4733 Uhlmann/Eckstein, S. 19 f.

4734 Änderung vom 21.3.2025, BBl 2025 1098.

4735 Verordnung über die Kommission für historisch belastetes Kulturerbe vom 28.1.2026 (SR 444.21; VKHBK).

4736 Medienmitteilung Bundesrat vom 28.1.2026, abrufbar unter https://www.news.admin.ch/de/newnsb/KXYO_MTy2InclKbDCTubR, besucht am 13.4.2026.

Behandlung von Einzelfällen.[4737] Es handelt sich im internationalen Vergleich um die erste Kommission, die sich mit Restitutionen sowohl aus dem NS-Kontext aus auch aus dem kolonialen Kontext befasst.

48 Unter dem Gesichtspunkt der beschränkten Bundeskompetenzen im Bereich der Kultur ist es fraglich, ob die Einsetzung einer Kommission, die Empfehlungen zur Rückgabe von Kunstwerken oder anderer Kulturgüter etwa aus Beständen **kantonaler Museen** ausspricht, in die Zuständigkeit des Bundes fällt.[4738] Die im Parlament offen gelassene Frage wird bei Vorliegen eines konkreten Anwendungsfalles zu beantworten sein.[4739]

Zu den Autorinnen

Vanessa Rüegger, Advokatin und Mediatorin SAV, ist ordentliche Professorin für Öffentliches Recht an der Universität Genf. Sie hat sich mit einer Arbeit zur Kunstfreiheit (Art. 21 BV) an der Universität Basel habilitiert und ist beratend und prozessierend für Kulturbehörden auf Bundes- und Kantonsebene tätig. Sie ist Mitglied im Museumsrat des Schweizerischen Nationalmuseums.

Tatiana Holmer, MLaw, MA, ist wissenschaftliche Assistentin und Doktorandin an der Universität Genf. Ihre Doktorarbeit befasst sich mit der Regelung zur Bewahrung des immateriellen Kulturerbes im schweizerischen Recht.

Dank

Die Autorinnen danken den Herausgebern, Prof. Dr. Odile Ammann, LL.M., sowie Dr. Stefan Schlegel, sowie den beiden Peer Reviewern für die kritische Durchsicht dieser Kommentierung.

WEITERE EMPFOHLENE LEKTÜRE

Bandle Anne-Laure/Renold Marc-André, Droit de l'art et des biens culturels, Basel 2022.

4737 Medienmitteilung KHBK vom 17.3.2026, abrufbar unter https://www.khbk.admin.ch/de/medienmitteilungen-de, besucht am 13.4.2026.

4738 Catrina/Müller-Chen, S. 112 f.; SGK-Schweizer/Bernet/Fankhauser, Art. 69 BV N. 30; Uhlmann, Der Fall Curt Glaser, S. 157 ff.; Uhlmann/Eckstein, S. 39 f.

4739 Zum Ganzen Uhlmann/Eckstein, S. 39 f.

Dal Molin Gioia, Von der schwierigen Kunst, Kunst zu fördern. Staatliches und nicht-staatliches Engagement für die bildende Kunst in der Schweiz, 1950–1980 (Diss. Zürich), Zürich 2018.

Freitag Markus/Zumbrunn Alina, § 3 Politische Kultur, in: Papadopoulos Yannis/Sciarini Pascal/Vatter Adrian/Häusermann Silja/Emmenegger Patrick/Fossati Flavia (Hrsg.), Handbuch der Schweizer Politik/Manuel de la politique suisse, 7. Aufl., Basel 2022, S. 85 ff.

Graber Christoph Beat, Kulturverfassung, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Bd. 3: Verfassungsorgane, Verfahren, Bereichsverfassungen, Zürich et al. 2020, S. 2309 ff. (zit. Kulturverfassung).

Marx Lisa, Fédéralisme, art et démocratie. Fabriquer les politiques culturelles en Suisse (Diss. Genf), Zürich et al. 2025.

Mosimann Peter/Renold Marc-André/Raschèr Andrea F.G. (Hrsg.), Kultur, Kunst, Recht. Schweizerisches und internationales Recht, 2. Aufl., Basel 2020.

Müller Georg, Kulturförderung als Staatsaufgabe und ihre Finanzierung, in: Favre Anne-Christine/Flückiger Alexandre (Hrsg.), Droit et culture. Recueil de textes à l'occasion des 75 ans de Pierre Moor, Lausanne 2015, S. 83 ff.

Raschèr Andrea F.G./Bandle Anne Laure (Hrsg.), Kulturrecht Kunstrecht. Lehr- und Praxishandbuch, Zürich et al. 2026.

Rüegger Vanessa, Kunstfreiheit (Habil. Basel), Basel et al. 2020.

Valär Rico Franc, Wie viel Kulturpolitik braucht die Schweiz?, in: Kreis Georg (Hrsg.), Wie viel Staat braucht die Schweiz?, Basel 2019, S. 123 ff.

LITERATURVERZEICHNIS

Aubert Jean-François/Mahon Pascal, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zürich et al. 2003.

Bandle Anne-Laure/Renold Marc-André, Droit de l'art et des biens culturels, Basel 2022.

Belser Eva Maria/Molinari Eva, Kommentierung zu Art. 7 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Schweizerische Bundesverfassung. Basler Kommentar, 2. Aufl., Basel 2025.

Benhamou Yaniv/Ferland Justine, Digitization of GLAM Collections and Copyright. Policy Paper, GRUR International, 71 (2022) 5, S. 403 ff., abrufbar unter https://archive-ouverte.unige.ch/unige:160723, besucht am 17.3.2026.

Biaggini Giovanni, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017.

Briel André/Waespi Oliver/Zimmermann Daniel, Kulturrecht des Bundes, in: Ehrenzeller Bernhard (Hrsg.), Bildungs-, Kultur- und Sprachenrecht, Basel 2018, S. 561 ff.

Catrina Ramona/Müller-Chen Markus, Unabhängige Eidgenössische Kommission für während des Nationalsozialsozialismus gestohlene resp. verfolgungsbedingt entzogene Kulturgüter?, in: Mosimann Peter/Schönenberger Beat (Hrsg.), Kunst & Recht 2022/Art & Law 2022, S. 97 ff.

Dal Molin Gioia, Von der schwierigen Kunst, Kunst zu fördern. Staatliches und nicht-staatliches Engagement für die bildende Kunst in der Schweiz, 1950–1980 (Diss. Zürich), Zürich 2018.

Drittenbass Joel, Kommentierung zu Art. 13 BV, in: Schlegel Stefan/Ammann Odile (Hrsg.), Onlinekommentar zur Bundesverfassung, Version 22.4.2025, abrufbar unter https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/bv13, besucht am 13.4.2026.

Engi Lorenz, Die religiöse und ethische Neutralität des Staates. Theoretischer Hintergrund, dogmatischer Gehalt und praktische Bedeutung eines Grundsatzes des schweizerischen Staatsrechts (Habil. St. Gallen), Zürich et al. 2017.

Gavillet Aurélie, Kommentierung zu Art. 67a BV, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Constitution fédérale. Commentaire romand, Basel 2021.

Geiser Thomas/Graber Christoph Beat, Kommentierung zu Art. 71 BV, in: 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 et al. 2023.

Graber Christoph Beat, Zwischen Geist und Geld. Interferenzen von Kunst und Wirtschaft aus rechtlicher Sicht (Diss. Florenz), Baden-Baden 1994 (zit. Zwischen Geist und Geld).

Graber Christoph Beat, Kulturverfassung, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Bd. 3: Verfassungsorgane, Verfahren, Bereichsverfassungen, Zürich et al. 2020, S. 2309 ff (zit. Kulturverfassung).

Gredig Markus, Der Schutz des UNESCO-Welterbes in der Schweiz. Gegenstand, Inhalt und Umsetzung des Übereinkommens zum Schutz des Kultur- und Naturgutes der Welt vom 23. November 1972 (Diss. Freiburg), Bern 2014.

Häberle Peter, Vom Kulturstaat zum Kulturverfassungsrecht, in: Häberle Peter (Hrsg.), Kulturstaatlichkeit und Kulturverfassungsrecht, Darmstadt 1982, S. 1 ff.

Hänni Peter/Epiney Astrid, Kommentierung zu Art. 67a, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Schweizerische Bundesverfassung. Basler Kommentar, 2. Aufl., Basel 2025.

Hauser Claude/Tanner Jakob, Einleitung: Pro Helvetia als Paradox, in: Hauser Claude/Seger Bruno/Tanner Jakob (Hrsg.), Zwischen Kultur und Politik. Pro Helvetia 1939 bis 2009, Zürich 2010, S. 11 ff.

Holland Andrew, Bundesstaatliche Kunstförderung in der Schweiz. Anregungen aus einem Rechtsvergleich mit den USA (Diss. St. Gallen), Zürich 2002.

Huster Stefan, Die ethische Neutralität des Staates. Eine liberale Interpretation der Verfassung (Habil. Heidelberg), 2. Aufl., Tübingen 2017.

Kessler Franz, Die Schweizerische Kulturstiftung Pro Helvetia (Diss. Zürich), Zürich 1993.

Kiener Regina, § 57 Bildung, Forschung und Kultur, in: Thürer Daniel/Aubert Jean-François/Müller Jörg Paul (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, S. 903 ff.

Kley Andreas, Kommentierung zu Art. 29a BV, in: 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 et al. 2023.

Lehmann Hannah, Die schweizerische Restitutionspraxis im Lichte der Washingtoner Prinzipen (Diss. Bonn), Berlin et al. 2024.

Lenski Sophie-Charlotte, Öffentliches Kulturrecht. Materielle und immaterielle Kulturwerke zwischen Schutz, Förderung und Wertschöpfung, Tübingen 2013.

Merryman John Henry/Elsen Albert E./Urice Stephen K., Law, Ethics and the Visual Arts, 5. Aufl., Aalphen aan den Rijn 2007.

Müller Jörg Paul, Perspektiven der Demokratie. Vom Nationalmythos Wilhelm Tell zur Weltsicht Immanuel Kants, Bern 2012 (zit. Perspektiven der Demokratie).

Müller Jörg Paul/Schefer Markus, Grundrechte in der Schweiz. Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4. Aufl., Bern 2008.

Müller Jörg Paul, Einheit der Verfassung und Vielfalt der Kultur, in: Blankenagel Alexander/Pernice Ingolf/Schulze-Fielitz Helmuth (Hrsg.), Verfassung im Diskurs der Welt. Liber Amicorum für Peter Häberle zum siebzigsten Geburtstag, Tübingen 2004, S. 17 ff. (zit. Einheit der Verfassung).

Nafziger James A.R./Kirkwood Paterson Robert/Dundes Renteln Alison, Cultural Law. International, Comparative, and Indigenous, Cambridge 2014.

Noël Yves, Kommentierung zu Art. 69 BV, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Constitution fédérale. Commentaire romand, Basel 2021.

Odendahl Kerstin, Kulturgüterrecht, 2. Aufl., Baden-Baden 2017 (zit. Kulturgüterrecht).

Odendahl Kerstin, Kulturgüterschutz (Habil. Tübingen), Tübingen 2005 (zit. Kulturgüterschutz).

Petrig Anna/Stemmler Maria, UNESCO-Übereinkommen über den Schutz des Unterwasserkulturerbes. Unvollständige Umsetzung durch die Schweiz, ZSR 139 (2020) S. 47 ff.

Pfändler-Oling Brigitte, Die verfassungsrechtliche Grundlage der Kulturförderung im Bund, Kulturbegriff, Art. 69 BV im Verfassungszusammenhang (Diss. Basel), Basel 2010.

Raschèr Andrea F.G./Bandle Anne Laure (Hrsg.), Kulturrecht Kunstrecht. Lehr- und Praxishandbuch, Zürich et al. 2026.

Raschèr Andrea F.G./Bucheli Markus, Eine Brücke zwischen kirchlichem und staatlichem Kulturgüterrecht, AJP/PJA (2023) S. 190 ff.

Raschèr Andrea F.G., 1. Kapitel: Kultur und Kunst als Materie des Rechts. § 1 Kultur, in: Mosimann Peter/Renold Marc-André/Raschèr Andrea F.G. (Hrsg.), Kultur, Kunst, Recht. Schweizerisches und internationales Recht, 2. Aufl., Basel 2020, S. 7 ff. (zit. Kultur).

Raschèr Andrea F.G./Lohri Andrea/Maget Dominicé Antoinette, 3. Kapitel: Nationale Kulturpolitik und Völkerrecht, in: Mosimann Peter/Renold Marc-André/Raschèr Andrea F.G. (Hrsg.), Kultur, Kunst, Recht. Schweizerisches und internationales Recht, 2. Aufl., Basel 2020, S. 151 ff.

Raschèr Andrea F.G., 6. Kapitel: Kulturgütertransfer. § 1 Grundlagen, in: Mosimann Peter/Renold Marc-André/Raschèr Andrea F.G. (Hrsg.), Kultur, Kunst, Rech. Schweizerisches und internationales Recht, 2. Aufl., Basel 2020, S. 383 ff. (zit. Grundlagen).

Raschèr Andrea F.G./Renold Marc-André/Desboeufs Morgane, 6. Kapitel: Kulturgütertransfer. § 4 Kulturgütertransfergesetz, in: Mosimann Peter/Renold Marc-André/Raschèr Andrea F.G. (Hrsg.), Kultur, Kunst, Recht. Schweizerisches und internationales Recht, 2. Aufl., Basel 2020, S. 439 ff.

Raschèr Andrea F.G., 6. Kapitel: Kulturgütertransfer. § 10 Raubkunst, in: Mosimann Peter/Renold Marc-André/Raschèr Andrea F.G. (Hrsg.), Kultur, Kunst, Recht. Schweizerisches und internationales Recht, 2. Aufl., Basel 2020, S. 581 ff. (zit. Raubkunst).

Raschèr Andrea F.G./Uhlig Kai-Peter/Neeser Marco, § 8 Kultur, in: Helbing Lichtenhahn Verlag (Hrsg.), Covid-19. Ein Panorama der Rechtsfragen zur Corona-Krise, Basel 2020, S. 247 ff.

Raschèr Andrea F.G./Christen Claudia/Tribolet Thomas, Kulturförderung des Bundes. Chancen und Grenzen des neuen Kulturartikels, AJP/PJA 9 (2001) S. 1035 ff.

Renold Marc-André/Morgane Desboeufs, Droit suisse, in: Cornu Marie/Fromageau Jérôme/Frigo Manlio/Négri Vincent/Renold Marc-André/Hance Clea/Wallaert Catherine (Hrsg.), Dictionnaire comparé du droit du patrimoine culturel, 2. Aufl., Paris 2025, S. 164 ff.

Renold Marc-André/Mosimann Peter, 1. Kapitel: Kultur und Kunst als Materie des Rechts. § 2 Kunst, in: Mosimann Peter/Renold Marc-André/Raschèr Andrea F.G. (Hrsg.), Kultur, Kunst, Recht. Schweizerisches und internationales Recht, 2. Aufl., Basel 2020, S. 21 ff.

Renold Marc-André, Kulturgutschutz in der Schweiz, in: Von der Decken Kerstin/Fechner Frank/Weller Mathias (Hrsg.), Kulturgutschutzgesetz. Kommentar, Baden-Baden 2020, S. 86 ff. (zit. Kulturgutschutz).

Renold Marc-André, Le droit de l'art et des biens culturels en Suisse. Questions choisies, ZSR 129 (2010) S. 137 ff.

Rhinow René/Schefer Markus/Uebersax Peter, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3. Aufl., Basel 2016.

Rohr Adolf/Philipp Albert Stapfer, Minister der Helvetischen Republik und Gesandter der Schweiz in Paris 1798–1803, Baden 2005.

Rüegger Vanessa, Kunstfreiheit (Habil. Basel), Basel et al. 2020.

Rüegger Vanessa/Hafner Felix, Kommentierung zu Art. 21, in: 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 et al. 2023.

Schack Heimo, Kunst und Recht. Bildende Kunst, Architektur, Design und Fotografie im deutschen und internationalen Recht, 4. Aufl., Tübingen 2024.

Schmidt-Gabain Florian, Kommentierung zu Art. 69 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Schweizerische Bundesverfassung. Basler Kommentar, 2. Aufl., Basel 2025.

Schönenberger Beat, Restitution von Kulturgut, Bern 2009.

Schorlemers Sabine/Stoll Peter-Tobias (Hrsg.), The UNESCO Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions. Explanatory Notes, Berlin 2014.

Schweizer Rainer J./Bernet Stephanie Andrea, Kommentierung zu Art. 67a BV, in: 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 et al. 2023.

Schweizer Rainer J./Bernet Stephanie Andrea/Fankhauser Kim, Kommentierung zu Art. 69 BV, in: 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 et al. 2023.

Schweizer Rainer J., Der neue Kulturartikel der Bundesverfassung, ZSR 120 (2001) S. 185 ff.

Schwenkel Christof/Ritz Manuel/Pestoni Amélie, Evaluation der Covid-19-Hilfen im Kulturbereich. Schlussbericht zuhanden des Bundesamts für Kultur (BAK), Luzern et al. 2023, abrufbar unter https://www.bak.admin.ch/bak/de/home/themen/covid19/abschluss-covid-unterstuetzung.html, besucht am 17.3.2026.

Solt Judit, Le courage d'expérimenter, Schweizer Museumszeitschrift 24 (2024), S. 12 f., abrufbar unter https://www.museums.ch/de/fachwelt/angebote/publikationen/museumszeitschrift-nr-24-5813.html, besucht am 17.3.2026.

Stadler Hansjörg, Die verfassungsrechtlichen Befugnisse des Bundes zur Förderung der Kultur (Diss. Freiburg), Zürich 1984.

Töndury Andrea, Kultur zwischen Einheit, Vielfalt und Föderalismus, in: Hotz Sandra/Zelger Ulrich (Hrsg.), Kultur und Kunst. Analysen und Perspektiven von Assistierenden des Rechtswissenschaftlichen Instituts der Universität Zürich, Zürich et al. 2010, S. 175 ff.

Uhlmann Felix/Eckstein Franca, Die Schaffung der unabhängigen Kommission für historisch belastetes Kulturerbe in der Schweiz, in: Mosimann Nicolas/Rüegger Vanessa/Schüpbach Lionel (Hrsg.), Kunst & Recht 2025/Art & Law 2025, S. 5 ff.

Uhlmann Felix, Der Fall Curt Glaser als Brennpunkt der Herausforderung der Schweizer Kunstmuseum unter den Washington Principles, in: Haldemann Anita/Rauser Judith (Hrsg.), Der Sammler Kurt Glaser. Vom Verfechter der Moderne zum Verfolgten, Berlin 2022, S. 156 ff. (zit. Der Fall Curt Glaser).

Uhlmann Felix/Raschèr Andrea F.G./Scheifele Eva/Wilhelm Martin, 4. Kapitel: Kulturförderung, in: Mosimann Peter/Renold Marc-André/Raschèr

Andrea F.G. (Hrsg.), Kultur, Kunst, Recht. Schweizerisches und internationales Recht, 2. Aufl., Basel 2020, S. 223 ff.

Uhlmann Felix/Bognuda Cristina, Zehn Thesen zu Kunstfreiheit und Kunstförderung, ZSR 127 (2008) S. 363 ff.

Uhlmann Felix, Die Neutralität der Verwaltung, ZBI 108 (2007) S. 211 ff. (zit. Neutralität der Verwaltung).

Vittoz Sarah, Les subventions aux arts de la scène. Aperçu et questions choisies en droit cantonal vaudois, in: Largey Thierry/Boillet Véronique (Hrsg.), Environnement et justice. Mélanges en l'honneur de la Professeure Anne-Christine Favre, Bern 2024, S. 135 ff.

Waldmann Bernhard, Wegkreuze und Gipfelkreuze im Visier, in: Zufferey Jean-Baptiste/Dubey Jacques/Previtali Adriano (Hrsg.), L'homme et son droit. Mélanges en l'honneur de Marco Borghi, Zürich 2011, S. 591 ff.

MATERIALIENVERZEICHNIS

Amtliches Bulletin der Bundesverfassung 1998 zur Reform der Bundesverfassung, Nationalrat, abrufbar unter https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/staat/archiv/bundesverfassung.html, besucht am 17.3.2026 (zit. AB 1998 N).

Amtliches Bulletin der Bundesverfassung 1998 zur Reform der Bundesverfassung, Ständerat, abrufbar unter https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/staat/archiv/bundesverfassung.html, besucht am 17.3.2026 (zit. AB 1998 S).

Botschaft zu dem Entwurf eines Beschlusses betreffend die Förderung und Hebung der schweizerischen Kunst vom 3.6.1887, BBl 1887 III 515 ff., abrufbar unter https://www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/viewOrigDoc.do?id=10013591&action=open, besucht am 17.3.2026 (zit. Botschaft Förderung und Hebung der Kunst).

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Organisation und die Aufgaben der schweizerischen Kulturwahrung und Kulturwerbung vom 14.12.1938, BBl 90 II 985 ff., abrufbar unter https://www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/viewOrigDoc.do?

id=10033812&action=open, besucht am 17.3.2026 (zit. Botschaft Kulturwahrung und Kulturwerbung).

Botschaft zur «Eidgenössische Kulturinitiative» vom 18.4.1984, BBl 1984 II 501 ff., abrufbar unter https://www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/viewOrigDoc.do?id=10049319&action=open, besucht am 17.3.2026.

Botschaft über einen Kulturförderungsartikel in der BV (Art. 27septies BV) vom 6.11.1991, BBl 1992 I 533 ff., abrufbar unter https://www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/viewOrigDoc.do?id=10052119&action=open, besucht am 17.3.2026.

Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20.11.1996 und Verfassungsentwurf 1996, BBl 1997 I 1 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1997/1_1_1_1/de, besucht am 17.3.2026 (zit. Botschaft BV).

Botschaft zur Förderung der Kultur in den Jahren 2025–2028 vom 1.3.2024, BBl 2024 753 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/fga/2024/753/de/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-fga-2024-753-de-pdf-a.pdf, besucht am 17.3.2026 (zit. Kulturbotschaft 2025–2028).

Botschaft zur Förderung der Kultur in den Jahren 2021–2024 vom 26.2.2020, BBl 2020 3131 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/fga/2020/725/de/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-fga-2020-725-de-pdf-a.pdf, besucht am 17.3.2026 (zit. Kulturbotschaft 2021–2024).

Botschaft zur Förderung der Kultur in den Jahren 2016–2020 vom 28.11.2014, BBl 2015 497 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/fga/2015/45/de/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-fga-2015-45-de-pdf-a.pdf, besucht am 17.3.2026 (zit. Kulturbotschaft 2016–2020).

Botschaft zur Förderung der Kultur in den Jahren 2012–2015 vom 23.2.2011, BBl 2011 2971 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/fga/2011/455/de/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-fga-2011-455-de-pdf-a.pdf, besucht am 17.3.2026 (zit. Kulturbotschaft 2012–2015).

Botschaft zum Bundesgesetz über die Kulturförderung vom 8.6.2007, BBl 2007 4819 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/fga/2007/681/de/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-fga-2007-681-de-pdf-a.pdf, besucht am 17.3.2026 (zit. Botschaft KFG).

Botschaft zur Totalrevision des Bundesgesetzes über den Schutz der Kulturgüter bei bewaffneten Konflikten vom 13.11.2013, BBl 2013 8987 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/fga/2013/1805/de/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-fga-2013-1805-de-pdf-a.pdf, besucht am 17.3.2026.

Botschaft zum Übereinkommen zur Bewahrung des immateriellen Kulturerbes vom 21.9.2007, BBl 2007 7251 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/fga/2007/1109/de/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-fga-2007-1109-de-pdf-a.pdf, besucht am 17.3.2026 (zit. Botschaft immateriellen Kulturerbe).

Botschaft zum Übereinkommen über den Schutz und die Förderung der Vielfalt kultureller Ausdrucksformen vom 21.9.2007, BBl 2007 7297 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/fga/2007/1112/de/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-fga-2007-1112-de-pdf-a.pdf, besucht am 17.3.2026 (zit. Botschaft kulturelle Ausdrucksformen).

Bundesamt für Kultur (BAK), Rahmenkonzept «Junge Talente Musik». Ein Förderprogramm des Bundes, Juni 2022, abrufbar unter https://www.bak.admin.ch/bak/de/home/sprachen-und-gesellschaft/musikalische-bildung/jung-talente-musik.html, besucht am 17.3.2026 (zit. Rahmenkonzept).

Bundesbeschluss über die «Eidgenössische Kulturinitiative» vom 20.12.1985, BBl 1986 I 45 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1986/1_45_46_46/de, besucht am 17.3.2026.

Bundesbeschluss betreffend die Errichtung einer schweizerischen Landesbibliothek vom 28.6.1894, BBl 1894 III 140 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1894/3_140_46_/de, besucht am 17.3.2026.

Bundesbeschluss über einen Kulturförderungsartikel in der Bundesverfassung (Art. 27^{septies} BV) vom 18.6.1993, BBl 1993 II 870 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1993/2_870_845_782/de, besucht am 17.3.2026.

Bundesbeschluss betreffend die Förderung und Hebung der schweizerischen Kunst vom 22.12.1887, BBl 1888 I 1 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1888/1_1_1_/de, besucht am 17.3.2026.

Bundesbeschluss betreffend die Errichtung eines schweizerischen Landesmuseums vom 27.6.1890, BBl 1890 III 640 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1890/3_640_914_/de, besucht am 17.3.2026.

Bundesratsbeschluss über das Ergebnis der Volksabstimmung vom 12.6.1994 (Kulturförderung; Einbürgerungsfragen; Friedenserhaltung) vom 16.8.1994, BBl 1994 III 1251 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1994/3_1251_1232_/de, besucht am 17.3.2026.

Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), General Comment No. 21, Right of Everyone to Take Part in Cultural Life (art. 15, para. 1(a), of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights) (21.12.2009), U.N. Doc. E/C.12/GC/21.

Deutsche UNESCO-Kommission, Weltkonferenz über Kulturpolitik. Schlussbericht der von der UNESCO vom 26.7 bis 6.8.1982 in Mexiko-Stadt veranstalteten internationalen Konferenz, UNESCO-Konferenzberichte, Nr. 5, München 1983.

Eidgenössischen Departements des Innern (EDI), Die Arbeiten des Bundes im Bereich der NS-Raubkunst im Zeitraum von 2017–2021. Bericht zuhanden des Bundesrats, 10.6.2022, abrufbar unter https://www.bak.admin.ch/bak/de/home/kulturerbe/raubkunst/die-anlaufstelle-raubkunst.html, besucht am 17.3.2026 (zit. NS-Raubkunst im Zeitraum von 2017–2021).

Eidgenössischen Expertenkommission für Fragen einer schweizerischen Kulturpolitik, Beiträge für eine Kulturpolitik in der Schweiz, Bern, August 1975, abrufbar unter https://www.bak.admin.ch/bak/de/home/themen/kulturfoerderungsgesetz/geschichte-der-bundesstaatlichen-kulturfoerderung.html#-1964039506, besucht am 17.3.2026 (zit. Clottu-Bericht).

Erläuterungen zum Verfassungsentwurf 1995, abrufbar unter https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/staat/archiv/bundesverfassung.html, besucht am 17.3.2026 (zit. Erläuterungen VE 95).

Human Rights Committee (HRC), Report of the Special Rapporteur in the Field of Cultural Rights (3.2.2016), U.N. Doc. A/HRC/31/59.

Human Rights Committee (HRC), Report of the Independent Expert in the Field of Cultural Rights (21.3.2011), U.N. Doc. A/HRC/17/38.

Nationaler Kulturdialog, Ökologie im Kulturbereich. Abschlussbericht, November 2024, abrufbar unter https://www.bak.admin.ch/bak/de/home/themen/nationaler-kulturdialog.html, besucht am 17.3.2026.

Nationaler Kulturdialog, Empfehlungen zur Entschädigung von Kunstschaffenden in der Schweiz, 22.4.2024, abrufbar unter https://www.bak.admin.ch/bak/de/home/themen/nationaler-kulturdialog.html, besucht am 17.3.2026.

Nationaler Kulturdialog, Konzept zur Bewahrung und Pflege des Kulturerbes der Schweiz, 13.11.2023, abrufbar unter https://www.bak.admin.ch/bak/de/home/themen/nationaler-kulturdialog.html, besucht am 17.3.2026.

UNESCO, MONDIACULT 2022 Final Declaration, UNESCO World Conference on Cultural Policies and Sustainable Development, Mexico City, 28–30.9.2022, MONDIACULT-2022/CPD/6.

ACHTUNG: Diese Version des Kommentars ist eine automatische maschinelle Übersetzung des Originals. Die Originalversion ist französisch. Die Übersetzung wurde mit www.deepl.com durchgeführt. Nur die Originalversion ist autoritativ. Die übersetzte Form des Kommentars kann nicht zitiert werden.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 74 BV

Eine Kommentierung von Clémence Demay

ZITIERVORSCHLAG

Clémence Demay, Kommentierung zu Art. 74 BV, in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (Hrsg.), Onlinekommentar zur Bundesverfassung

Kurzzitat: OK-Demay, Art. 74 BVN. XXX.

Art. 74 Umweltschutz

[1] Der Bund erlässt Vorschriften über den Schutz des Menschen und seiner natürlichen Umwelt vor schädlichen oder lästigen Einwirkungen.

[2] Er sorgt dafür, dass solche Einwirkungen vermieden werden. Die Kosten der Vermeidung und Beseitigung tragen die Verursacher.

[3] Für den Vollzug der Vorschriften sind die Kantone zuständig, soweit das Gesetz ihn nicht dem Bund vorbehält.

GLIEDERUNG

I. Entstehungsgeschichte und Kontext 1095
A. Art. 24septies aBV 1095
B. Der Aufstieg des internationalen Umweltrechts und die Verabschiedung des USG 1097
II. Eigentliche Stellungnahme 1100
A. Allgemeine Bemerkungen 1100
B. Art. 74 Abs. 1 – Schutz vor schädlichen und lästigen Einwirkungen 1100
C. Art. 74 Abs. 2 – Die wichtigsten Grundsätze 1103
1. Das Vorsorgeprinzip 1105
2. Das Vorsorgeprinzip 1106
3. Das Verursacherprinzip 1107
D. Art. 74 Abs. 3 – Kantonale Vollzug 1108
III. Schlussfolgerung 1109
Literaturverzeichnis 1110

I. ENTSTEHUNGSGESCHICHTE UND KONTEXT

Art. 74 BV – in seiner ersten Fassung 1971 in die Verfassung aufgenommen – ist das Ergebnis einer langen gesetzgeberischen Debatte. Hintergrund dieser Debatte waren zwei Feststellungen: die Zunahme der Umweltverschmutzung während der Phase des Wirtschaftswachstums nach dem Zweiten Weltkrieg und die Notwendigkeit, diesen Belastungen entgegenzuwirken. Diese Überlegungen, verbunden mit einer Konvergenz politischer Faktoren, die die Berücksichtigung der Erfordernisse des Umweltschutzes begünstigten, waren die treibenden Kräfte hinter den Diskussionen. Diese Verfassungsbestimmung entwickelte sich somit parallel zum **politischen, kollektiven und gesundheitlichen** Bewusstsein für die ökologische Fragilität und die untrennbare Verbindung zwischen Umwelt und menschlichem Leben. Die zunehmende Bedeutung dieser Anliegen im Völkerrecht spielte ebenfalls eine entscheidende Rolle bei der Entwicklung von Art. 74 BV. 1

In diesem Zusammenhang dient diese Bestimmung dazu, die Zuständigkeiten des Bundes im Bereich des Umweltschutzes im weiteren Sinne zu klären und neben dem Grundsatz der nachhaltigen Entwicklung (Art. 73 BV) als Leitlinie für Abschnitt 4 von Kapitel 2 von Titel 3 der Verfassung mit dem Titel «Umwelt und Raumordnung» zu dienen. Art. 74 BV führt den **«Kompetenzkatalog»** des Bundes, der Kantone und der Gemeinden im Bereich Umwelt ein. Dieser Katalog hat sich schrittweise entwickelt und spiegelt die Zersplitterung der Umweltrechtsquellen innerhalb der schweizerischen Rechtsordnung wider, da sich die Materie mit dem zunehmenden wissenschaftlichen Kenntnisstand in diesem Bereich immer komplexer und umfangreicher entwickelt hat. 2

A. Art. 24^{septies} aBV

Der aktuelle Art. 74 BV ist eine Übernahme von Art. 24^{septies} aBV. Diese erste Fassung der Umweltkompetenz wurde nach einer parlamentarischen Motion des Nationalrats **Julius Binder** von der Christlichdemokratischen Volkspartei am 13. März 1964 eingeführt, zu einer Zeit, als die Umweltverschmutzung in der Schweiz stark zunahm. Mit seinem Vorstoss forderte der Politiker die Schweizer Behörden auf, Massnahmen gegen Lärm, Erschütterungen, Rauch- und Gasemissionen zu ergreifen, die «in alarmierender Weise zunehmen [... und] eine erhebliche Gefahr für die Gesundheit von Mensch und Tier 3

darstellen». Sein Text fand bei seiner Einreichung große Resonanz. Denn er hatte das Ziel, einen anthropozentrischen und einen ökozentrischen Ansatz des Umweltschutzes zu verbinden, was ihn von anderen Stellungnahmen jener Zeit unterschied und ihm die Unterstützung einer Vielzahl von Akteuren einbrachte. Das Parlament nahm die Motion Binder ohne Gegenstimmen an, obwohl die Mehrheit des Bundesrats dagegen war. Letzterer war nun verpflichtet, ihr Folge zu leisten, und entschied sich dafür, eine entsprechende Umweltschutzbestimmung in die Verfassung aufzunehmen, die den Wortlaut der Motion übernimmt.

4 Vor der Verabschiedung dieses Artikels 24^septies^ aCst. wurde **die Umwelt** zwar in der Verfassung erwähnt, aber nur bestimmte Elemente wie Wasser, Wälder oder Kulturgüter waren darin enthalten. Auf Bundesebene wurde sie vor allem durch polizeiliche Vorschriften im Zusammenhang mit Fragen der Ausübung von Jagd- oder Fischereirechten geregelt, und ihr Schutz wurde durch Initiativen auf Kantonsebene gewährleistet. Zu dieser Zeit war die Umwelt in der Bundesgesetzgebung vor allem aufgrund ihrer Unwägbarkeiten – wie beispielsweise Hochwasser oder Erdrutsche – oder aufgrund spezifischer sektoraler Probleme (Bekämpfung der Entwaldung, Regulierung der chemischen Industrie und ihrer Wasserverschmutzung usw.) ein Thema von rechtlichem Interesse. Sie wurde nicht **ganzheitlich** behandelt, unter Berücksichtigung ihrer wesentlichen Eigenschaften für das Leben von Menschen und Tieren. Nur die Raumplanung enthielt damals eine Umweltkomponente, die jedoch marginal blieb.

5 Erst in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts fand der Begriff der Umwelt als eigenständiger Schutzgegenstand Eingang in die Verfassung.

In seiner Botschaft von 1970 zur Einführung von **Art. 24^septies^ aCst.** erklärte der Bundesrat, dass diese Bestimmung als Grundlage für «einen allgemeinen öffentlich-rechtlichen Schutz vor schädlichen und lästigen Einwirkungen» dienen sollte ». *De facto* hatte die Motion Binder angesichts zunehmender Belästigungen die Unzulänglichkeit des bestehenden Rechtsrahmens – insbesondere der Bestimmungen zum Nachbarrecht und zur privaten Haftung – aufgezeigt, um dem Ausmass der Beeinträchtigungen und ihren Folgen zu begegnen. Der Bundesrat stellte daraufhin fest, dass es an Fachwissen im Umweltbereich mangele, dass harmonisierte Massnahmen zum Schutz der Umwelt erforderlich seien sondern auch, dass die Kantone von ihrer Möglichkeit, den Umweltschutz zu regeln, nur in begrenztem Umfang

Gebrauch gemacht hatten, so dass es notwendig war, diesem Mangel an Maßnahmen abzuhelfen. Die **vorrangigen Anliegen** des Bundesrates in seiner Botschaft waren vor allem die Verschlechterung der Luftqualität und die Zunahme des Lärms durch die Industrie. Darüber hinaus unterstützte der Bundesrat seine Botschaft mit der Betonung einer offensichtlichen Tatsache: Die zunehmende Zunahme der Umweltverschmutzung und der Umweltschäden sei «immer [das Ergebnis] menschlicher Aktivitäten» und kein zufälliger Prozess der Erde, wie ein Teil der Öffentlichkeit und bestimmte politische Kreise seitdem zu behaupten versuchten.

Art. 24^{septies} wurde **1971 mit grosser Mehrheit vom Volk angenommen**, nachdem ein Vernehmlassungsverfahren mit überwiegend positiven Rückmeldungen abgeschlossen worden war. Art. 24^{septies} aBV bestätigte damit die Zuständigkeit des Bundes, Gesetze zu erlassen und Massnahmen zu ergreifen, um schädliche und/oder lästige Einwirkungen zu bekämpfen. 6

B. Der Aufstieg des internationalen Umweltrechts und die Verabschiedung des USG

Nach der Phase der ungebremsten Umweltverschmutzung im Zusammenhang mit dem wirtschaftlichen Aufschwung in den Jahren nach dem Zweiten Weltkrieg kündigten sich in den 1970er Jahren erste **Veränderungen zugunsten des Umweltschutzes** im Schweizer Recht an. Die politische Debatte wurde von der Angst der Bevölkerung vor dem Rückgang der Wälder und der Gefahr der Umweltverschmutzung dominiert. Vor diesem Hintergrund verschaffte die Verabschiedung von Art. 24^{septies} aCst. der Wählerschaft eine gewisse Erleichterung, da sie den politischen Willen zum Ausdruck brachte, Massnahmen zu ergreifen und in naher Zukunft eine allgemeine Umweltschutzgesetzgebung zu verabschieden. 7

Auf internationaler Ebene nahmen die Staaten aufgrund der supranationalen und grenzüberschreitenden Dimension der Probleme – die Auswirkungen der Umweltverschmutzung kennen keine Grenzen, und bestimmte gemeinsame Güter sind von erheblichen Schäden oder sogar vom Verschwinden bedroht – ebenfalls Stellung. Es kam zu einem Aufschwung des internationalen Umweltrechts. Unter der Schirmherrschaft der Vereinten Nationen wurde eine erste Umweltkonferenz organisiert. Sie mündete 1972 in **die Erklärung von Stockholm** und die Gründung des **Umweltprogramms der Vereinten Nationen** (UNEP). Analog zu Art. 24^{septies} aCst. spiegelt Grundsatz 2 dieser 8

Erklärung das Engagement der Staaten für den Umweltschutz wider und fordert den Kampf gegen verschiedene Formen der Umweltverschmutzung.

9 Obwohl in diesem Jahrzehnt die Besorgnis über die Bedrohung der Umwelt zunahm, vergingen zwischen der Verabschiedung von Art. 24^{septies} aCst und seiner Umsetzung durch das **Umweltschutzgesetz vom 7. Oktober 1983** (USG), das am 1. Januar 1985 in Kraft trat. Die Gesetzgebungsarbeiten begannen jedoch rasch nach der Verabschiedung der Verfassungsbestimmung unter der Leitung einer Expertenkommission unter dem Vorsitz von Prof. Leo Schürmann. Der 1974 zur Vernehmlassung vorgelegte Vorentwurf wurde jedoch von Wirtschaftskreisen und bestimmten politischen Gruppierungen als zu ehrgeizig beurteilt, da er insbesondere die Möglichkeit vorsah, die Kantone zur Verabschiedung von Anwendungsnormen zu verpflichten. Rückblickend kann der Text aufgrund seines Verweises auf das Konzept der «nachhaltigen Entwicklung» als «visionär» bezeichnet werden. Angesichts der Kritik an diesem Entwurf und aus politischen Gründen entschied sich der für das Dossier zuständige Bundesrat für Stillstand, bis 1977 eine neue Expertenkommission einen überarbeiteten Vorentwurf vorlegte. Dieser neue Entwurf berücksichtigte die zwischenzeitlichen Entwicklungen im internationalen Umweltrecht sowie die im Rahmen der ersten Vernehmlassung von 1974 geäusserte Kritik, wodurch er die Zustimmung der verschiedenen politischen Parteien erhielt. Nach diesem langwierigen Prozess wurde das USG schließlich am 7. Oktober 1983 verabschiedet.

10 Art. 1 Abs. 2 USG verankert die Grundsätze der Vorbeugung und Vorsorge (siehe unten II.B und II.C) und Art. 2 USG das Verursacherprinzip (siehe unten II.D), die später in Art. 74 Abs. 2 BV aufgenommen wurden. Dieses Bundesgesetz ist zwar nicht das einzige, das den verfassungsrechtlichen Auftrag zum Umweltschutz konkretisiert, doch spielt es aufgrund seines übergreifenden und allgemeinen Charakters eine zentrale Rolle in diesem Bereich. Die Lehre stellt das USG übrigens als eine Art «**allgemeinen Teil**» des Umweltrechts dar.

11 Ein Jahrzehnt nach dem Prozess, der zur Verabschiedung des USG führte, hat sich auch das internationale Umweltrecht weiterentwickelt. Vom 3. bis 14. Juni 1992 fand in Rio eine neue **Konferenz der Vereinten Nationen statt**. Sie mündete in einer neuen Erklärung, in der die Verpflichtung der Staaten zum Umweltschutz präzisiert und diese aufgefordert werden, diesbezüglich Gesetze zu erlassen. Bei dieser Gelegenheit wurde die

Klimarahmenkonvention der Vereinten Nationen (UNFCCC) verabschiedet. Sie zeugt von der Entwicklung der Umweltbelange der Staaten angesichts spezifischer Bedrohungen wie Klimawandel, Verlust der biologischen Vielfalt oder Wüstenbildung. Die UNFCCC verankert den Grundsatz der gemeinsamen, aber differenzierten Verantwortung der Akteure für die globale Erwärmung und verallgemeinert den Grundsatz der Kausalität. Auf der Grundlage dieser verschiedenen Grundsätze wurde der Wortlaut von Art. 24^{septies} aCst. bei der Totalrevision der Bundesverfassung von 1999 angepasst.

Im Rahmen dieser **Verfassungsrevision von 1999** war vorgesehen, den Wortlaut von Art. 24^{septies} aCst. zu ändern, um einen Verweis auf diese allgemeinen Grundsätze aufzunehmen und die Erwähnungen von Lärm und Luftverschmutzung zu streichen, um dieser Bestimmung eine umfassende Tragweite zu verleihen. Die Kammern betrachteten den Wortlaut der Bestimmungen über die Umweltkompetenzen als konsensfähig. Lediglich ihre Neuanordnung innerhalb des neuen Titels des Abschnitts «Umwelt und Raumplanung» war Gegenstand von Diskussionen während der Sitzungen. Letztendlich einigten sich die Kammern darauf, dass die Umweltkompetenz des Bundes Vorrang vor der Raumplanungskompetenz hat, da sie eine Voraussetzung für Letztere darstellt. Art. 24^{septies} aBV wurde somit zu Art. 74 BV. 12

Im Mai 2018 wurde eine eidgenössische Volksinitiative zur Änderung von Art. 74 BV durch Hinzufügung eines Abs. 2bis eingereicht. Unter dem Titel «Für eine Schweiz ohne synthetische Pestizide» zielte sie darauf ab, den Einsatz dieser Art von Pestiziden in der Landwirtschaft zu verbieten. Sie wurde am 13. Juni 2021 von 60 % der Stimmberechtigten abgelehnt. Überlegungen hinsichtlich der Gefahr einer Verteuerung der landwirtschaftlichen Produkte und der Wunsch, nicht in die Entscheidungen der Landwirtinnen und Landwirte einzugreifen, scheinen für die Wahlentscheidung der Stimmenden ausschlaggebend gewesen zu sein, obwohl laut Umfragen die Ablehnung des Einsatzes von Pestiziden in der Bevölkerung weit verbreitet ist. Art. 74 BV ist somit seit der Revision von 1999 unberührt geblieben. 13

II. EIGENTLICHE STELLUNGNAHME

A. Allgemeine Bemerkungen

14 Art. 74 BV bildet **das «Epizentrum» des Umweltrechts** in der Schweiz. Aufgrund seiner Querschnittsfunktion bildet er die Grundlage des Schweizer Umweltverfassungsrechts. Seine Aufgabe besteht darin, alle umweltpolitischen Massnahmen zu lenken. Er entspricht Artikel 191 AEUV im Recht der Europäischen Union und spiegelt einige allgemeine Grundsätze des internationalen Umweltrechts wider (Präventions-, Vorsorge- und Verursacherprinzip).

15 So unterstreicht Artikel 74 BV ebenso wie Artikel 2 Abs. 2 und 4 BV und Artikel 73 BV die Notwendigkeit, günstige Lebensbedingungen auf dem Planeten für Lebewesen und künftige Generationen zu erhalten. Zu diesem Zweck überträgt er dem Bund **eine allgemeine Zuständigkeit**, deren Aufgabe es ist, die Umwelt in ihren verschiedenen Facetten zu erfassen. Die Artikel 75 bis 80 BV präzisieren diesen Auftrag in Bezug auf bestimmte Aspekte der Umwelt und ihrer Bestandteile.

16 Die durch Artikel 74 BV eingeführte **Verantwortung** betrifft die **öffentlichen Behörden**. Private Akteure werden in dieser Bestimmung nicht erwähnt. Von diesen wird jedoch erwartet, dass sie die ihnen zur Verfügung gestellten Informationen über die Notwendigkeit des Umweltschutzes berücksichtigen, um sie zu freiwilligen Massnahmen in diesem Sinne zu ermutigen. Die Behörden sind zudem befugt, aufgrund der ihnen übertragenen Zuständigkeit Massnahmen gegen diese privaten Einrichtungen zu ergreifen.

B. Art. 74 Abs. 1 – Schutz vor schädlichen und lästigen Einwirkungen

17 Der erste Absatz von Art. 74 BV führt eine konkurrierende Gesetzgebungskompetenz ein, die nicht auf die Grundsätze zugunsten des Bundes beschränkt ist. Das kantonale Recht kann daher bestehen bleiben oder das Bundesrecht ergänzen, sofern der Bund seine Kompetenz nicht ausgeschöpft oder sich diese vorbehalten hat. Die Mittel, mit denen die Behörde ihren Auftrag zu erfüllen gedenkt, sind in Art. 74 BV nicht näher

bestimmt, sodass der **Handlungsspielraum des Bundesgesetzgebers** in diesem Bereich gross ist.

Dieser Spielraum ist bei den **Umweltabgaben** eingeschränkter. In diesem Bereich muss die Behörde die steuerrechtlichen Anforderungen einhalten, d. h. ein hohes Mass an Präzision und ein formelles Gesetz für die Einführung einer Steuer (Art. 127 BV). Bei Lenkungsabgaben, die keine spezifische staatliche Gegenleistung oder Universalität beinhalten, sind diese Anforderungen weniger streng. Solche Abgaben können nämlich auf einer Kompetenz wie der in Art. 74 BV beruhen. Ihre Existenz muss jedoch den Anforderungen des Legalitätsprinzips genügen. Daher ist die Einführung von Abgaben wie den in Art. 29 ff. CO2G oder Art. 32e USG vorgesehenen grundsätzlich zulässig, da es sich um eine Zwecksteuer handelt, deren Grundsätze für die Erhebung und die Höchstbeträge auf Gesetzesebene geregelt sind. 18

Gegenstand des Schutzauftrags des Bundes sind der Mensch und seine Umwelt. Dieser Anwendungsbereich wurde **in Art. 1 USG** konkretisiert, wonach diese Gesetzgebung zum Ziel hat, «Menschen, Tiere und Pflanzen, ihre Lebensgemeinschaften und Lebensräume vor schädlichen oder lästigen Einwirkungen zu schützen und die natürlichen Ressourcen, insbesondere die biologische Vielfalt und die Bodenfruchtbarkeit, nachhaltig zu erhalten». In ähnlicher Weise wurde der Begriff der Beeinträchtigung im USG präzisiert, das sich auf Beeinträchtigungen konzentriert, die durch den Menschen und seine Anlagen in Form von Verschmutzungen verursacht werden (Art. 7 Abs. 1 USG). Dieses Gesetz ist die wichtigste gesetzliche Umsetzung der verfassungsmässigen Zuständigkeit des Bundes, weshalb seine wichtigsten Bestimmungen im Folgenden kurz zusammengefasst werden. 19

Das USG unterscheidet zwei Arten von Beeinträchtigungen, gegen die Massnahmen zu ergreifen sind: schädliche Beeinträchtigungen und lästige Beeinträchtigungen. Unter schädlichen Einwirkungen im Sinne des USG versteht man «Einwirkungen, die das Leben oder die körperliche oder geistige Gesundheit des Menschen beeinträchtigen oder seiner natürlichen Umwelt Schaden zufügen», während lästige Einwirkungen «dadurch gekennzeichnet sind, dass sie das Leben der Menschen beeinträchtigen, ohne ihnen jedoch einen tatsächlichen Schaden zuzufügen. [...] Daraus ergibt sich eine Beeinträchtigung der Persönlichkeit und damit der Freiheit der Betroffenen». So wird beispielsweise bei Lärmbelästigungen (die zwar keine 20

Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit darstellen, bei denen jedoch nachgewiesen ist, dass eine längere Exposition den Herzrhythmus beeinflussen und zu Beschwerden führen kann) die Einstufung als schädliche Beeinträchtigung vorgenommen. Diese Einstufung hat zur Folge, dass nichtmenschliche Wesen, die ähnlichen Beeinträchtigungen ausgesetzt sind, in einem solchen Fall nicht geschützt sind und dass eine Klage zur Begrenzung von Belästigungen, die ausschließlich eine Tierpopulation betreffen, mangels messbarer Schädigung zum Scheitern verurteilt ist. Diese Unterscheidung ist repräsentativ für den **Anthropozentrismus**, der das Schweizer Umweltrecht kennzeichnet und dem auch das USG nicht entgeht.

21 Der Schutzmechanismus, der das Kernstück des USG bildet, um sein Ziel zu erreichen, ist die **Begrenzung der Beeinträchtigungen in zwei Schritten** (Art. 11 USG). Mit diesem Mechanismus sollen Beeinträchtigungen durch Maßnahmen an ihrem Entstehungsort verhindert werden, unabhängig von bereits bestehenden Umweltbeeinträchtigungen, beispielsweise durch Bauvorschriften. Um die Grenzwerte einzuhalten, wird zunächst direkt am Ort der Emission und in einem zweiten Schritt am Ort der Auswirkungen der Emissionen eine Massnahme ergriffen. Mit dieser Regelung konkretisiert das Bundesgesetz die allgemeinen Grundsätze der Vorbeugung und Vorsorge sowie den Verursachergrundsatz – in seiner Komponente der Kostenanlastung –, da die Massnahmen in erster Linie von der emittierenden Anlage zu tragen sind. Es werden daher Schwellenwerte in Form von Emissions- oder Immissionswerten festgelegt, die eingehalten werden müssen. Bei Verstössen können Sanierungs- oder Schutzmassnahmen verlangt werden. Parallel dazu sind die **Verträglichkeitsprüfungen** und die **Beschwerden von Verbänden** zwei ergänzende Instrumente, die ebenfalls darauf abzielen, die Einhaltung des Verfassungsauftrags von Art. 74 Abs. 1 BV sicherzustellen.

22 Aufgrund seines vorwiegend technischen Charakters enthält das USG eine Reihe von Delegationsklauseln zugunsten des Bundesrats. **Zahlreiche Verordnungen** ergänzen daher die Umsetzung dieses Gesetzes und *a fortiori* den Auftrag von Art. 74 BV. Durch dieses Vorgehen wird eine gewisse Anpassungsfähigkeit des Rechts gewährleistet, was einen Vorteil darstellen kann. Gleichzeitig ergibt sich jedoch ein Nachteil in Form eines Verlusts an demokratischer Legitimität. Denn die Verordnungen sind nicht das Produkt der gewählten Legislative, sondern der Bundesverwaltung, und sie unterliegen

keinem Referendum oder einem externen Konsultationsverfahren, wie es bei Bundesgesetzen der Fall ist. Folglich entziehen sich wesentliche Elemente, insbesondere die zulässigen Konzentrationsgrenzwerte für einen Stoff oder für Belastungen, der Kontrolle durch die Bürger. So hat beispielsweise der Bundesrat im Bereich des Eisenbahnlärms – entgegen seiner Vorbildpflicht und dem ihm übertragenen Schutzauftrag – aus wirtschaftlichen Gründen auf die Festlegung von Immissionsgrenzwerten verzichtet, da eine Sanierung eine zu grosse Belastung für den Staat darstellen würde. Dies verdeutlicht die Spannungen, die zwischen dem Willen des Volkes und dessen Umsetzung entstehen können.

Neben dem USG konkretisieren **weitere Bundesgesetze** den Auftrag von Art. 74 BV, darunter das CO2-Gesetz oder das Gentechnikgesetz, um nur einige zu nennen. Diese Normen ergänzen das Arsenal der Umweltschutzgesetzgebung. 23

C. Art. 74 Abs. 2 – Die wichtigsten Grundsätze

Abs. 2 von Art. 74 BV verankert drei Grundprinzipien des Umweltrechts, nämlich das Vorsorgeprinzip (1.), das Vorsichtsprinzip (2.) und das Verursacherprinzip (3.). Diese drei Prinzipien haben eine **übergreifende und programmatische** Bedeutung für das gesamte Schweizer Umweltrecht. Alle staatlichen Organe sind verpflichtet, sie zu beachten. Es handelt sich um Grundsätze, die den Behörden Umsetzungspflichten auferlegen. Bei Lücken oder Mängeln im Schutz können sich die Rechtssuchenden auf sie berufen, um die Notwendigkeit von Massnahmen zu begründen, auch wenn diese Grundsätze oft auch in unterverfassungsrechtlichen Normen mit ähnlicher Tragweite verankert sind. 24

Aus Art. 74 BV lässt sich kein subjektives Recht ableiten, obwohl diese Frage diskutiert wurde. Nach Rechtsprechung und Lehre hat der Gesetzgeber dies nicht gewollt, sodass sich Rechtssuchende nicht auf diese Bestimmung berufen können, um Leistungen vom Staat zu erhalten. 25

In diesem Zusammenhang sind jedoch mehrere Präzisierungen anzubringen. Erstens ist darauf hinzuweisen, dass die in Art. 74 BV verankerten Grundsätze **umgesetzt werden müssen** und dass ein Mangel an Gesetzgebung oder Konkretisierung im Zusammenhang mit anderen Rechten bei Rechtsstreitigkeiten geltend gemacht werden kann. 26

27 Zweitens beeinträchtigt diese fehlende Verankerung subjektiver Rechte nicht die Wirksamkeit und Anwendbarkeit der **Rechtsprechung des EGMR** in Bezug auf Menschenrechte und Umweltbeeinträchtigungen. So umfassen die Menschenrechte auch ohne die Verankerung eines eigenständigen «Rechts auf eine gesunde Umwelt» in der Konvention oder der Verfassung verschiedene Komponenten, die sich auf die Auswirkungen mangelnden Umweltschutzes für den Einzelnen beziehen, insbesondere im Zusammenhang mit den in Art. 2, 6, 8, 10 und 11 EMRK (Recht auf Leben, faires Verfahren, Recht auf Privatsphäre und Meinungs- und Vereinigungsfreiheit). Im Zusammenhang mit Rechtsstreitigkeiten, die diese verschiedenen Rechte betreffen, kommen jedoch die Grundsätze von Art. 74 BV zum Tragen und müssen bei der Beurteilung der Einhaltung der staatlichen Verpflichtungen berücksichtigt werden. So hat der EGMR im Rahmen des Urteils *Verein Klimaseniorinnen Schweiz und andere gegen die Schweiz* die positiven Verpflichtungen des Staates im Bereich der Klimapolitik geprüft. Am Ende seiner Analyse kam der EGMR zum Schluss, dass die Schweiz gegen Art. 6 und 8 EMRK durch die Schweiz, da diese keine ausreichenden Ziele zur Reduktion der Treibhausgasemissionen verabschiedet hatte (Fehlen eines Kohlenstoffbudgets oder anderer Instrumente zur Quantifizierung und geeigneter Massnahmen zur Erreichung ausreichend präziser Reduktionsziele) und es versäumt hatte, den Zugang der Beschwerdeführerinnen zur Justiz zu gewährleisten. Der EGMR hat in dieser Entscheidung daran erinnert, dass das Vorsorgeprinzip bei der Prüfung der Einhaltung der Menschenrechte durch die Staaten im Umweltbereich eine zentrale Rolle spielt und ihm eine Bedeutung zukommt, die – wenn auch nicht die eines eigenständigen subjektiven Rechts – untrennbar mit diesen anderen subjektiven Rechten verbunden ist.

28 Drittens ist auch anzumerken, dass **das Übereinkommen von Aarhus**, das von der Schweiz am 3. März 2014 ratifiziert wurde, vorsieht, dass der Zugang zu Gerichten gewährleistet sein muss, um Mängel im Klima- und Umweltschutz festzustellen, ein Recht, das derzeit in der Lehre mit Art. 74 BV in Verbindung mit einer Schutzlücke verbunden ist.

29 Schliesslich ist im Zusammenhang mit Art. 74 BV und den oben erwähnten Entwicklungen ein wachsender Teil der Lehre der Ansicht, dass ein **ungeschriebenes verfassungsmässiges Recht auf Zugang zu den Justizbehörden** in Umweltangelegenheiten anerkannt und mit Art. 74 BV

zuzuordnen sein sollte, ausgelegt im Lichte der Aarhus-Konvention, aber auch der Art. 6 und 8 EMRK. Ein solches Recht hätte zum Ziel, «einen Mangel an gesetzlichem Schutz bei der Umsetzung der Gesetzgebung oder bei Fehlen anderer Rechtsbehelfe in diesem Bereich festzustellen».

Angesichts des Vorstehenden ist festzustellen, dass Art. 74 BV zwar keine subjektiven Rechte verankert, aber dennoch ein **erhebliches Potenzial** im Bereich der Umweltstreitigkeiten und der Menschenrechte birgt. Seine programmatische Bedeutung bleibt ebenfalls bestehen. 30

1. Das Vorsorgeprinzip

Das Vorsorgeprinzip beinhaltet, dass jede Beeinträchtigung, die allein oder in Kombination mit anderen schädlich oder lästig werden könnte, auf ein Minimum reduziert werden muss. Wie in der Botschaft zur neuen Bundesverfassung dargelegt, setzt es das Motto **«Vorsorge ist besser als Nachsorge» ».** Angesichts verschiedener Umweltbelastungen schreibt es vor, dass sowohl in der Planungs- als auch in der Ausführungsphase Massnahmen zur Risikominderung getroffen werden müssen. Um sich auf dieses Prinzip berufen zu können, muss ein bekanntes oder sicheres Umweltrisiko bestehen, was wissenschaftliche Kenntnisse erfordert. 31

In Anwendung des Vorsorgeprinzips können sowohl im Bereich der Abfälle als auch im Bereich des Lärms oder der Konzentration von Schadstoffen Massnahmen verlangt werden. Letztere können insbesondere die Verabschiedung von Sanierungsmassnahmen betreffen. Das Vorsorgeprinzip findet sich im zweistufigen Schutzmechanismus des USG wieder, der vorschreibt, dass in erster Linie bei den Emissionen aus Anlagen angesetzt werden muss. Art. 1 Abs. 2 USG besagt übrigens, dass «Beeinträchtigungen, die schädlich oder lästig werden könnten, vorbeugend und frühzeitig zu verringern sind». Es handelt sich also um eine **Ergebnispflicht**. 32

Die Rechtsprechung des EGMR erkennt das Vorsorgeprinzip in ähnlicher Weise an. Die Schlussfolgerungen der Entscheidung *Osman* wurden im Laufe der Jahre und mit dem Entstehen eines **europäischen Konsenses** über die Notwendigkeit des Umweltschutzes im Zusammenhang mit anderen Menschenrechten auf Umweltrisiken ausgeweitet. Das Vorsorgeprinzip wurde somit insbesondere zur Bewertung von Verstößen gegen Art. 2 oder 8 EMRK angewendet. Der EGMR hat auch festgestellt, dass der Zugang der 33

Bürger*innen zu Informationen eine wesentliche Rolle bei der Verhütung von Umweltschäden im Zusammenhang mit gefährlichen Aktivitäten spielt, und dabei das Potenzial dieses Grundsatzes im Zusammenhang mit den durch die Aarhus-Konvention garantierten Rechten hervorgehoben.

2. Das Vorsorgeprinzip

34 Dieses zweite Grundprinzip des Umweltrechts ergänzt das Vorsorgeprinzip, wenn **wissenschaftliche Unsicherheit** über die Auswirkungen eines Stoffes, einer Anlage oder einer Maßnahme besteht und dennoch ein Eingreifen des Staates erforderlich ist. Somit spielt dieses Prinzip eine zentrale Rolle in den Bereichen neuer Produkte oder Technologien. Das Vorsorgeprinzip lässt sich mit dem lateinischen Sprichwort *in dubio pro securitate* zusammenfassen, was so viel bedeutet wie: „Zeige keinen übertriebenen Optimismus, wenn es um den Schutz des Menschen und seiner Umwelt geht, und beuge Schäden vor, auch wenn die Risiken ungewiss sind".

35 Aus philosophischer Sicht ist laut Dunia Brunner der Aufstieg dieses zweiten Prinzips Ausdruck einer Entwicklung in der Beziehung des Menschen zur Wissenschaft, die nun auch mit ihren Unsicherheiten wahrgenommen wird und nicht mehr nur als Ergebnis deduktiven Denkens. Ein Teil der Lehre hat noch die Verwandtschaft dieses Prinzips mit der **aristotelischen Tugend der Vorsicht** hervorgehoben, die es ermöglicht, die menschliche und fehlbare Dimension jeder Wissenschaft zu betonen und dazu auffordert, alle Lebewesen und ihre Umwelt als eine einzige Schicksalsgemeinschaft zu betrachten, die von Unsicherheit geprägt ist.

36 Das Vorsorgeprinzip ist eines der **allgemeinen Grundsätze des internationalen Umweltrechts**. Es findet sich in Art. 15 der Erklärung von Rio, der vorsieht, dass „zum Schutz der Umwelt Vorsorgemaßnahmen von den Staaten entsprechend ihren Möglichkeiten weitgehend angewendet werden müssen. Bei Gefahr schwerwiegender oder irreversibler Schäden darf das Fehlen absoluter wissenschaftlicher Gewissheit nicht als Vorwand dienen, um wirksame Maßnahmen zur Verhinderung von Umweltschäden aufzuschieben". Es findet sich auch in der Rechtsprechung des EGMR, wo es mit der Rechtssache *Tatar gegen Rumänien* erstmals auftauchte. Der EGMR weist darin darauf hin, dass ein hypothetisches Risiko ausreichen kann, um eine Verletzung positiver Verpflichtungen anzunehmen. Zahlreiche andere

völkerrechtliche Umweltinstrumente beziehen sich ebenfalls in gleicher Weise auf die Vorsorge.

Der Wortlaut von Art. 74 Abs. 2 erwähnt die Vorsorge nicht ausdrücklich. Es besteht jedoch kein Zweifel mehr daran, dass dieser Grundsatz damit verbunden und darin enthalten ist. Tatsächlich wurde in den entsprechenden Vorarbeiten und Gesetzgebungsarbeiten das Vorsorgeprinzip stets als **eine der Grundsäulen des Umweltrechts** bezeichnet, das in dieser Bestimmung verankert ist. Es ist zudem in zahlreichen Bestimmungen des innerstaatlichen Rechts konkretisiert, insbesondere in Art. 11 Abs. 3 USG, Art. 4 KSchG oder Art. 9 Tierseuchengesetz. 37

Das Vorsorgeprinzip führt zu einer **Mittelverpflichtung**. In der Praxis muss seine Anwendung gegen den Grundsatz der Verhältnismässigkeit und das öffentliche Interesse abgewogen werden. Denn obwohl im Umweltbereich Vorsicht geboten ist, lässt sich ein Nullrisiko nicht garantieren. Um zulässig zu sein, muss das in Betracht gezogene Risiko daher plausibel und *zumindest* auf einer rationalen Bewertung beruhen. In diesem Zusammenhang definiert der Begriff der „planetarischen Grenzen" seit einigen Jahren die Konturen der Vorsorge neu, da Überschreitungen dieser Schwellenwerte nicht mehr als ungewisse Risiken angesehen werden können und dieses Prinzip daher auf sie anwendbar ist. Schließlich muss neben dem Begriff der Plausibilität, damit die Vorsorge in einer bestimmten Situation Vorrang hat, das Eingreifen der Behörde als erforderlich erscheinen und andere Rechte nicht unverhältnismäßig beeinträchtigen. Eine solche Abwägung führt unweigerlich zu Spannungen mit Rechten wie dem Eigentumsrecht oder der wirtschaftlichen Freiheit. Da es keine Hierarchie zwischen diesen Garantien gibt und im Falle von Konflikten zwischen Grundrechten, könnten andere Rechte die Anwendung des Vorsorgeprinzips in seiner Komponente als Voraussetzung für das Recht auf eine gesunde Umwelt außer Kraft setzen, selbst wenn ein plausibles Risiko besteht, sofern dies durch besondere Umstände gerechtfertigt ist. 38

3. Das Verursacherprinzip

Das Verursacherprinzip, auch bekannt als „Polluter-pays-Prinzip", zielt darauf ab, **die Kosten für Umweltschutzmaßnahmen** demjenigen oder derjenigen aufzuerlegen, der oder die die Schäden verursacht. Seine Anwendung zielt darauf ab, „[...] den Übergang von einer gefährlichen und umweltschädlichen 39

Haltung zu einem kostenorientierten Verhalten zu fördern [... und] Wettbewerbsverzerrungen zu korrigieren oder zu beseitigen, indem [die Internalisierung der Kosten] billige, aber umweltschädliche Herstellungsverfahren zugunsten von Produkten verteuert, die nach teureren, aber auch umweltfreundlicheren Verfahren hergestellt werden". Hinter diesem Grundsatz steht der Einfluss der sogenannten „umverteilenden Besteuerung" – deren Eckpfeiler darin besteht, die sozialen Kosten der Umweltverschmutzung und die Unmöglichkeit, sich in dieser Frage auf eine einfache Selbstregulierung der Märkte zu verlassen, hervorzuheben – und der Umweltsteuer.

40 Im internationalen Umweltrecht ist dieses Prinzip in Art. 16 der Rio-Erklärung **verankert**. Es wurde bereits 1972 im Rahmen der Empfehlungen der OECD formuliert. Im innerstaatlichen Recht wurde das Verursacherprinzip insbesondere in Art. 2 USG, Art. 32 USG, Art. 3a GSchG, Art. 4 USG sowie in Art. 59 USG und Art. 54 GSchG konkretisiert.

41 Damit das Verursacherprinzip Anwendung findet, müssen die zu treffenden Massnahmen **einer verantwortlichen Stelle** zugeordnet werden können. Dies ist der Fall, wenn «diejenigen, denen eine bestimmte Handlung oder Unterlassung, die zur Beeinträchtigung geführt hat, zugerechnet werden kann», identifiziert werden können. Anschliessend muss ein Kausalzusammenhang zwischen dem Verhalten dieser Stelle und der Beeinträchtigung bestehen. Schliesslich legt das Gesetz fest, in welcher Höhe die Kosten einer Massnahme von einer störenden Stelle zu verlangen sind und welche Schutzmassnahmen durch ihren Beitrag finanziert werden müssen.

D. Art. 74 Abs. 3 – Kantonale Vollzug

42 Abs. 3 von Art. 74 BV erinnert ausdrücklich an den allgemeinen Grundsatz von Art. 46 Abs. 1 BV, wonach die Kantone das Bundesrecht in Übereinstimmung mit der Verfassung und dem Gesetz umsetzen müssen. Dieser Abs. 3 hat somit eine **deklaratorische Rechtswirkung**.

43 In Abweichung vom oben genannten allgemeinen Grundsatz hat sich der Bund **eine eigene Vollzugskompetenz** im Bereich der **Gentechnik und der Abfälle** vorbehalten. In den übrigen Bereichen behält der Bund eine

Aufsichtsfunktion über den kantonalen Vollzug. Diese Aufgabe wurde insbesondere in den Artikeln 37 und 38 USG konkretisiert.

Im Rahmen der durchgeführten Kontrolle verfügt der Bund über keine spezifischen Sanktionsinstrumente gegenüber Kantonen, die die erforderlichen Massnahmen nicht ergreifen oder nur unzureichend umsetzen. In diesem Zusammenhang bemängelt ein Teil der Lehre eine **mangelnde Umsetzung**, die unter dem Gesichtspunkt der Wirksamkeit des Umweltrechts bedauerlich ist. 44

III. SCHLUSSFOLGERUNG

Art. 74 BV wurde als Bestimmung konzipiert, die ein umfassendes und präventives Vorgehen gegen Umweltbeeinträchtigungen ermöglicht. Er birgt daher **ein grosses Potenzial**. Dennoch erfüllt diese Bestimmung aufgrund von Lücken in ihrer Umsetzung und einem schwachen politischen Willen, verbindliche Massnahmen in den Sektoren mit den höchsten Emissionen zu ergreifen, bis heute nicht ihr ursprüngliches Versprechen. 45

Angesichts dieser Feststellung gibt es eine **Vielzahl von Initiativen der Zivilgesellschaft** zur Stärkung des Umweltrechts. Durch ihr Engagement drängen Bürgerbewegungen die Behörden und andere Mitglieder der Gesellschaft dazu, eine ganzheitlichere Sichtweise auf die Umwelt einzunehmen. So werden Stimmen laut, die beispielsweise die Unzulänglichkeit eines auf Anlagen ausgerichteten Ansatzes angesichts der Allgegenwart von Immissionsbelastungen oder die mangelnde Berücksichtigung der Interessen nichtmenschlicher Wesen oder der Notwendigkeit des Schutzes der biologischen Vielfalt hervorheben. Die Beteiligung dieser Bewegungen ermöglicht es, **demokratische Fragen** zu stellen, die für die Entwicklung eines emanzipatorischen Schutzsystems für alle von wesentlicher Bedeutung sind, wie zum Beispiel: «Wie werden technische und ökologische Entscheidungen derzeit getroffen? Von wem? Und in wessen Interesse?». Nur wenn diese Fragen angegangen werden, können wirksame Lösungen im öffentlichen Interesse entworfen und der Auftrag von Art. 74 BV vollständig erfüllt werden. 46

Über die Autorin

Clémence Demay ist Doktorin der Rechtswissenschaften und Rechtsanwältin. Für ihre Doktorarbeit mit dem Titel «Le droit face à la désobéissance civile.

Quelle catégorisation pour un objet juridique non identifié ?» (Das Recht angesichts zivilen Ungehorsams. Welche Kategorisierung für einen nicht identifizierten Rechtsgegenstand?) wurde sie mit dem Bippert-Preis, dem Walther-Hug-Preis und dem Preis der Schweizerischen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie ausgezeichnet. Schulthess Genf/Zürich 2022. Nach Abschluss ihres Anwaltspraktikums begann sie im Februar 2025 ein Forschungsprojekt an der Universität Lausanne (UNIL) im Rahmen des Programms Sustainable Transformation Research Initiative (STRIVE). Dort ist sie als Dozentin tätig und setzt ihre Forschungen zu Menschenrechten, Umwelt, den Verbindungen zwischen Recht und Gesellschaft sowie strategischen Rechtsstreitigkeiten fort. Clémence Demay ist Mitglied des FRI – Schweizerisches Institut für feministische Rechtsstudien und Gender Law – und des Zentrums für interdisziplinäre Studien Walras Pareto. Ihre Publikationen können unter folgendem Link eingesehen werden: https://orcid.org/0000-0001-7394-3083.

LITERATURVERZEICHNIS

Aubert Jean-François/Mahon Pascal, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zurich/Bâle/Genève 2003.

Aubry Girardin Florence, art. 127 Cst., in : Dubey Jacques/Martenet Vincent (édit.), Constitution fédérale, Commentaire romand, Bâle 2021

Barral Virginie/Dupuy Pierre-Marie, Sustainable Development through Integration, in : Viñuales Jorge (édit), The Rio Declaration on Environment and Development. A Commentary, Oxford 2015, pp. 157 ss.

Baumann Pascal, Le droit à un environnement sain et la Convention européenne des droits de l'homme, Paris 2021.

Biaggini Giovanni, BV Kommentar, 2ème éd., Zurich 2017.

Blattner Charlotte, Separation of Powers and KlimaSeniorinnen, VerfBlog 4/30 2024, https://doi.org/10.59704/3f49776eda0e8e72.

Blattner Charlotte, Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, Grosse Kammer, Urteil 53600/20 vom 9. April 2024, Verein Klima-Seniorinnen Schweiz and Others v. Switzerland, PJA 2024, pp. 976 ss.

Blattner Charlotte, Animal Impact Assessments: Contesting Denial, Changing the Future?, in : Randall Abate (éd.), What Can Animal Law Learn from Environmental Law?, St. Paul 2020, pp. 95 ss.

Boillet Véronique/Demay Clémence, L'exigence d'imminence : examen de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme à l'aune de deux affaires climatiques suisses, Revue trimestrielle des droits de l'homme (135) 2023, pp. 676 ss.

Brunner Dunia, Vers une économie circulaire durable en Suisse, thèse, Fribourg 2023.

Brunner Ursula/Hauser Matthias/Von Büren Nina, Massnahmen zur Anpassung an die Klimaveränderung und ihre Abstützung auf Art. 74 BV, URP 2019, p. 4 ss.

Brunner Ursula/Keller Hellen, 20 Jahre Umweltschutzgesetz – Rückblick und Würdigung, ZBl (106) 2005, p. 1 ss.

Caluori Corina, Rechtsprechung zum Umweltschutzgesetz 2016-2020, URP (1) 2022, pp. 1 ss.

Conseil de l'Europe, Guide sur la jurisprudence de la Convention européenne des droits de l'homme. Environnement, Strasbourg 2024.

Conseil de l'Europe, Environnement et Convention européenne des droits de l'homme, fiche thématique, avril 2024.

Defago Valérie/Wyssbord Valérie, Du silo au parapluie : pour une approche nommée de la biodiversité, in : Largey Thierry/Boillet Véronique/Brunner Dunia/Martenet Vincent (édits.), Environnement et Justice. Mélanges en l'honneur de la Professeure Anne-Christine Favre, Berne 2024, pp. 199 ss.

Demay Clémence/Eggerschwiler Myriam, Du Rothenthurm au col du Simplon – Droit de l'environnement et mobilisations citoyennes : un duo gagnant ?, in : Largey Thierry/Boillet Véronique/Brunner Dunia/Martenet Vincent (édits.), Environnement et Justice. Mélanges en l'honneur de la Professeure Anne-Christine Favre, Berne 2024, pp. 217 ss.

De Graaf Janna/Stok Marijn/De Wit John/Bal Michael, The climate change skepticism questionnaire: Validation of a measure to assess doubts regarding

climate change, Journal of Environmental Psychology (89) 2023, pp. 102068 ss.

Dupont Valérie/Largey Thierry, La consécration légale de l'infrastructure écologique à l'aune des principes de conservation de la biodiversité, DEP 2023, pp. 343 ss.

Dupuy Pierre-Marie/Viñuales Jorge, International Environmental Law, 2ème ed., Cambridge 2018.

Epiney Astrid, Gegenstand, Entwicklung, Quellen und Akteure des internationalen Umweltrechts, in : Proelß Alexander (édit.), Internationales Umweltrecht, 2ème ed., Berlin/Boston 2022, pp. 1 ss.

Epiney Astrid/Diezig Stefan/Pirker Benedikt/Reitemeyer Stefan, Aarhus-Konvention, Bâle 2018.

Fasel Brigitte/Sprumont Dominique, Le principe de précaution, in : Rapports suisses présentés au XVIIème Congrès international de droit comparé, Utrecht 2006, pp. 191 ss.

Favre Anne-Christine, Le principe de protection de l'environnement, une perspective de droit comparé. Etude pour le service de recherche du Parlement européen, Bruxelles 2025.

Favre Anne-Christine, art. 74 Cst., in : Dubey Jacques/Martenet Vincent (édit.), Constitution fédérale, Commentaire romand, Bâle 2021.

Favre Anne-Christine, La Constitution environnementale, in : Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (édit.), Verfassungsrecht der Schweiz/Droit constitutionnel suisse, Volume III, Zurich/Bâle/Genève 2020, pp. 2121 ss

Favre Anne-Christine, art. 7 LPE, in : Moor Pierre/Favre Anne-Christine/Flückiger Alexandre (édit.), Loi sur la protection de l'environnement, Commentaire Stampfli, 1ère tranche, Berne 2010.

Favre Brian, Généalogie du sujet de droit. Perspective en droit animalier, thèse, Lausanne 2026, à paraître.

Flückiger Alexandre, Droit de l'homme et environnement, in : Hertig Randall Maya/Hottelier Michel (édit.), Introduction aux droits de l'homme, Genève 2014, pp. 606.

Frigerio Veronica, Réception de la biodiversité en droit, thèse, Lausanne 2021.

Griffel Alain, Art. 74 Cst., in : Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (édit.), Bundesverfassung, Basler Kommentar, 2ème éd., Bâle 2025.

Griffel Alain, Die Grundprinzipien des schweizerischen Umweltrechts, thèse d'habilitation, Zurich 2001.

Griffel Alain/Rausch Heribert, Kommentar zum Umweltschutzgesetz, Ergänzungsband zur 2. Auflage, Zurich/Bâle/Genève 2011.

Grinlinton David, The Intersection of Property Rights and Environmental Law, Environmental Law Review (25) 2023, pp. 202, https://doi.org/10.1177/14614529231193804.

Halvorssen Anita M., The origin and development of international environmental law, in : Techera Erika (édit.), Routledge Handbook of International Environmental Law, pp. 25 ss.

Hänggi Marcel, Tun, was Recht ist, Die Republik, online 21.10.2024.

Hänggi Marcel, Weil es Recht ist. Vorschläge für eine ökologische Bundesverfassung, Zurich 2024.

Hänni Peter, Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, 7ème éd., Berne 2022.

Hottelier Michel, Constitution et environnement. Rapport suisse. Annuaire international de justice

constitutionnelle 2020/35-2019, pp. 519, https://doi.org/10.3406/aijc.2020.2778.

Hornsey Matthew/Lewandowsky Stephan, A toolkit for understanding and addressing climate skepticism, Nature Human Behavior, 2022/6, pp. 1454, https://doi.org/10.1038/s41562-022-01463-y.

Kellenberger Stephan, Les instruments volontaires dans la politique climatique et énergétique suisse : motifs de leur introduction et chances de leur application, Cahiers de l'IDEHEAP 221, Lausanne 2004.

Keller Helen, A Right to a Clean and Sustainable Environment. Or Perhaps Not (Yet) ?, Völkerrechtsblog, 5 août 2025, https://voelkerrechtsblog.org/a-right-to-a-clean-healthy-and-sustainable-environment/.

Joly Rebecca, La mise en œuvre partagée du droit en Suisse, en Allemagne et dans l'Union européenne, Perspectives comparées, spécialement en matière de protection de la biodiversité, thèse, Bâle 2020.

Jungo Fabia, Le principe de précaution en droit de l'environnement suisse, thèse, Genève/Zurich/Bâle 2012.

Knox John, Constructing the Human Right to a Healthy Environment, Annual Review of Law and Social Science (16) 2020, pp. 79 ss.

Lammers Guillaume, Le développement de la constitution environnementale, in : Boillet Véronique/ Favre Anne-Christine/Martenet Vincent (édit.), Le droit public en mouvement. Mélanges en l'honneur du Prof. Etienne Poltier, Bâle 2020, pp. 935 ss.

Lavrysen Laurens, Greening the European Convention on Human Rights: How to Determine the Substance of Environmental Human Rights?, in : Schoukens Hendrik/Bouquelle Farah (édit.), The Right to a Healthy Environment in and Beyond the Anthropocene, Cheltenham UK 2024, pp. 53 ss.

Magistro Francesca, Le droit à un environnement sain revisité, thèse, Genève 2017.

Marti Ursula, Das Vorsorgeprinzip im Umweltrecht, thèse, Genève/Zurich/ Bâle 2011.

Milfont Taciano/Abrahamse Wokje/MacDonald Edith, Skepticism of anthropogenic climate change: Additional evidence for the role of system-justifying ideologies, Personality and Individual Differences, 168 (2021), pp. 110237, https://doi.org/10.1016/j.paid.2020.110237.

Moor Pierre/Favre Anne-Christine/Flückiger Alexandre, Introduction, in : Moor Pierre/Favre Anne-Christine/Flückiger Alexandre (édit.), Loi sur la protection de l'environnement, Commentaire Stampfli, 1ère tranche, Berne 2010.

Morell Reto/Vallender Klaus/Hettich Peter, Art. 74, in : Ehrenzeller Bernhard et al. (édit.), Bundserverfassung, St. Galler Kommentar, 4ème éd., Saint-Gall 2023.

Morrow Karen, The ECHR, Environment-Based Human Rights Claims and the Search for Standards, in: Turner Stephen/Shelton Dina/Razzaque Jona/McIntyre Owen/May James (édit.), Environmental Rights: The Development of Standards, Cambridge 2019, pp. 41 ss.

Morsoli Renato, Hans Hürlimann, in : Dictionnaire historique de la Suisse DHS, https://hls-dhs-dss.ch/fr/articles/004729/2009-09-03/.

Müller Hans Ulrich, Einführung in das Umweltschutzgesetz, Zurich 1992.

Noël Yves, Il pleut des taxes..., in : Boillet Véronique/Favre Anne-Christine/Martenet Vincent (édit.), Le droit public en mouvement. Mélanges en l'honneur du Prof. Etienne Poltier, Lausanne 2020, pp. 979 ss.

Occhiali Giovanni, Obstacles and appeal of environmental taxation, Environmental Development, 2024/51, pp. 101037 ss. https://doi.org/10.1016/j.envdev.2024.101037.

OFEFP, Matériaux pour l'histoire de l'environnement en Suisse. Documents environnement n°106. Recherche, Berne 1999.

OFEV, Le droit de l'environnement, Berne 2022.

Papaux Alain, Introduction à la philosophie du « droit en situation », Genève/Zürich/Bâle 2006.

Petitpierre-Sauvin Anne, Droit de l'environnement. Vers un droit économique au service de l'environnement, Genève/Zurich/Bâle 2012.

Pfister Christian, Les origines du stress climatique à l'échelle globale, Didactica Historica (7) 2021, pp. 45, http://doi.org/10.33055/didactica historica.2021.01.07.045.

Pfister Christian/Wanner Heniz, Climate and Society in Europe – the Last Thousand Years, Berne 2021.

Proelss Alexander, Prinzipen des internationalen Umweltrechts, in : Proelß Alexander (édit.), Internationales Umweltrecht, 2ème ed., Berlin/Boston 2022, pp. 95 ss.

Raedler David, Responsabilité de l'État pour le défaut de mesures en faveur du climat, in : Chappuis Christine (édit.), Environnement et responsabilité, Genève/Zurich/Bâle 2021, pp. 181 ss.

Rahmstorf Stefan, The Climate Sceptics, Potsdam 2004.

Rausch Heribert, Zum 50-Jahre-Jubiläum des Umweltschutzartikels der Bundesverfassung – Ein kritischer Essay, URP 2022, pp. 129 ss.

Recordon Luc, Responsabilité civile et environnementale dans l'histoire politique suisse, in : Chappuis Christine (édit.), Environnement et responsabilité, Genève/Zurich/Bâle 2021, pp. 13 ss.

Refondini Antoine, Atteintes à l'environnement, quelle place pour la responsabilité civile, in : Chappuis Christine (édit.), Environnement et responsabilité, Genève/Zurich/Bâle 2021, pp. 41 ss.

Rieder Stefan, Umsetzung des Umweltrechts: Stärken und Schwächen des föderalen Vollzugs, URP 2015, pp. 581 ss.

Rieder Stefan/Lienhard Andreas, Stärkung des Vollzugs im Umweltbereich, Interface (11) 2013.

Romy Isabelle, Répartition contractuelle des risques liés aux responsabilités environnementales de droit public, in : Chappuis Christine (édit.), Environnement et responsabilité, Genève/Zurich/Bâle 2021, pp. 81 ss.

Rotillon Gilles, La fiscalité environnementale : outil de protection de l'environnement ? Regards croisés sur l'économie (1) 2007, pp. 108 ss, https://doi.org/10.3917/rce.001.0108.

Rouiller Felise, Révision de la Loi fédérale sur la réduction des émissions de CO2, PJA 2020, pp. 213 ss.

Rouiller Florence, Le droit à l'information environnementale et sa justiciabilité : la mise en œuvre de la convention d'Aarhus dans la législation suisse, Revue Européenne de Droit de l'Environnement (4) 2003, pp. 397 ss.

Sands Philippe/Peel Jacqueline, Principles of international Environmental Law, 4ème éd., Cambridge 2019.

Steigmeier Andreas, Julius Binder, in : Dictionnaire historique de la Suisse DHS, https://hls-dhs-dss.ch/fr/art.s/006185/2002-10-25/.

Steffen Will et al., Planetary boundaries: Guiding human development on a changing planet, Science (347) 2015, pp. 736 ss, https://doi.org/10.1126/science.1259855.

Stutz Hans, Spielräume für das kantonale Umweltrecht, URP 2020, pp. 247 ss.

Sudre François, La Cour européenne des droits de l'homme et le principe de précaution, Revue française de droit administratif 2017, pp. 1039 ss.

Thurnherr Daniela, Vorsorgeprinzip. Verpflichtungen und Grenzen für die Verwaltung und weitere staatliche Akteure. Gutachten im Auftrag des Bundesamtes für Umwelt, Basel 2020.

Wagner Pfeifer Beatrice, Umweltrecht. Allgemeine Grundlagen, Zurich/Saint-Gall 2017.

Wallner Thomas, Leo Schürmann, in : Dictionnaire historique de la Suisse, https://hls-dhs-dss.ch/fr/articles/003081/2011-08-23/.

Walter François/Pfister Christian/Haefeli-Waser Ueli, Environnement, in : Dictionnaire historique de la Suisse, en ligne: https://hls-dhs-dss.ch/fr/articles/024598/2014-01-14/.

Zimmermann Nesa, Klimawandel und die Rolle der Gerichte, ZBl (125) 2024, pp. 500 ss.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 75b BV

Eine Kommentierung von Fabian Mösching

ZITIERVORSCHLAG

Fabian Mösching, Kommentierung zu Art. 75b BV, in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (Hrsg.), Onlinekommentar zur Bundesverfassung

Kurzzitat: OK-Mösching, art. 75b FC N. XXX.

Art. 75*b* Zweitwohnungen

[1] Der Anteil von Zweitwohnungen am Gesamtbestand der Wohneinheiten und der für Wohnzwecke genutzten Bruttogeschossfläche einer Gemeinde ist auf höchstens 20 Prozent beschränkt.

[2] Das Gesetz verpflichtet die Gemeinden, ihren Erstwohnungsanteilplan und den detaillierten Stand seines Vollzugs alljährlich zu veröffentlichen.

Art. 197 Übergangsbestimmungen nach Annahme der Bundesverfassung vom 18. April 1999

Übergangsbestimmungen zu Art. 75b (Zweitwohnungen)

[1] Tritt die entsprechende Gesetzgebung nach Annahme von Artikel 75*b* nicht innerhalb von zwei Jahren in Kraft, so erlässt der Bundesrat die nötigen Ausführungsbestimmungen über Erstellung, Verkauf und Registrierung im Grundbuch durch Verordnung.

[2] Baubewilligungen für Zweitwohnungen, die zwischen dem 1. Januar des auf die Annahme von Artikel 75*b* folgenden Jahres und dem

Inkrafttreten der Ausführungsbestimmungen erteilt werden, sind nichtig.

GLIEDERUNG

I. Entstehungsgeschichte ... 1122
A. Die Probleme mit Zweitwohnungen ... 1122
1. Überfremdung des Schweizer Bodens ... 1122
2. Übernutzung der Schweizer Berglandschaften ... 1122
3. Annahme und Inkrafttreten der Zweitwohnungsinitiative ... 1123
B. Umsetzungsprobleme ... 1123
C. Lösungsansätze ... 1124
1. Zweitwohnungsverordnung vom 22. August 2012 (aZWV) ... 1124
2. Entscheide des Bundesgerichts vom 22. Mai 2013 ... 1125
a. Unmittelbare Anwendbarkeit ... 1125
b. Umgang mit Baubewilligungen ... 1126
3. Zweitwohnungsgesetz ... 1126
II. Art. 75b Abs. 1 BV ... 1128
A. Verhältnis zu anderen Verfassungsnormen ... 1128
1. Raumplanung ... 1128
2. Verhältnismässigkeit und Eigentumsgarantie ... 1129
B. Geltungsbereich ... 1130
1. Sachlicher Geltungsbereich ... 1130
2. Örtlicher Geltungsbereich ... 1131
C. Begriff der «Zweitwohnung» ... 1132
1. Wohnung ... 1132
2. Erstwohnung respektive Zweitwohnung ... 1132
3. Berechnung des Zweitwohnungsanteils ... 1133
D. Zweitwohnungsverbot und weiterhin erlaubte Wohnungen ... 1133
1. Neue Wohnungen mit Nutzungsbeschränkungen ... 1133
2. Neue Wohnungen ohne Nutzungsbeschränkungen ... 1134
E. Rechtsmissbrauch im Zusammenhang mit Nutzungsbeschränkungen ... 1135
F. Besitzstandsgarantie; altrechtliche Wohnungen ... 1136
1. Ausnahmeregelung ... 1136
2. Bedenken und mögliche Konsequenzen ... 1137
III. Art. 75b Abs. 2 BV ... 1138
IV. Art. 197 Ziff. 9 Abs. 1 BV ... 1140
V. Art. 197 Ziff. 9 Abs. 2 BV ... 1141
VI. Wirkungsanalyse ... 1143
A. Ökonomische Aspekte ... 1143
B. Juristische Aspekte ... 1145
C. Résumé ... 1146
Weitere empfohlene Lektüre ... 1146
Literatur- und Materialienverzeichnis ... 1148

I. ENTSTEHUNGSGESCHICHTE

A. Die Probleme mit Zweitwohnungen

1. Überfremdung des Schweizer Bodens

1 Die erste bundesrechtliche Regelung betreffend Zweitwohnungen wurde als Massnahme gegen die Veräusserung einheimischen Bodens an ausländische Personen 1961 eingeführt. Die dringlichen Bundesbeschlüsse wurden in das Bundesgesetz vom 16. Dezember 1983 über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland (SR 211.412.41) überführt, welches diesen Erwerb beschränkt und einer Bewilligungspflicht unterstellt. Die mittlerweile **«Lex Koller»** genannte Regelung bezweckt, die Überfremdung[4740] von einheimischem Boden zu verhindern. Seit ihrer Einführung hat sie jedoch viel von ihrer Wirkungskraft verloren. Einerseits beschränkt sie sich nur auf die ausländische Nachfrage, wobei der Anteil Zweitwohnungen in ausländischem Eigentum nur geschätzte 20% beträgt.[4741] Andererseits reduzierte der Abschluss des Personenfreizügigkeitsabkommen mit der EU den Geltungsbereich der Lex Koller noch weiter, weil EU/EFTA-Bürger mit Wohnsitz in der Schweiz den Inländern gleichgestellt worden sind.[4742]

2. Übernutzung der Schweizer Berglandschaften

2 Insbesondere aufgrund ihrer eingeschränkten Wirksamkeit versuchte der Bundesrat im Jahre 2007, die Lex Koller aufzuheben, scheiterte jedoch damit im Parlament.[4743] Nichtsdestotrotz wurden ihre als flankierende Massnahmen gedachten Art. 8 Abs. 2 und 3 am 1. Juli 2011 ins RPG (SR 700) überführt.[4744] Nach Ablehnung der Aufhebung der «Lex Koller» wurden die beiden Normen als indirekter Gegenvorschlag zur mittlerweile zustande gekommenen **Zweitwohnungsinitiative** umgestaltet, mit denen eine stärkere raumplanerische Steuerung des Zweiwohnungsbaus angestrebt wurde.[4745]

4740 Die Wortwahl entspricht derjenigen des Gesetzgebers in Art. 1 BewG.
4741 Botschaft BewG, S. 591.
4742 Botschaft Aufhebung Lex Koller, S. 5747.
4743 Ausführlich zum Ganzen: Mösching, Massnahmen, S. 155 f.
4744 AS 2011 2913.
4745 SHK-Wolf/Nuspliger, N. 6 zu Einleitung.

Die Initiative bezweckte durch den Stopp des Zweitwohnungsbaus den Erhalt von Landschaft und Landwirtschaftsland, wodurch die Berggebiete als Tourismusräume attraktiv bleiben sowie bezahlbarer Wohnraum für die einheimische Bevölkerung entstehen sollte.[4746] Die angestrebten Ziele lassen keinen Zweifel daran, dass sich die mit den Zweitwohnungen verbundenen Probleme mit der Zeit verändert haben. Mittlerweile stehen **ökologische Bedenken** im Vordergrund, insbesondere wird der Bodenverbrauch für Wohnungen kritisiert, welche nur während weniger Wochen im Jahr benutzt werden (Problem der sog. «kalten Betten»), aber auch negative ökonomische Auswirkungen auf die einheimische Bevölkerung und die Tourismuswirtschaft sind vermehrt ins Bewusstsein der Bevölkerung getreten. 3

3. Annahme und Inkrafttreten der Zweitwohnungsinitiative

Am 11. März 2012 wurde die Volksinitiative «Schluss mit uferlosem Bau von Zweitwohnungen!» schliesslich mit 50.6% Ja-Stimmen und von 13.5 Ständen angenommen und die Bundesverfassung mit dem vorliegenden **Art. 75b sowie Art. 197 Ziff. 9** ergänzt.[4747] Art. 8 Abs. 2 und 3 RPG wurden im Zuge der Einführung des Zweitwohnungsgesetzes wiederum am 1. Januar 2016 aufgehoben;[4748] Teile des Norminhalts sind dabei in Art. 3 und 12 des Bundesgesetzes vom 20. März 2015 über Zweitwohnungen (Zweitwohnungsgesetz, ZWG; SR 702) eingeflossen. 4

B. Umsetzungsprobleme

Mit Annahme der Initiative traten deren Bestimmungen unmittelbar in Kraft (vgl. Art. 195 BV). Vieles andere blieb aufgrund der unsorgfältigen, wenig strukturierten und insgesamt mangelhaften Formulierungen der neuen Verfassungsnormen hingegen **unklar**.[4749] Als Erstes bestand Uneinigkeit darüber, ob die Initiative unmittelbar angewendet werden konnte oder nicht (vgl. hinten N. 8 ff.); der zentrale Begriff der «Zweitwohnung» war gar nicht erst definiert. Weitere Probleme verursachte die gleichzeitige Verwendung der Ausdrücke «Wohnung» und «Wohneinheiten», der doppelte 5

4746 Botschaft Zweitwohnungsinitiative, S. 8765; zur Auslegung von Verfassungsinitiativen: Mösching, Zeitpunkt N. 7 ff.

4747 AS 2012 3627; BBl 2012 6623, S. 6625.

4748 AS 2015 5666.

4749 Vgl. SGK-Ruch, Art. 75b BV N. 9; Biaggini, Art. 75b BV N. 13; CR-Besse, Art. 75b BV N. 21.

Berechnungsmassstab anhand von Wohnungen und «Bruttogeschossfläche», wobei letzterer Begriff ebenfalls nicht ausreichend definiert wurde. Zudem setzte sich die Initiative aus einer beliebigen Abfolge von Vorgaben zur direkten Anwendung (Art. 75b Abs. 1 BV) sowie Aufträgen an den Gesetzgeber (Art. 75b Abs. 2 und Art. 197 Ziff. 9 Abs. 1 BV) zusammen. Die Beschränkung der Initiative auf den «Bau» von Zweitwohnungen (vgl. Titel der Initiative) sowie der Massnahmen auf Baubewilligungen sorgten für weitere Verwirrung (zu alldem hinten II.); ebenso die Konzentration auf einen «Erstwohnungsanteilplan», wobei dieser Begriff auch noch eine missverständliche Verwendung erfuhr (hinten III.). Hinzu kam die inhaltliche Eingrenzung der Ausführungsbestimmungen, welche zudem innerhalb von zwei Jahren nach Annahme der Initiative erlassen werden mussten (hinten IV.), sowie das ungeklärte Schicksal der Baubewilligungen, die zwischen dem 1. Januar 2013 und dem Inkrafttreten der Ausführungsbestimmungen erteilt worden waren (hinten V.).[4750]

6 Erschwerend gesellte sich der Umstand hinzu, dass höchstens eine Handvoll Gemeinden, welche von der Initiative betroffen waren, dieser auch zugestimmt hatten.[4751] Zusätzliche **Friktionen** bei der Umsetzung und insbesondere bei der Ausgestaltung des Ausführungsgesetzes (ZWG) waren ohne Weiteres absehbar. Trotz zahlreicher höchstrichterlicher Entscheidungen dauern die Probleme an.

C. Lösungsansätze

1. Zweitwohnungsverordnung vom 22. August 2012 (aZWV)

7 Bereits vor dem Inkrafttreten des ZWG erliess der Bundesrat am 22. August 2012 eine Zweitwohnungsverordnung, um dem **Gesetzgebungsauftrag der Initiative** nachzukommen und die drängendsten Rechtsunsicherheiten zu beseitigen. Diese Verordnung trat am 1. Januar 2013 in Kraft[4752] und galt für Gemeinden, in denen der Anteil von Zweitwohnungen am gesamten Bestand der Wohnungen mehr als 20% betrug (Art. 1 Abs. 1). Der Anhang enthielt eine Liste mit den Gemeinden, für welche die widerlegbare Vermutung bestand, dass sich der Anteil von Zweitwohnungen auf mehr als 20% beläuft (Art. 1 Abs.

4750 Zum Ganzen auch SGK-Ruch, Art. 75b BV N. 9; SHK-Wolf/Nuspliger, N. 40 zu Einleitung.
4751 Dazu SHK-Wolf/Nuspliger, N. 41 zu Einleitung; CR-Besse, Art. 75b BV N. 12.
4752 Art. 9 Abs. 1 Verordnung über Zweitwohnungen vom 22.8.2012 (SR 702; AS 2012 4583).

2 und 3). Darüber hinaus befand sich u.a. in Art. 2 eine erste (missglückte) Definition des Begriffs «Zweitwohnung»;[4753] auch wurden der Umgang und die Möglichkeiten der Umnutzung für bereits bestehende oder bereits rechtskräftig bewilligte Wohnungen und Hotelbetrieben festgelegt (Art. 3).

Das Vorgehen des Bundesrats war ob seiner **zeitlichen Dringlichkeit** und damit zusammenhängenden Fragen der Kompetenz nicht unumstritten (s. dazu hinten N. 47). Diese Verordnung, nicht zu verwechseln mit derjenigen, welche mittlerweile gestützt auf das ZWG besteht,[4754] wurde mit der Einführung des ZWG am 1. Januar 2016 ausser Kraft gesetzt.[4755] 8

2. Entscheide des Bundesgerichts vom 22. Mai 2013

a. Unmittelbare Anwendbarkeit

Schliesslich hatte das Bundesgericht aufgrund zahlreicher Gesuche zum Bau von Zweitwohnungen bereits im Mai 2013 Gelegenheit, zu verschiedenen Fragen in Zusammenhang mit der Umsetzung von Art. 75b und Art. 197 Ziff. 9 BV Stellung zu nehmen. Zur unmittelbaren Anwendbarkeit der Zweitwohnungsinitiative hielt es fest, dass Klarheit und Bestimmtheit des Tatbestandes und der Rechtsfolge hinsichtlich derjenigen Wohnnutzungen bestehe, die unzweifelhaft unter den Zweitwohnungsbegriff fielen und in einer Gemeinde mit eindeutig überschiessendem Zweitwohnungsanteil beabsichtigt seien. Die so erfassten Sachverhalte («kalte Betten») seien relativ einfach
abzugrenzen und nicht komplex. Der sofortigen Anwendbarkeit dieses **«harten Kerns»** der neuen, speziellen Verfassungsnorm stehe daher nichts entgegen, auch wenn sie eine nicht unerhebliche Beschränkung der Eigentumsgarantie (Art. 26 BV) bedeute.[4756] 9

Allerdings müsse Art. 75b BV noch in weiten Teilen konkretisiert werden, insbesondere betreffend die Erstellung von bewirtschafteten Zweitwohnungen, die Umnutzung von Erst- und Zweitwohnungen sowie die Erweiterung und den Ersatz bestehender Zweitwohnungen. Die unmittelbare Anwendbarkeit von Art. 75b Abs. 1 i.V.m. Art. 197 Ziff. 9 Abs. 2 BV beschränke 10

4753Mösching, Massnahmen, S. 193.
4754SR 702.1.
4755Botschaft ZWG, S. 2290; Art. 9 Abs. 2 aZWV.
4756BGE 139 II 243 E. 10.5.

sich dementsprechend auf ein **vorsorgliches Baubewilligungsverbot für Zweitwohnungen** in den betroffenen Gemeinden bis zum Inkrafttreten der Ausführungsbestimmungen, was im Ergebnis einer Planungszone gleichkomme. Dieses Verbot sei weit auszulegen, um dem Gesetzgeber nicht vorzugreifen und eine Präjudizierung der künftigen Ausführungsbestimmungen zu verhindern. Insgesamt handle es sich um eine bloss vorübergehende Einschränkung der Eigentumsgarantie bis zum Erlass der Ausführungsbestimmungen. Für eine derartige vorsorgliche und zeitlich beschränkte Massnahme seien keine hohen Anforderungen an die Bestimmtheit der Norm zu stellen.[4757]

11 Diese Urteile ergingen, obschon sich ein grosser Teil der Lehre gegen die unmittelbare Anwendbarkeit der Initiative aussprach.[4758] Insbesondere wurde die **mangelhafte Definition des Begriffs «Zweitwohnung»** beanstandet, wodurch es den Betroffenen Personen kaum möglich war, ihr Verhalten nach der neuen Norm auszurichten und die Folgen ihres Verhaltens ausreichend vorherzusehen.[4759]

b. Umgang mit Baubewilligungen

12 Ebenfalls umstritten war, wie mit den Baubewilligungen für Zweitwohnungen zu verfahren war, welche nach Annahme der Initiative am 11. März 2012 erteilt wurden. Das Bundesgericht gelangte diesbezüglich zum Schluss, dass Art. 197 Ziff. 9 Abs. 2 BV, welcher die Nichtigkeit für Baubewilligungen vorsieht, die ab dem 1. Januar 2013 bis zum Inkrafttreten der Ausführungsbestimmungen erteilt werden, keine abweichende übergangsrechtliche Regelung sei, sondern bloss die Rechtsfolge verschärfe (Nichtigkeit statt Anfechtbarkeit). Es gelangten somit die **üblichen Grundsätze zur intertemporalen Geltung des Rechts** zur Anwendung[4760] (ausführlich zu den daraus folgenden Konsequenzen hinten V.).

3. Zweitwohnungsgesetz

13 Am 1. Januar 2016 wurde schliesslich das lang erwartete ZWG und die dazugehörige Zweitwohnungsverordnung vom 4. Dezember 2015 (ZWV; SR

4757 BGE 139 II 243 E. 10.5.
4758 BGE 139 II 243 E. 7.
4759 Vgl. dazu Mösching, Massnahmen, S. 65 ff.
4760 BGE 139 II 263 E. 6 und 7.

702.1) – nicht zu verwechseln mit derjenigen vom 22. August 2012 (vorne N. 7) – in Kraft gesetzt. Der Gesetzgeber erfüllte damit den Auftrag von Art. 197 Ziff. 9 Abs. 1 BV und erliess die **Ausführungsgesetzgebung**. Das ZWG bestimmt u.a. den Begriff der Zweitwohnung (Art. 2 Abs. 4) und in Abgrenzung dazu Erstwohnungen sowie Wohnungen, welche den Erstwohnungen gleichgestellt sind. Es regelt die Berechnung des Zweitwohnungsanteils (Art. 4 f.) und enthält eine Präzisierung des Zweitwohnungsverbots von Art. 75b BV (Art. 6). Weiter finden sich Bestimmungen zur Erstellung neuer Wohnungen (Art. 7 ff.) sowie der Änderung altrechtlicher Wohnungen in Gemeinden mit einem Zweitwohnungsanteil von über 20%. Zudem enthält es Vollzugs- (Art. 15 ff.), Straf- (Art. 21 ff.) und Schlussbestimmungen zur Ausführung respektive zum Übergang (Art. 23 ff.).

Dem ZWG ging ein **ausserparlamentarischer Kompromiss** zwischen einer Delegation von Nationalräten und dem Initiativkomitee voraus. Im Gegenzug für inhaltliche Zugeständnisse im Gesetz sicherten die Initianten zu, auf ein Referendum zu verzichten. Der gefundene Kompromiss wurde durch das Parlament in der Folge ohne grössere Widerstände angenommen.[4761] 14

Die **Reaktionen** auf das Ergebnis waren überwiegend **kritisch**. Biaggini ist der Ansicht, dass «[d]ie gesetzgeberische Umsetzung (...) nicht zu den Sternstunden der Rechtsetzungsmethodik und des Parlamentarismus [gehört]»[4762] Alig/Griffel sprechen gar davon, dass das Zweitwohnungsgesetz im Wesentlichen eine von Vollzugs- und Strafbestimmungen flankierte Ausnahmeregelung von der in der Verfassung vorgesehenen Zweitwohnungsbeschränkung darstelle.[4763] Nichtsdestotrotz gibt es gute Gründe, die für den gefundenen Kompromiss sprechen. So ist die ausdrückliche Zustimmung der Initianten ein starkes Indiz dafür, dass mit dem ZWG dem Sinn und Zweck der neuen Verfassungsbestimmungen Rechnung getragen wird.[4764] Nach Annahme der Initiative war nicht unbedingt klar, wie der Volkswillen zu deuten war und welche Zielsetzungen mit der Initiative überhaupt verfolgt worden waren.[4765] 15

Im Weiteren war auch zwingend eine Versöhnung der apodiktisch verfassten Bestimmungen von Art. 75b BV mit anderen Verfassungsnormen notwendig 16

4761 Ausführlich zum Ganzen SHG-Wolf/Nuspliger, N. 32 ff. zu Einleitung.
4762 Biaggini, Art. 75b BV N. 13.
4763 BSK-Alig/Griffel, Art. 75b BV N. 48.
4764 So auch CR-Besse, Art. 75b BV N. 74.

(u.a. Raumplanung, Verhältnismässigkeitsprinzip, Eigentumsgarantie, Niederlassungsfreiheit).[4766] Es wäre deshalb falsch, bloss von einem faulen Gesetzeskompromiss zu sprechen, oder – wie es wieder Biaggini ausführt – dass sich die Räte wohl noch selten derart glücklich schätzen durften, dass Art. 190 BV das Ergebnis parlamentarischer Gesetzgebungsarbeit für massgebend erklärt und von der richterlichen Überprüfung ausnimmt.[4767] Immerhin besteht mit dem ZWG nun eine **Basis für den Umgang mit dem Zweitwohnungsbau**, aufgrund welcher die Beseitigung der bestehenden Unklarheiten in Angriff genommen werden kann.[4768] Die konkreten Auswirkungen der Ausführungsbestimmungen auf die einzelnen Bestimmungen der Initiative sind im Folgenden anhand der einzelnen Normen aufzuzeigen.

II. ART. 75B ABS. 1 BV

A. Verhältnis zu anderen Verfassungsnormen

1. Raumplanung

17 Mit Annahme der Initiative verfügt der Bund über die Kompetenz zur Gesetzgebung im Bereich der Zweitwohnungen. Sie stellt m.E. eine blosse Ergänzung zur Grundsatzgesetzgebung im Bereich der Raumplanung nach Art. 75 RPG dar und ist restriktiv zu handhaben.[4769] Sie kann aber auch als umfassende Kompetenz betreffend Zweitwohnungen betrachtet werden.[4770] So oder anders ist **der Bund befugt, sämtliche Rechtsfragen in Bezug auf die Zweitwohnungen zu regeln**. Im Weiteren handelt es sich um eine konkurrierende, d.h. nachträglich derogierende Kompetenz. Das kantonale Recht ist erst mit dem Erlass des ZWG ausser Kraft getreten und nur soweit, als die Bundeskompetenz tatsächlich ausgeschöpft wird.[4771] Da die Beschränkung des Zweitwohnungsbaus eine Bundesaufgabe darstellt, können Baubewilligungen in dieser Hinsicht auch durch Natur- und

4765Biaggini, 75b BV N. 3; Mösching, Massnahmen, S. 75 ff.
4766SHK-Wolf/Nuspliger, N. 42 zu Einleitung.
4767.Biaggini, Art. 75b BV N. 13.
4768SHK-Wolf/Nuspliger, N. 38 zu Einleitung.
4769SHK-Mösching, Art. 1 ZWG N. 4; SHK-Wolf/Nuspliger, N. 11 zu Einleitung.
4770BSK-Alig/Griffel Art. 75b BV N. 8; SGK-Ruch, Art. 75b BV N. 24.
4771.Biaggini, Art. 75b BV N. 3; SHK-Mösching, Art. 1 ZWG, N. 4.

Heimatschutzorganisationen mit Verbandsbeschwerde gemäss Art. 12 NHG angefochten werden,[4772] wodurch den «Anliegen des Natur- und Heimatschutzes» (Art. 78 Abs. 2 BV) Rechnung getragen wird.

Art. 75b BV und die darauf beruhende Ausführungsgesetzgebung **überlassen den Kantonen und Gemeinden weiterhin Raum für gewisse Regelungen zu Zweitwohnungen**. So erlaubt es Art. 3 Abs. 2 ZWG den Kantonen, Vorschriften zu erlassen, welche die Erstellung und Umnutzung von Wohnungen stärker einschränken, als es das Zweitwohnungsgesetz vorsieht, z.B. mittels Kontingenten oder Zweitwohnungssteuern.[4773] Der Vollzug der Initiative ist ebenfalls den Kantonen sowie den Gemeinden überlassen (vgl. Art. 23 ZWG). [4774] 18

2. Verhältnismässigkeit und Eigentumsgarantie

Grundsätzlich sind alle Normen der Verfassung gleichrangig, solange nicht einer einzelnen Regelung durch den Verfassungsgeber bewusst **Vorrang** eingeräumt wird.[4775] Die strikte Beschränkung des Zweitwohnungsanteils auf 20% durch Art. 75b Abs. 1 BV verhindert Einzelfallbeurteilungen,[4776] wodurch einerseits ein Eingriff in die Eigentumsgarantie (Art. 26 BV) und andererseits ein Verstoss gegen das Verhältnismässigkeitsgebot (Art. 5 Abs. 2 BV) vorliegt. Es besteht eine mit Art. 78 Abs. 5 BV (Moorschutz) vergleichbare Situation, in welcher eine Regelung Priorität gegenüber anderen Verfassungsnormen für sich in Anspruch nimmt. Unter solchen Umständen müssen die Einschränkungen der Grundrechte durch die Verfassung selbst hingenommen werden. Die vorliegende Bevorzugung gilt aber nur gegenüber den soeben erwähnten Verfassungsbestimmungen; Art. 75b Abs. 1 BV kann nicht entnommen werden, dass auch andere Normen zurückstehen sollen.[4777] 19

4772 BGE 139 II 271 E. 11; Biaggini, Art. 75b BV N. 3; Bodevin, Hôtels, N. 93 ff. und 586 ff.
4773 Ausführlich zum Ganzen SHK-Mösching, Art. 3 ZWG N. 4 ff.
4774 SHK-Jäger/Hauser, Art. 23 ZWG N. 3; Mösching, Massnahmen, S. 171.
4775 BGE 139 I 16 E. 4.2.1; Mösching, Massnahmen, S. 63 mit weiteren Hinweisen.
4776 SGK-Ruch, Art. 75b BV N. 26.
4777 Mösching, Massnahmen, S. 88 ff., 98.

B. Geltungsbereich

1. Sachlicher Geltungsbereich

20 Art. 75b Abs. 1 BV ist **sowohl eine konditionale als auch eine finale Norm**.[4778] Er verlangt zum einen, dass *wenn* 20% Zweitwohnungen am Gesamtwohnungsbestand erreicht sind (Tatbestand), *dann* eine Beschränkung auf dieses Limit (im Sinne eines Verbots) als Rechtsfolge vorgesehen ist und als logische Konsequenz keine Baubewilligungen mehr erteilt werden können.[4779]

21 Verschiedentlich wird gefordert, dass dieselbe Rechtsfolge auch eintreten soll, wenn der Anteil Zweitwohnungen der für Wohnzwecke genutzten Bruttogeschossfläche einer Gemeinde 20% überschreitet.[4780] Dies trifft nach Wortlaut der Norm zweifellos zu.[4781] Jedoch besteht bis anhin in der Schweiz keine gültige Definition des Begriffs **«Bruttogeschossfläche»** und eine praxistaugliche Erhebung konnte ebenfalls nicht bereitgestellt werden;[4782] das ZWG verzichtet dementsprechend auf die Ermittlung der Bruttogeschossfläche. Die Beschränkung der von Zweitwohnungen belegten Flächen wird nur dadurch berücksichtigt, dass Umnutzungen und Erweiterungen altrechtlicher Wohnungen beschränkt sind (vgl. Art. 12 ZWG). Ausserdem soll im Rahmen der Wirkungskontrolle (Art. 19 ZWG)[4783] anhand der jährlich publizierten Ergebnisse der Gebäude- und Wohnungsstatistik überprüft werden, ob die zur Rechtfertigung dieses Vorgehens herangezogene Annahme, dass Zweitwohnungen in der Regel ohnehin kleiner als Erstwohnungen seien, auch tatsächlich zutrifft.[4784] Zumindest der erste Wirkungsbericht konnte die Annahme nicht widerlegen.[4785] Der im

---

4778 CR-Besse, Art. 75b BV N. 23 ff.; BSK-Alig/Griffel, Art. 75b BV N. 8; zu den Begriffen als solches, Tschannen, S. 55 ff.

4779 Mösching, Massnahmen, S. 69.

4780 BSK-Alig/Griffel, Art. 75b BV N. 12.

4781 BGE 139 II 243 E. 9.1.

4782 Botschaft ZWG, S. 2301.

4783 Gestützt auf Art. 19 Abs. 1 ZWG untersucht das ARE in Zusammenarbeit mit dem SECO regelmässig die Wirkungen des Gesetzes, wobei insbesondere den Auswirkungen auf die touristische und regionalwirtschaftliche Entwicklung der betroffenen Regionen Beachtung geschenkt werden soll. Zudem erstatten die betroffenen Departemente dem Bundesrat periodisch Bericht (Art. 19 Abs. 2 ZWG).

4784 Botschaft ZWG, S. 2301.

4785 Bzw. schweigt er sich soweit ersichtlich darüber aus.

Zusammenhang mit dem Verzicht auf die Bruttogeschossfläche geäusserte Vorwurf des Verfassungsbruchs an den Gesetzgeber[4786] mutet unter diesen Umständen m.E. dramatischer an, als er sich tatsächlich präsentiert.

Der finale Gehalt von Art. 75 BV zum anderen manifestiert sich darin, dass er die 20%-Grenze als **anzustrebendes Verhältnis** zwischen Erst- und Zweitwohnungen festhält.[4787] Dadurch sind die Gemeinden einerseits gehalten, Vorkehrungen zu treffen, damit die Schwelle von 20% gar nicht erst erreicht wird. Andererseits müssen Gemeinden mit einem Zweitwohnungsanteil von über 20% Massnahmen zur Senkung des Zweitwohnungsanteil ergreifen.[4788] Diese Vorgaben werden durch Art. 12 Abs. 1 ZWG respektive Art. 3 Abs. 1 ZWG auf Gesetzesebene eher in zurückhaltender Weise umgesetzt,[4789] indem die Kantone bloss angehalten sind, bei Bedarf Massnahmen zu ergreifen. 22

2. Örtlicher Geltungsbereich

Der örtliche Geltungsbereich von Art. 75b BV beschlägt insofern die **ganze Schweiz**, als sämtliche Gemeinden ein Wohnungsinventar zu erstellen haben (so auch Art. 4 ZWG; vgl. hinten III.). Aufgrund dessen wird entschieden,[4790] ob eine Gemeinde auch in den Geltungsbereich der konditionalen Zweitwohnungsbeschränkung nach Art. 75 Abs. 1 BV fällt. Trifft dies zu, gilt die Beschränkung (selbstverständlich) für das ganze Gemeindegebiet und nicht nur in der Bauzone. Ferner sind aufgrund des finalen Zwecks alle Gemeinden gehalten, die Überschreitung des Zweitwohnungsanteils von 20% zu verhindern[4791] (s.a. Art. 6 Abs. 1 ZWG). 23

Es ist den Gemeinden möglich, sich dem örtlichen Geltungsbereich der Beschränkungsmassnahmen zu **entziehen**, wenn durch Fusionen oder Spaltungen ihr Zweitwohnungsanteil unter die Grenze von 20% fällt. Als rechtsmissbräuchlich können diesbezüglich nur neu entstandene Gemeinden gelten, deren Gebiet nicht zusammenhängt und die sich nur zum Zweck der Umgehung von Art. 75b zusammengeschlossen bzw. aufgespalten haben.[4792] 24

4786 Alig, N. 11; BSK-Alig/Griffel, Art. 75b BV N. 21; CR-Besse, Art. 75b BV N. 43.
4787 Mösching, Massnahmen, S. 69.
4788 BSK-Alig/Griffel, Art. 75b BV N. 13.
4789 Vgl. Kritik dazu bei Alig, N. 15; s.a. SHK-Mösching, Art. 3 ZWG N. 2 f.
4790 Zur konkreten Berechnung vgl. SHK-Mösching, Art. 5 ZWG N. 7.
4791 BSK-Alig/Griffel, Art. 75b BV N. 13.

Es wird jedoch stark bezweifelt, ob der Bund überhaupt eine Handhabe gegen solche Manöver hätte, sofern sich diese überhaupt beweisen liessen.[4793] Jedenfalls sind bis anhin keine Beispiele bekannt.

C. Begriff der «Zweitwohnung»

25 Der Begriff der Zweitwohnung (vgl. vorne N. 11) ist mittlerweile in Art. 2 ZWG ausführlich definiert worden. Er ist **negativ umschrieben**; d.h. eine Wohnung gilt gemäss dessen Abs. 4 als Zweitwohnung, wenn sie weder eine Erstwohnung ist noch einer Erstwohnung gleichgestellt wird.

1. Wohnung

26 Art. 2 Abs. 1 lit. a – e ZWG nennt die **Anforderungen an eine Wohnung**, welche kumulativ erfüllt sein müssen. Als Wohnung gilt somit eine Gesamtheit von Räumen, die für eine Wohnnutzung geeignet sind, eine bauliche Einheit bilden, einen Zugang entweder von aussen oder von einem gemeinsam mit anderen Wohnungen genutzten Bereich innerhalb des Gebäudes haben, über eine Kocheinrichtung verfügen und keine Fahrnis darstellen. Normalerweise besteht eine Wohnung aus mehreren Räumen, aber auch ein einziger Raum kann für sich allein sämtliche Anforderungen erfüllen (Einraumwohnung). Keine Rolle spielt das Nutzungsrecht an der Wohnung, d.h. es ist unerheblich, ob eine Wohnung im Eigentum des Nutzenden steht oder an diesen vermietet wird.[4794]

2. Erstwohnung respektive Zweitwohnung

27 Eine Erstwohnung wiederum ist eine Wohnung, die von mindestens einer Person genutzt wird, die in der Gemeinde **niedergelassen** ist, in welcher die Wohnung liegt (Art. 2 Abs. 2 ZWG). Neben diversen anderen Ausnahmen sind insbesondere Wohnungen, die zu Erwerbs- und Ausbildungszwecken dauernd bewohnt werden, Erstwohnungen gleichgestellt (vgl. Art. 2 Abs. 3 lit. a-h ZWG) und somit im Sinne des Gesetzgebers nicht verpönt.[4795]

28 Der so durch den Gesetzgeber bestimmte Begriff der Zweitwohnungen ist nicht zu beanstanden und dürfte mit den **Absichten der**

4792BSK-Alig/Griffel, Art. 75b BV N. 31.
4793Biaggini, Art. 75b BV N. 7.
4794Botschaft ZWG, S. 2297 ff.

Zweitwohnungsinitiative verfolgten Zielen übereinstimmen. Grundsätzlich sollen jene Wohnungen, die selten genutzt und/oder primär der Kapitalanlage dienen und nicht für längere Zeit als Wohnraum zur Verfügung gestellt werden (sog. «kalte Betten»; vorne N. 3), als Zweitwohnungen gelten.[4796]

3. Berechnung des Zweitwohnungsanteils

Gestützt auf den vorgenannten Begriff lässt sich auch der Anteil von Zweitwohnungen exakt berechnen. Er ergibt sich aus den Wohnungen, die als Zweitwohnungen gelten, geteilt durch das Total aller Wohnungen (multipliziert mit 100).[4797] Dabei gilt es zu berücksichtigen, dass nur bei der **korrekten Erhebung der Wohnungsnutzung** sich ein zutreffendes Resultat ergibt. Andernfalls wird der Zweitwohnungsanteil zu hoch ausgegeben. Die Gemeinden um den Grenzbereich tun gut daran, eine ordentliche Zählung zu verlangen (vgl. hinten N. 43). 29

D. Zweitwohnungsverbot und weiterhin erlaubte Wohnungen

Neue Zweitwohnungen gemäss Art. 2 ZWG dürfen in Gemeinden mit einem Zweitwohnungsanteil von mehr als 20% gestützt auf Art. 6 Abs. 1 ZWG nicht mehr bewilligt werden. Dadurch wird **das Zweitwohnungsverbot von Art. 75b BV präzisiert**, welches gemäss Rechtsprechung zwar bereits vor dem Inkrafttreten des Gesetzes aufgrund der unmittelbaren Anwendbarkeit bestand, allerdings aber nur einen «harten Kern» umfasste (vorne N. 9 ff.).[4798] 30

1. Neue Wohnungen mit Nutzungsbeschränkungen

Das Verbot umfasst das Erstellen einer Zweitwohnung sowohl durch Neubau als auch mittels Umgestaltung einer bestehenden Baute, die bisher keine Wohnungen enthielt. **In den betroffenen Gemeinden dürfen neue Wohnungen grundsätzlich nur noch mit einer spezifischen Nutzungsbeschränkung erstellt werden** (Art. 7 Abs. 1 ZWG), deren Abänderung normalerweise (bau)bewilligungspflichtig ist (Art. 13 ZWG).[4799] Zulässig ist dabei die Nutzung als Erstwohnungen und Wohnungen, die ihnen 31

4795 Ausführlich zum Zweitwohnungsbegriff gemäss Art. 2 ZWG SHK-Mösching, Art. 2 ZWG N. 1 ff.

4796 Mösching, Massnahmen, S. 95, mit Hinweisen.

4797 SHK-Mösching, Art. 4 ZWG N. 11.

4798 BGE 139 II 243 E. 10.5.

gleichgestellt sind (lit. a) sowie als touristisch bewirtschaftete Wohnung (lit. b). Als solche gilt eine Wohnung, die dauerhaft zur ausschliesslich kurzzeitigen Nutzung durch Gäste zu markt- und ortsüblichen Bedingungen angeboten wird und sie: a. im selben Haus liegt, in dem der Eigentümer seinen Wohnsitz hat (Einliegerwohnung) oder b. nicht auf die persönlichen Bedürfnisse der Eigentümerin zugeschnitten ist und im Rahmen eines strukturierten Beherbergungsbetriebs bewirtschaftet wird (Art. 7 Abs. 2 ZWG). Gemäss Art. 7 Abs. 3 ZWG ordnet die für die Baubewilligungen zuständige Behörde in der Baubewilligung mittels Nutzungsauflage die jeweilige Nutzungsbeschränkung an. Es handelt sich dabei um ein sog. Zweckentfremdungsverbot.[4800]

2. Neue Wohnungen ohne Nutzungsbeschränkungen

32 Vom Zweitwohnungsverbot nach Art. 6 ZWG ausgenommen sind insb. Wohnungen, die gestützt auf einen Ausnahmetatbestand nach Art. 8 oder 9 ZWG als Wohnung ohne Nutzungsbeschränkung bewilligt worden sind. Dies sind einerseits Wohnungen zur **Querfinanzierung strukturierter Beherbergungsbetriebe**, und zwar sowohl von bestehenden als auch neu zu errichtenden Betrieben (vgl. Art. 8 ZWG).[4801] Andererseits betrifft dies Wohnungen innerhalb der Bauzonen in **geschützten oder ortsbildprägenden Bauten** (Art. 9 ZWG), wobei der Zweck die Erhaltung der Baute ist.[4802]

33 Ebenso weiter zulässig sind Wohnungen, die gestützt auf einen projektbezogenen **Sondernutzungsplan** nach Art. 26 f. ZWG bewilligt werden können,[4803] und solche, die unter die Übergangsbestimmungen von Art. 25 Abs. 2 und 4 ZWG fallen, obschon sie in Art. 6 Abs. 2 ZWG nicht ausdrücklich erwähnt sind.[4804]

34 **Aus Sicht von Art. 75b BV ist insbesondere Art. 8 ZWG** (Wohnungen zur Querfinanzierung strukturierter Beherbergungsbetriebe) **problematisch**, weil dadurch Hotelbetriebe unter gewissen Umständen neue «kalte» Betten

4799 Vgl. zum Ganzen Jäger/Hauser, N. 10 f. zu Art. 13 ZWG inkl. Verweis auf Ausnahme nach Art. 7 ZWV.
4800 SHK-Pfammatter, Art. 7 ZWG N. 42.
4801 SHK-Pfammatter, Art. 8 ZWG N. 5; vgl. zum Ganzen Bodevin, Hôtels.
4802 SHK-Pfammatter, Art. 9 ZWG N. 3; vgl. zum Ganzen Bodevin, Conditions.
4803 Botschaft ZWG, S. 2302; vgl. zum Ganzen, Waldmann.
4804 SHK-Mösching, Art. 6 ZWG N. 8.

erstellen (vorne N. 3), bzw. bis zu 50% ihrer Hauptnutzfläche in «kalte» Betten umwandeln können.[4805] Die «warmen» Betten, die in touristisch bewirtschafteten Wohnungen nach Art. 7 Abs. 1 lit. b ZWG entstehen, lassen sich hingegen ohne Weiteres mit den Zielen von Art. 75b BV vereinen. Den Ausnahmen von Art. 9 ZWG liegt das öffentliche Interesse an der Erhaltung von geschützten Bauten zugrunde. Abs. 1 zielt auf geschützte oder ortsbildprägende Bauten innerhalb der Bauzonen ab, während Abs. 2 solche ausserhalb der Bauzone zum Gegenstand hat. Im Ergebnis dient die Ausnahme gemäss Abs. 2 nicht nur dem Fortbestehen der Baute, sondern auch dem der sie umgebenden Kulturlandschaft und entspricht den Anliegen von Art. 75b BV.[4806]

E. Rechtsmissbrauch im Zusammenhang mit Nutzungsbeschränkungen

Gestützt auf Art. 14 Abs. 1 ZWG besteht die Möglichkeit, die Nutzungsbeschränkung als Erstwohnung für eine bestimmte Dauer zu sistieren, womit **Härtefalle vermieden** werden sollen, welche sich bei einer strikten, schematischen Gesetzesanwendung ungeachtet der konkreten Umstände ergeben können.[4807] Eine Sistierung ist entweder bei persönlichen Härtefällen (Todesfall, Wohnsitzwechsel oder Zivilstandsänderung (lit. a) oder bei strukturellen Härtefällen (erfolglose Ausschreibung zur rechtmässigen Nutzung (lit. b) möglich.[4808] 35

Gemäss Bundesgericht hat sich insbesondere mit der Einführung der Möglichkeit nach lit. b das Missbrauchspotential im Zusammenhang mit dem Bau neuer Wohnungen in Gemeinden, welche unter den Anwendungsbereich von Art. 75b BV fallen, vergrössert. Dementsprechend hat es seine **Rechtsprechung zum Rechtsmissbrauch** im Bereich der Erstellung von Wohnungen in den betroffenen Gemeinden verschärft. Konkret ist von Amtes wegen zu prüfen, ob spezifische Indizien vorliegen, welche die Absicht bzw. die Möglichkeit einer Erstwohnungsnutzung des Bauvorhabens als unrealistisch erscheinen lassen.[4809] 36

4805 BSK-Alig/Griffel, Art. 75b BV N. 40; CR-Besse, Art. 75b BV N. 76.
4806 SHK-Stalder/Heim, Art. 9 ZWG N. 3 ff.; vgl. auch Bodevin, Conditions, S. 83 f.
4807 SHK-Hauser/Jäger, Art. 14 ZWG N. 4.
4808 SHK-Hauser/Jäger, Art. 14 ZWG N. 19.
4809 BGE 145 II 99; 144 II 49. Ausführlich dazu SHK-Pfammatter, Art. 7 ZWG N. 7.

F. Besitzstandsgarantie; altrechtliche Wohnungen

37 In Zusammenhang mit den Auswirkungen von Art. 75b BV auf bereits bestehende Wohnungen wird regelmässig die Besitzstandsgarantie erwähnt. Diese gewährleistet, dass legal erstellte Bauten, die durch neue Erlasse rechtswidrig geworden sind, unterhalten und in der bisherigen Art weitergenutzt werden dürfen.[4810] Sie entfaltet in Bezug auf Art. 75b BV **keine unmittelbare Wirkung**, weil dessen Anwendung auf bestehende Bauten nicht vorgesehen ist. Bestehende Bauten sind mit dem Inkrafttreten von Art. 75b BV nicht rechtswidrig geworden. Art. 75b Abs. 1 BV setzt nur einen maximalen Anteil an Zweitwohnungen pro Gemeinde fest; es kann nicht gesagt werden, welche Zweitwohnung zur Überschreitung der Grenze geführt hat. Eine (grundsätzlich problematische) Rückwirkungsklausel besteht ebenfalls nicht.

1. Ausnahmeregelung

38 Weil die Besitzstandsgarantie nur die bisherige Nutzung erfasst, können altrechtliche Wohnungen, die als Erstwohnungen genutzt wurden, nach Inkrafttreten von Art. 75b BV grundsätzlich nicht mehr in Zweitwohnungen umgewandelt werden.[4811] Ohne Ausnahmeregelungen hiervon würden in den betroffenen Gemeinden vorbestehende Erstwohnungen aber stark an Wert verlieren, weil ein Teil des Preises die Möglichkeit einer Umwandlung abdeckt. Dieser Vorgang würde die Eigentümer von Erstwohnungen (die einheimische Bevölkerung) benachteiligen, während aufgrund der Verknappung des Angebots altrechtliche Zweitwohnungen – meistens mit auswärtigen Eigentümern – an Wert gewinnen würden.[4812] Art. 11 Abs. 1 ZWG sieht daher nun vor, dass altrechtliche Wohnungen – unter Vorbehalt bestehender oder künftiger Nutzungsbeschränkungen des kantonalen oder kommunalen Rechts – in der Art der Wohnnutzung frei sind. Sie dürfen also grundsätzlich **ohne Beschränkung als Erst- oder Zweitwohnungen genutzt werden**, wobei eine Wohnung als altrechtlich gilt, wenn sie am 11. März 2012 rechtmässig bestand oder rechtskräftig bewilligt war (Art. 10 ZWG; siehe auch hinten N. 53). Solche altrechtlichen Wohnungen dürfen im

4810 Mösching, Massnahmen, S. 208.

4811 Diese Frage ist umstritten. Vgl. dazu ausführlich Mösching, Massnahmen, S. 210 f. sowie SHK-Pfammatter, Art. 11 ZWG N. 4 ff.

4812 Mösching, Massnahmen, S. 204 mit Hinweisen.

Rahmen der vorbestandenen Hauptnutzfläche erneuert, umgebaut und wieder aufgebaut werden (Art. 11 Abs. 2 ZWG). Ebenso dürfen sie innerhalb der Bauzonen um max. 30% der vorbestehenden Hauptnutzfläche erweitert werden, sofern keine zusätzlichen Wohnungen geschaffen werden (Art. 11 Abs. 3 ZWG).

2. Bedenken und mögliche Konsequenzen

39 In Zusammenhang mit der unbeschränkten Umnutzung altrechtlicher Wohnungen zu Zweitwohnzwecken befürchtet der Bundesrat zwei zentrale unerwünschte Entwicklungen. Einerseits bestehe für Ortsansässige aufgrund der Angebotsverknappung der Zweitwohnungen ein grosser finanzieller Anreiz, ihre an zentraler Lage gelegene altrechtliche Erstwohnung an Auswärtige zu verkaufen, die sie als Zweitwohnung nutzen möchten. Mit dem erzielten Gewinn könnten sie anschliessend eine neue und grössere Erstwohnung an peripherer Lage am Dorfrand erstellen oder erwerben. Dies führt zu einer Entleerung der Dorfkerne und einer **zusätzlichen Zersiedelung**;[4813] vollzieht sich dieser Vorgang innerhalb einer Gemeinde, wird dies als sog. «Donut-Effekt» bezeichnet.[4814] Andererseits könne die freie Umnutzung von Erst- in Zweitwohnungen in Tourismusgemeinden Ortsansässige verdrängen, weil Erstwohnungen knapper und teurer würden.[4815]

40 Um solch unerwünschte Entwicklungen zu unterbinden, hielt bereits Art. 3 Abs. 4 aZWV ein Verbot missbräuchlicher Umnutzungen fest. Es erwies sich jedoch aufgrund seiner rechtlichen und praktischen Mängel als nicht umsetzbar. Art. 12 Abs. 1 ZWG sieht nun bloss noch vor, dass Kantone und Gemeinden **bei Bedarf Massnahmen ergreifen, um Missbräuche und unerwünschte Entwicklungen zu verhindern**, die sich aus der Umnutzung ergeben. Möglich ist dabei, die Umnutzung von bisher zu Erstwohnzwecken genutzten Wohnungen zu Zweitwohnzwecken sowie die Änderungsmöglichkeiten altrechtlicher Wohnungen einzuschränken. Zudem können diese nutzungsmässigen und baulichen Änderungen der Baubewilligungspflicht unterstellt werden, soweit dies noch nicht der Fall ist (Art. 12 Abs. 2 ZWG). In seiner jetzigen Form ist Art. 12 ZWG allerdings in

4813 Botschaft ZWG, S. 2310
4814 Vgl. zum Ganzen SHK-Mösching, Art. 12 ZWG N. 1; s.a. BSK-Alig/Griffel, Art. 75b BV N. 43.
4815 SHK-Mösching, Art. 12 ZWG N. 2.

weiten Teilen redundant, da die Kantone die vorgeschlagenen Massnahmen bereits gestützt auf Art. 3 Abs. 2 ZWG ergreifen können, der sie ermächtigt, Vorschriften zu erlassen, welche die Nutzung von Wohnungen stärker einschränken, als es das ZWG tut. Obschon nicht ausdrücklich erwähnt, wäre gestützt auf Art. 3 Abs. 2 ZWG ebenfalls die Einführung von fiskalischen Beschränkungsmassnahmen möglich.[4816]

41 Verschiedentlich wird die indirekte Ausgestaltung der Massnahmen, um Missbrauch und unerwünschten Entwicklungen zu verhindern, als zu wenig weitgehend erachtet und angesichts des Sinns und Zwecks von Art. 75b BV als verfassungswidrig eingeschätzt.[4817] **Allerdings sind die befürchteten Missbräuche bis jetzt weitgehend ausgeblieben,**[4818] weshalb sich Kantone und Gemeinden in Zurückhaltung geübt haben; eine Einführung auf Vorrat erschiene auch verfehlt. Dies nur schon deshalb, weil die anbegehrten Massnahmen, welche die Umnutzung von Erst- in Zweitwohnungen nur noch in Ausnahmefällen zulassen möchten, mit schwerwiegenden Eingriffen in die Grundrechte der Betroffenen (insb. Niederlassungsfreiheit, Eigentumsgarantie) verbunden wären und die Umsetzung einer kaum verhältnismässigen Kontrolle der persönlichen Lebensumstände bedürfte.[4819] Zudem wären die ökonomischen Friktionen nur schwer kontrollierbar.[4820]

III. ART. 75B ABS. 2 BV

42 Wie verschiedene andere Begriffe in Art. 75b BV wird auch der «Erstwohnungsanteilplan» äusserst missverständlich eingesetzt. Der Begriff **«Erstwohnungsanteilplan»** wird im vorliegenden Kontext üblicherweise als Synonym für Erstwohnungsanteilregelungen gebraucht, die den Anteil der Erstwohnungen in einer Gemeinde festlegen. In der gesetzlichen Umsetzung von Art. 75b Abs. 2 BV wird der Begriff aber offensichtlich so verstanden, dass er Auskunft über die Nutzungsart sämtlicher Wohnungen in einer Gemeinde geben soll, damit festgestellt werden kann, wie hoch der Anteil an

4816 SHK-Mösching, Art. 3 ZWG N. 12 ff.

4817 BSK-Alig/Griffel, Art. 75b BV N. 43.

4818 Eine erste Überprüfung durch den Bund konnte keine Missstände benennen (Wirkungsanalyse Zweitwohnungsgesetz: Evaluation des Vollzugs, S. 25). Insb. der Donut-Effekt liess sich bis anhin nicht empirisch belegen (Rütter Soceco, S. 11).

4819 Mösching, Massnahmen, S. 235 ff., mit ausführlicher Darstellung verschiedener Nutzungsbeschränkungen und deren Konsequenzen für die Betroffenen.

4820 Steffen, S. 10 Fn. 13

Zweitwohnungen ist. Es handelt sich dementsprechend um ein Inventar respektive ein Register und nicht um eine planerische Massnahme.[4821] Art. 4 ZWG, welcher den Gesetzgebungsauftrag von Art. 75b Abs. 2 BV umsetzt, verwendet deshalb den Begriff «Wohnungsinventar» anstelle des «Erstwohnungsplans». Gestützt auf Art. 4 Abs. 1 ZWG sind folglich alle Schweizer Gemeinden unabhängig von der Höhe ihres Zweitwohnungsanteils verpflichtet, jährlich ein Wohnungsinventar zu erstellen. Dieses muss mindestens die Gesamtzahl der Wohnungen sowie die Anzahl der Erstwohnungen aufführen (Art. 4 Abs. 2 ZWG). Art. 75b Abs. 2 BV selbst kann aufgrund seiner Natur als Gesetzgebungsauftrag nicht unmittelbar angewendet werden.[4822]

Konkret muss jede Gemeinde dem BFS ihre Einwohnerdaten jährlich mit Stichtag 31. Dezember bis spätestens am 31. Januar des Folgejahrs liefern. Bis zum gleichen Zeitpunkt müssen die Gemeinden ihre Daten ebenfalls im Gebäudewohnungsregister (GWR) nachführen (Art. 1 Abs. 1 ZWV). Aufgrund der Gemeindedaten im GWR stellt das Bundesamt für Raumentwicklung (ARE) für jede Gemeinde bis zum 31. März jeden Jahres fest, **ob ihr Zweitwohnungsanteil mehr als 20% beträgt oder nicht** (Art. 2 Abs. 2 ZWV). Gegen die Verfügung des ARE kann zuerst Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht und danach Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht erhoben werden.[4823] Falls sich eine Gemeinde mit der Erhebung der minimalen Daten begnügt, wird sie allerdings regelmässig einen höheren Anteil an Zweitwohnungen aufweisen, als er auf ihrem Gebiet tatsächlich besteht. Dies liegt darin begründet, dass im GWR nur solche Wohnungen Erstwohnungen darstellen, welche Personen mit Niederlassung in der Gemeinde zugeordnet werden können. Wohnungen, die keiner Person mit Niederlassung in der Gemeinde zugeordnet werden können, gelten als potenzielle Zweitwohnungen. Dadurch zählen sämtliche Wohnungen, die nach Art. 2 Abs. 3 ZWG Erstwohnungen gleichgestellt sind, statistisch als Zweitwohnungen, obschon dies gar nicht zutrifft. Um dies zu vermeiden, können die Gemeinden zusätzlich zu den Erstwohnungen auch die Kategorie der den Erstwohnungen gleichgestellten Wohnungen i.S.v. Art. 2 Abs. 3 ZWG gesondert erfassen und diese den Erstwohnungen zurechnen.[4824] 43

4821 Mösching, Massnahmen, S. 97.
4822 SGK-Ruch, Art. 75b BV N. 43.
4823 Vgl. zum Ganzen SHK-Mösching, Art. 5 ZWG N. 12.
4824 SHK-Mösching, Art. 4 ZWG N. 8 ff.

Sie gelten dann nicht mehr als Zweitwohnungen, wodurch der Zweitwohnungsanteil in der Gemeinde sinkt. Nur mit diesem Vorgehen lässt sich der Zweitwohnungsanteil exakt bestimmen (vgl. vorne N. 29).

44 Gemeinden, deren Zweitwohnungsanteil sich ständig im Grenzbereich von 20% bewegt (sog. Liftgemeinden),[4825] sollten sich dementsprechend bei der Datenerhebung zur Erstellung des Zweitwohnungsinventars nicht mit dem Mindestinhalt nach Art. 4 Abs. 2 ZWG zufriedengeben, sondern das Vorgehen nach Abs. 3 wählen und zusätzlich **die Entwicklung des Zweitwohnungsanteils genau überwachen**. Bereits eine andere Nutzung einiger weniger Wohnungen kann dazu führen, dass eine Gemeinde dem Anwendungsbereich von Art. 75b BV unterliegt oder eben nicht.[4826] Sollte der Zweitwohnungsanteil unter 20% zu liegen kommen, entfällt nachträglich die Grundlage für die Nutzungsbeschränkungen gemäss Art. 7 Abs. 1 ZWG. Obschon die Gesetzesgrundlage für die Nutzungsbeschränkung wegbricht, erfolgt die Aufhebung dieser Auflage nicht von Amtes wegen, sondern es ist ein Gesuch der Eigentümerin notwendig, damit die zuständige Behörde das Grundbuchamt anweist, die Anmerkung zu löschen (Art. 25 Abs. 3 ZWG).[4827] Unklar präsentiert sich die Situation, wenn nach einem Unterschreiten der 20%-Grenze und der Löschung von Nutzungsbeschränkungen die Schwelle erneut überschritten wird. Das ZWG regelt diese Situation nicht, sodass es sich bei diesen Wohnungen weder um neue noch um altrechtliche Wohnungen handelt. Es wird zu klären sein, wie deren Nutzungs- und Erweiterungsmöglichkeiten zu behandeln sind.[4828] Es ist hingegen bereits gestützt auf Art. 75b Abs. 1 BV unbestritten, dass die Baubewilligung für eine Zweitwohnung, welche zur Überschreitung der Grenze führt, nicht erteilt werden darf (Art. 6 Abs. 1 Satz 2 ZWG).

IV. ART. 197 ZIFF. 9 ABS. 1 BV

45 Mit dieser Übergangsbestimmung wurde der Bundesrat ermächtigt, die nötigen Ausführungsbestimmungen über Erstellung, Verkauf und Registrierung im Grundbuch durch Verordnung zu erlassen, wenn innerhalb

4825 Vgl. auch SHK-Wolf/Nuspliger, N. 76 zu Einleitung.

4826 Anschaulich dazu SHK-Wolf/Nuspliger, N. 73 zu Einleitung; vgl. auch Evaluation des Vollzugs, S. 13.

4827 SHK-Jäger/Hauser, Art. 25 ZWG N. 30.

4828 SHK-Jäger/Hauser, Art. 25 ZWG N. 33.

von zwei Jahren (d.h. bis zum 11. März 2014) die zur Umsetzung von Art. 75b erforderliche Gesetzgebung nicht in Kraft getreten ist. Offensichtlich sollte damit **der Gesetzgeber unter zeitlichen Druck** gesetzt werden.[4829] Erwartungsgemäss war zum fraglichen Zeitpunkt das notwendige Gesetz noch nicht in Kraft, der Bundesrat handelte aber (überraschenderweise) bereits vorher und erliess eine erste Verordnung über Zweitwohnungen, welche am 1. Januar 2013 in Kraft trat (aZWV, nicht zu verwechseln mit der aktuellen ZWV; vorne N. 7 f.). Er wollte damit eine rechtsgleiche Anwendung der neuen Verfassungsnormen bis zum Inkrafttreten der Ausführungsgesetzgebung sicherstellen.[4830]

Es stellte sich jedoch die Frage, ob der Bundesrat zu diesem Zeitpunkt überhaupt **zum Erlass einer solchen Verordnung befugt war**.[4831] Während dieser sich gestützt auf Art. 182 Abs. 2 BV – wonach er für den Vollzug der Gesetzgebung und den Erlass der dafür notwendigen Vorschriften sorgt – als kompetent dazu erachtete, war ein erheblicher Teil der Lehre gegenteiliger Ansicht. Erst ein bestehendes Gesetz ermögliche es, dass der Bund gestützt auf Art. 182 Abs. 2 BV eine Verordnung erlassen könne.[4832] Das Bundesgericht äusserte sich zu diesem Streit in diplomatischer Weise nicht abschliessend und hielt bloss fest, dass es jedenfalls überspitzt formalistisch wäre, vom Bundesrat zu verlangen, die aZWV ein zweites Mal zu erlassen, dieses Mal gestützt auf Art. 197 Ziff. 9 Abs. 1 BV.[4833] 46

Nach dem 11. März 2014 und bis zum Inkrafttreten des von Art. 75b BV geforderten Gesetzes galt die aZWV sodann als Verordnung i.S.v. Art. 197 Ziff. 9 Abs. 1 BV, wobei sie dann auch zweifellos über **eine gesicherte Kompetenzgrundlage verfügte**.[4834] Mit dem Inkrafttreten des ZWG wurde die aZWV am 1. Januar 2016 schliesslich aufgehoben (vorne N. 8). 47

V. ART. 197 ZIFF. 9 ABS. 2 BV

Auch über die Tragweite von Art. 197 Ziff. 9 Abs. 2 BV bestand vor den wegleitenden Entscheidungen des Bundesgerichts Uneinigkeit. Der 48

4829 Biaggini, Art. 75b BV N. 10; Mösching, Massnahmen, S. 84.

4830 Mösching, Massnahmen, S. 189; SHK-Wolf/Nuspliger, N. 17 zu Einleitung.

4831 Für eine ausführliche Übersicht zum Ganzen vgl. SHK-Wolf/Nuspliger, N. 17 zu Einleitung sowie Wyss, N. 314 f. und N. 444 ff.

4832 Wyss, N. 448 f.; SHK-Wolf/Nuspliger, N. 17 zu Einleitung; CR-Besse, N. 68 zu Art. 75b BV.

4833 BGE 140 II 378 E. 4.1

überwiegende Teil der Lehre sowie die kantonalen Gerichte gingen davon aus, dass diese Übergangsbestimmung Art. 75b Abs. 1 BV präzisiere und ihm als lex specialis vorgehe. Als Rechtsfolge von Art. 75b Abs. 1 BV halte Art. 197 Ziff. 9 Abs. 2 BV die Nichtigkeit von Baubewilligungen unmissverständlich erst ab dem 1. Januar 2013 fest und nicht bereits ab Inkrafttreten der Initiative. Daraus ergebe sich der zwingende Umkehrschluss, dass **bis am 31. Dezember 2012 das alte Recht weiter gelte** und erteilte Baubewilligungen gültig blieben.[4835]

49 Das Bundesgericht erblickte in Art. 197 Ziff. 9 Abs. 2 BV jedoch keine übergangsrechtliche Norm, sondern eine Verschärfung der Rechtsfolge von Art. 75b Abs. 1 BV (Nichtigkeit statt Anfechtbarkeit, vorne N. 11).[4836] Dadurch **gelangen die üblichen Regeln zur intertemporalen Geltung des Rechts zur Anwendung** und die Rechtmässigkeit eines Verwaltungsaktes beurteilt sich nach der Rechtslage zur Zeit seines Ergehens.[4837] Rechtsänderungen, die erst im Laufe des Beschwerdeverfahrens eintreten, sind normalerweise nicht zu beachten, es sei denn, ein erhebliches öffentliches Interesse gebietet die Anwendung des neuen Rechts, oder dieses ist der öffentlichen Ordnung willen erlassen worden.[4838] Solche zwingenden Gründe, respektive ein überwiegendes öffentliches Interesse, bestanden gemäss Bundesgericht allerdings nicht.[4839]

50 Aufgrund der unmittelbaren Anwendbarkeit von Art. 75b Abs. 1 BV präsentiert sich die **Rechtslage** somit folgendermassen: Für Baugesuche, die vor dem 11. März 2012 erteilt und anschliessend angefochten worden sind, gilt das Recht zum Zeitpunkt der erstinstanzlichen Beurteilung durch die kantonalen Behörden. Auf Baubewilligungen, die erst nach dem 11. März 2012 erteilt worden sind, ist das neue Recht anwendbar; sie sind anfechtbar, selbst wenn sie vor Annahme der Initiative eingereicht worden sind. Wurde die Baubewilligung erst nach dem 1. Januar 2013 erstinstanzlich erteilt, so ist sie nichtig. Anders ist nur zu entscheiden, wenn besondere Konstellationen des

4834 BGE 140 II 378 E. 4.1. A.M. SGK-Ruch Art. 75b BV N. 48.
4835 Mösching, Massnahmen, S. 72 mit zahlreichen Hinweisen; s.a. CR-Besse, Art. 75b BV N. 32.
4836 BGE 139 II 243 E. 11
4837 BGE 139 II 263 E. 6
4838 BGE 139 II 243 E. 11.1.
4839 Urteil BGer 1C_159/2012 vom 14.12.2012 E. 6.2; kritisch BSK-Alig/Griffel, Art. 75b BV N. 30.

Vertrauensschutzes sowie der Rechtsverweigerung oder -verzögerung vorliegen.[4840]

Konsequenz dieser Entscheide des Bundesgerichts wäre eigentlich, dass auch Wohnungen, welche vor dem 11. März 2012 erstinstanzlich bewilligt worden sind, als «altrechtlich» gelten, auch wenn sie danach noch Gegenstand eines Rechtsmittelverfahrens waren.[4841] Art. 10 ZWG hält jetzt hingegen fest, dass eine **altrechtliche Wohnung** im Sinne des Gesetzes nur eine solche sei, die am 11. März 2012 rechtmässig bestand oder rechtskräftig bewilligt war. Eine Begründung für diese Einschränkung gab der Gesetzgeber nicht.[4842] 51

VI. WIRKUNGSANALYSE

Während des Abstimmungskampfs präsentierten die Befürworter der Initiative diese als einfaches Mittel, um der Zersiedelung in den Bergregionen Einhalt zu gebieten und der einheimischen Bevölkerung günstigen Wohnraum zu verschaffen (vorne N. 3). Wie andere Initiativen auch in letzter Zeit war sie im Hinblick auf ihre Erfolgschancen an der Urne eher auf eine einfache, aber schneidige Formulierung fokussiert, als dass sie sich ernsthaft mit nachhaltigen Lösungen für die thematisierten Probleme auseinandersetzte. Die Realität präsentierte sich in der Folge – wie so häufig – weit komplexer als gedacht und **die Bilanz der Zweitwohnungsinitiative fällt dementsprechend durchzogen aus**. 52

A. Ökonomische Aspekte

Die befürchteten negativen wirtschaftlichen Konsequenzen sind in den betroffenen Gemeinden – wie von den Experten prognostiziert und damit wenig überraschend – eingetreten, obschon dies vor der Abstimmung konsequent in Abrede gestellt worden ist.[4843] So **nahm die Vermögensungleichheit zu**, weil die uneingeschränkt zugelassenen Erstwohnungen im Vergleich mit den kontingentierten Zweitwohnungen Werteinbussen erlitten haben. Anders gewendet haben die Eigentümer von 53

4840 BGE 139 II 263 E. 7 f.

4841 Vgl. BSK-Alig/Griffel, Art. 75b BV N. 30; SHK-Mösching, Fn. 7 zu Art. 6 ZWG.

4842 SHK-Pfammatter, Art. 10 ZWG N. 5; CR-Besse, Art. 75b BV N. 48.

4843 Argumentarium Zweitwohnungsinitiative abrufbar unter https://zweitwohnungsinitiative.ch/fragen-und-antworten.html (besucht am 16.5.2023).

bestehenden Ferienwohnungen (wohl meistens Auswärtige) profitiert, während die einheimischen Erstwohnungseigentümer zu den wirtschaftlichen Verlierern gehören.[4844] Zudem hat sich die Arbeitslosigkeit in den ohnehin strukturschwachen Regionen erhöht.[4845] Gemäss der ersten Wirkungsanalyse handle es sich aber um keine substanziellen wirtschaftlichen Schwierigkeiten, auch wenn sich die Auswirkungen von Art. 75b BV auf die Bruttowertschöpfung, Beschäftigung und Steuereinnahmen in Zukunft stärker bemerkbar machen sollten.[4846] Trotz der ökonomischen Kollateralschäden verlangsamte sich die Zersiedelung in den betroffenen Gemeinden nicht signifikant.[4847]

54 Die Preise für Immobilien in den betroffenen Gemeinden wiederum sanken generell in den ersten Jahren nach Annahme der Initiative – dies entgegen den Erwartungen der Fachpersonen. Erst im Jahre 2021 und insbesondere unter dem Einfluss der Corona-Pandemie ab 2020 erreichten die Preise das gleiche Niveau, welches sie ohne die Initiative voraussichtlich gehabt hätten. Eigentlich wurde davon ausgegangen, dass die Zweiteilung des Marktes in alt- und neurechtliche Wohnungen unmittelbar Preissteigerungen zur Folge haben würde, da auch nach Annahme von Art. 75b BV weiterhin 90% der Transaktionen altrechtliche Wohnungen betreffen.[4848] Ausschlaggebend für die **paradoxe Entwicklung** der Immobilienpreise waren vor allem zwei Gründe: Einerseits führten die bereits angesprochenen wirtschaftlichen Probleme von Gemeinden im Anwendungsbereich von Art. 75b BV zu einer geringeren lokalen Nachfrage nach Immobilien. Andererseits führten die juristischen und ökonomischen Unwägbarkeiten im Zusammenhang mit der Initiative zur Zurückhaltung bei Immobilientransaktionen.[4849]

55 **Die weiteren Entwicklungen auf dem Wohnungsmarkt der betroffenen Gemeinden sind unsicher**. Zwar ist davon auszugehen, dass die Preissteigerung für altrechtliche Wohnungen mit Verspätung eintreten sollte, verstärkt durch das Bedürfnis nach zusätzlichem Wohnraum in dezentralen Orten aufgrund der Pandemie und der verstärkten Möglichkeit zu Home-

4844 SHK-Wolf/Nuspliger, N. 72 zu Einleitung mit Verweis auf Hilber/Schöni, S. 23 f.
4845 SHK-Wolf/Nuspliger, N. 72 zu Einleitung mit Verweis auf Hilber/Schöni, S. 21 f.
4846 Wirkungsanalyse Zweitwohnungsgesetz, S. 6 und 43 f.
4847 Steffen, S. 10.
4848 Steffen, S. 4 f.; s.a. Rütter Soceco, S. 12.
4849 Steffen, S. 6 und 9 f.; s.a. Rütter Soceco, S. 12 f., welche teilweise andere Gründe für die beobachtete Preisentwicklung anführen.

Office. Zusätzlicher bezahlbarer Wohnraum für die lokale Bevölkerung ist hingegen eher nicht zu erwarten. Altrechtliche Wohnungen werden für Einheimische schwerer erschwinglich, während der Markt für neurechtliche Wohnungen nach wie vor klein ist (auch aufgrund der Baulandverknappung durch das neue RPG) und diese somit teuer bleiben. Sollte der Bestand an neurechtlichen Wohnungen wider Erwarten zunehmen – schliesslich haben einheimische Eigentümer altrechtlicher Wohnungen einen finanziellen Anreiz, diese zu verkaufen und damit günstigere neurechtliche Wohnungen zu finanzieren – würde die unerwünschte Zersiedlung verstärkt.[4850] Der bereits erwähnte «Donut-Effekt» würde mit Verspätung doch noch eintreten. Bis anhin war er nicht bzw. kaum feststellbar.[4851]

Ob aufgrund des sich verstärkenden Home-Office-Trends durch die Covid-19-Pandemie sich die **Nutzung der Zweitwohnungen** intensivieren wird oder allenfalls gar Wohnsitznahmen in den Randregionen zunehmen werden, wodurch der Zweitwohnungsanteil dauerhaft sinken würde, lässt sich nicht zuverlässig vorhersagen. 56

B. Juristische Aspekte

Unter rechtlicher Perspektive ist vorab zu beanstanden, dass aufgrund der wenig durchdachten Formulierung bei der Umsetzung der Initiative reichlich Juristenfutter entstanden ist. Gemäss der Wirkungsanalyse zum Zweitwohnungsgesetz hat sich dadurch immerhin in relativ kurzer Frist bereits eine **Rechtspraxis** zu einigen wesentlichen Fragen entwickeln können.[4852] Mit dem ZWG lotete das Parlament, im Versuch, den betroffenen Gemeinden und deren spezifischen Problemen im Bereich der Zweitwohnungen entgegenzukommen, zumindest die Grenzen von Art. 75b BV aus. Diese Vorgehensweise liegt auch darin begründet, dass Art. 75b BV mit der bewussten Aushebelung des Verhältnismässigkeitsgebots durch die absolute 20%-Grenze auf die spezifische Situation einer Gemeinde angepasste Lösungen verhindert. Der Vorrangsanspruch gegenüber anderen Verfassungsbestimmungen reiht sich dabei in die unrühmliche Liste jüngerer Initiativen ein, welche bewusst die Gleichwertigkeit der Normen untergraben 57

4850 Steffen, S. 10 f.
4851 Rütter Soceco, S. 11.
4852 Wirkungsanalyse Zweitwohnungsgesetz, S. 6.

und in Kauf nehmen, dass elementare Rechtsgrundsätze ausgehöhlt werden. Diese zeitgeistige Erscheinung ist aus verfassungsrechtlicher Sicht bedenklich.

58 Für die Zukunft sollte insbesondere den Bedürfnissen der wenig touristischen Gegenden vermehrt Beachtung geschenkt werden; die von der Initiative betroffenen Bergregionen bestehen nicht nur aus St. Moritz, Zermatt oder Verbier. Eine **pragmatische Handhabung des Zweitwohnungsverbots** ist besonders in peripheren, strukturschwachen Gebieten angebracht, ansonsten sich die Abwanderung der lokalen Bevölkerung aufgrund der schlechten wirtschaftlichen Perspektiven zusätzlich verschärfen wird. Dabei ist nicht nur der Bundesgesetzgeber gefordert, auch die betroffenen Gemeinden sollten vermehrt Gebrauch machen von den raumplanerischen und fiskalischen Möglichkeiten, die ihnen bereits jetzt zur Verfügung stehen.

C. Résumé

59 Insgesamt konnten bis anhin **die beiden mit Art. 75b BV anvisierten Ziele (Stopp der Zersiedelung und günstiger Wohnraum) nicht erreicht werden**. Für die nähere Zukunft sieht es hinsichtlich des Zersiedelungsstopps unsicher aus, während der günstige Wohnraum für die einheimische Bevölkerung weiterhin eine Utopie bleiben dürfte. Die Resultate der ersten Wirkungsanalyse sind aufgrund der verhältnismässig kurzen Dauer seit Inkrafttreten von Art. 75b BV insb. in ökonomischer Hinsicht allerdings noch von eingeschränkter Aussagekraft;[4853] dies wird sich in Zukunft hoffentlich ändern.

Zum Autor

Dr. iur. Fabian Mösching, Rechtsanwalt, LL.M. (University of Sydney), ist Gerichtsschreiber an der I. öffentlich-rechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts in Lausanne. Er hat seine Dissertation über Massnahmen zur Beschränkung von Zweitwohnungen verfasst.

WEITERE EMPFOHLENE LEKTÜRE

Alig Jonas/Griffel Alain, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Basel 2015.

4853Wirkungsanalyse Zweitwohnungsgesetz, S. 6.

Alig Jonas, Das Zweitwohnungsgesetz, ZBl 2016, S. 227 ff.

Amonn Anton Alfred, Besteuerung von Zweitwohnungen, Diss. Bern 1997.

BAK Basel Economics AG, Auswirkungen der Zweitwohnungsinitiative auf die touristische und regionalwirtschaftliche Entwicklung – Ausgangslage, Wirkungszusammenhänge und Szenarioanalyse, Bericht im Auftrag des SECO, Basel 2013, abrufbar unter https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Publikationen_Dienstleistungen/Publikationen_und_Formulare/Regulierung/regulierungsfolgenabschaetzung/beispiele-rfa/zweitwohnung/zweitwohnungsinitiative-auf-die-touristische-und-regionalwirtsch.html (besucht am 16.5.2023).

Besse Marc-Olivier, Art. 75b BV in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Constitution fédérale, Commentaire Romand, Basel 2021.

Biaggini Giovanni, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017.

Bianchi François, La loi sur les résidences secondaires: une première approche, ZBGR 96 (2015), S. 293 ff.

Bianchi Francois/Gros Sarah; Loi sur la résidences secondaires: Questions choisies, not@lex 2019, S. 87 ff.

Bodevin Valérie, Les « hôtels » en droit public de la construction, Lex Weber – Lex Koller – LAT, Diss. Fribourg 2021.

Bundesamt für Raumentwicklung ARE, Wirkungsanalyse Zweitwohnungsgesetz, Bericht an den Bundesrat vom 12.5.2021, abrufbar unter https://www.are.admin.ch/are/de/home/medien-und-publikationen/publikationen/raumplanungsrecht/wirkungsanalyse-zweitwohnungsgesetz.html (besucht am 16.5.2023).

Griffel Alain, Die Umsetzung der Zweitwohnungsinitiative – eine Zwischenbilanz, ZBl 2014, S. 59 ff.

Marantelli Adriano, Tourismus- und Zweitwohnungsabgaben – eine Bestandesaufnahme, Jusletter 2.2.2015.

Mösching Fabian, Massnahmen zur Beschränkung von Zweitwohnungen, Diss. Bern 2014.

Ruch Alexander, in: Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (Hrsg.), St. Galler Kommentar, Die schweizerische Bundesverfassung, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014.

Rütter Soceco, Wirkungsanalyse Zweitwohnungsgesetz: Analyse der Auswirkungen mit volkswirtschaftlichem Fokus, Schlussbericht an das Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO), Rüschlikon, 2020, abrufbar unter https://www.are.admin.ch/are/de/home/medien-und-publikationen/publikationen/raumplanungsrecht/wirkungsanalyse-zweitwohnungsgesetz.html (besucht am 16.5.2023).

Steffen Daniel, Der kausale Effekt der Zweitwohnungsinitiative auf Immobilienpreise, Swiss Real Estate Journal, 23 (2021) S. 4 - 12.

Wolf Stephan/Lienhard Andreas (Hrsg.), Schweizerische Zweitwohnungsgesetzgebung – inbesondere praktische Umsetzungsfragen und Rechtsvergleich mit den Grundverkehrsbeschränkungen in Tirol, INR Band 15, Bern 2014.

Wolf Stephan/Pfammatter Aron (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar Zweitwohnungsgesetz (ZWG) – unter Einbezug der Zweitwohnungsverordnung (ZWV), 2. Aufl., Bern 2021.

Zufferey Jean-Baptiste/Bodevin Valérie, «Lex Weber» et «logement touristique»: les premières explications, Baurecht 5 (2017), S. 304 ff.

LITERATUR- UND MATERIALIENVERZEICHNIS

Alig Jonas/Griffel Alain, Art. 75b BV in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Schweizerische Bundesverfassung, Basler Kommentar Basel 2015.

Alig Jonas, Das Zweitwohnungsgesetz, ZBl 2016, S. 227 ff.

Besse Marc-Olivier, Art. 75b BV in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Constitution fédérale, Commentaire Romand, Basel 2021.

Biaggini Giovanni, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017.

Bianchi François, La loi sur les résidences secondaires: une première approche, ZBGR 96 (2015), S. 293 ff.

Bianchi François/Gros Sarah; Loi sur la résidences secondaires: Questions choisies, not@lex 2019, S. 87 ff.

Bodevin Valérie, À quelles conditions peut-on transformer des bâtiments protégés ou caractéristiques du site en résidences secondaires ?, Baurecht 2 (2022), S. 82 ff. (zit. Bodevin, Conditions).

Bodevin Valérie, Les « hôtels » en droit public de la construction, Lex Weber – Lex Koller – LAT, Diss. Fribourg 2021 (zit. Bodevin, Hôtels).

Botschaft vom 19.2.2014 zum Bundesgesetz über Zweitwohnungen, BBl 2014 2287, abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2014/409/de (besucht am 16.5.2023) (zit. Botschaft Zweitwohnungen).

Botschaft vom 29.10.2008 zur eidgenössischen Volksinitiative «Schluss mit uferlosem Bau von Zweitwohnungen!», BBl 2008 8757, abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2008/1556/de (besucht am 16.5.2023) (zit. Botschaft Volksinitiative).

Botschaft vom 4.7.2007 zur Änderung des Bundesgesetzes über die Raumplanung (Flankierende Massnahmen zur Aufhebung des Bundesgesetzes über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland), BBl 2007 5756, abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2007/793/de (besucht am 16.5.2023) (zit. Botschaft Raumplanung).

Botschaft zur Aufhebung des Bundesgesetzes über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland vom 4.7.2007, BBl 2007 5743, abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2007/791/de (besucht am 16.5.2023) (zit. Botschaft Aufhebung Lex Koller).

Botschaft zur Aufhebung des Bundesgesetzes über den Erwerb von Grundstücken von Personen im Ausland und zur Volksinitiative «gegen den Ausverkauf der Heimat» vom 16.9.1981 BBl 1981 III 585, abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1981/3_585_553_521/de (besucht am 16.5.2023) (zit. Botschaft BewG).

Bundesamt für Raumentwicklung ARE, Wirkungsanalyse Zweitwohnungsgesetz: Bericht an den Bundesrat, abrufbar unter https://www.are.admin.ch/are/de/home/medien-und-publikationen/publikationen/raumplanungsrecht/wirkungsanalyse-zweitwohnungsgesetz.html (besucht am 16.5.2023).

Bundesamt für Raumentwicklung ARE, Wirkungsanalyse Zweitwohnungsgesetz: Evaluation des Vollzugs, Bern 2020, abrufbar unter https://www.are.admin.ch/are/de/home/medien-und-publikationen/publikationen/raumplanungsrecht/wirkungsanalyse-zweitwohnungsgesetz.html (besucht am 16.5.2023).

Erläuternder Bericht des ARE vom 17.8.2012 zur Verordnung über Zweitwohnungen, abrufbar unter https://www.are.admin.ch/dam/are/de/dokumente/recht/dokumente/bericht/erlaeuternder_berichtzurverordnungueberzweitwohnungen.pdf.download.pdf/erlaeuternder_berichtzurverordnungueberzweitwohnungen.pdf (besucht am 16.5.2023).

Erläuterungen des ARE vom 26.6.2013, Bundesgesetz über Zweitwohnungen, abrufbar unter https://www.are.admin.ch/dam/are/de/dokumente/recht/erlaeuterungen_zumbundesgesetzueberzweitwohnungenentwurf.pdf.download.pdf/erlaeuterungen_zumbundesgesetzueberzweitwohnungenentwurf.pdf (besucht am 16.5.2023).

Griffel Alain, Die Umsetzung der Zweitwohnungsinitiative – eine Zwischenbilanz, ZBl 2014, S. 59 ff.

Hauser Ernst/Jäger Christoph, Art. 13 – 14, Vorbem. Vor Art. 21 – 22, 21 – 28 ZWG, in: Wolf Stephan/Pfammatter Aron (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar Zweitwohnungsgesetz (ZWG) – unter Einbezug der Zweitwohnungsverordnung (ZWV), 2. Aufl., Bern 2021.

Hilber Christian/Schöni Olivier, On the economic impacts of constraining second home investments, Journal of Urban Economics 118, 2020. Abrufbar unter https://www.researchgate.net/publication/342091174_On_the_Economic_Impacts_of_Constraining_Second_Home_Investments (besucht am 16.5.2023).

Mösching Fabian, Ab welchem Zeitpunkt ist die Zweitwohnungsinitiative anwendbar?, Jusletter 10.12.2012 (zit. Mösching, Zeitpunkt).

Mösching Fabian, Massnahmen zur Beschränkung von Zweitwohnungen, Diss. Bern 2014 (zit. Mösching, Massnahmen).

Mösching Fabian, Art. 1 – 6, 12 ZWG, in: Wolf Stephan/Pfammatter Aron (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar Zweitwohnungsgesetz (ZWG) – unter

Einbezug der Zweitwohnungsverordnung (ZWV), 2. Aufl., Bern 2021 (zit. SHK-Mösching zu Art.).

Pfammatter Aron, Art. 7, 8, 10 und 11 ZWG, in: Wolf Stephan/Pfammatter Aron (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar Zweitwohnungsgesetz (ZWG) – unter Einbezug der Zweitwohnungsverordnung (ZWV), 2. Aufl., Bern 2021.

Ruch Alexander, Art. 75b BV in: Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014.

Rütter Soceco, Wirkungsanalyse Zweitwohnungsgesetz: Analyse der Auswirkungen mit volkswirtschaftlichem Fokus, Schlussbericht an das Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO), Rüschlikon, 2020, abrufbar unter https://www.are.admin.ch/are/de/home/medien-und-publikationen/publikationen/raumplanungsrecht/wirkungsanalyse-zweitwohnungsgesetz.html (besucht am 16.5.2023).

Stalder Beat/Heim Tina, Art. 9, 15 – 20 ZWG, in: Wolf Stephan/Pfammatter Aron (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar Zweitwohnungsgesetz (ZWG) – unter Einbezug der Zweitwohnungsverordnung (ZWV), 2. Aufl., Bern 2021.

Steffen Daniel, Der kausale Effekt der Zweitwohnungsinitiative auf Immobilienpreise, Swiss Real Estate Journal, 23 (2021), S. 4 - 12.

Tschannen Pierre, Systeme des Allgemeinen Verwaltungsrechts, Bern 2008.

Waldmann Bernhard, Zweitwohnungsbau: Zulässigkeit von neuen Zweitwohnungen, die auf einem früheren Sondernutzungsplan beruhen, Baurecht 2 (2016), S. 279 ff.

Wolf Stephan/Nuspliger Isabelle, Einleitung in: Wolf Stephan/Pfammatter Aron (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar Zweitwohnungsgesetz (ZWG) – unter Einbezug der Zweitwohnungsverordnung (ZWV), 2. Aufl., Bern 2021.

Wyss Karl-Marc, Die vorläufige bundesrechtliche Umsetzung eidgenössischer Volksinitiativen auf dem Verordnungsweg, Diss., Bern 2020.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 77 BV

Eine Kommentierung von Martin Looser / Alexander Lueger

ZITIERVORSCHLAG

Martin Looser/Alexander Lueger, Kommentierung zu Art. 77 BV, in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (Hrsg.), Onlinekommentar zur Bundesverfassung

Kurzzitat: OK-Looser/Lueger, Art. 77 BV N. XXX.

Art. 77 Wald

[1] Der Bund sorgt dafür, dass der Wald seine Schutz-, Nutz- und Wohlfahrtsfunktionen erfüllen kann.

[2] Er legt Grundsätze über den Schutz des Waldes fest.

[3] Er fördert Massnahmen zur Erhaltung des Waldes.

GLIEDERUNG

I. Entstehungsgeschichte 1155
II. Kontext 1160
A. Vorbemerkungen 1160
B. Nachhaltigkeit (Art. 73 BV) 1160
C. Umwelt-, Natur- und Heimatschutz (Art. 74 und 78 BV) 1161
D. Raumplanung (Art. 75 BV) 1163
III. Kommentar i.e.S. 1164
A. Vorbemerkungen 1164
B. Wald 1165
1. Qualitativer und quantitativer Waldbegriff 1165
2. Dynamischer und statischer Waldbegriff 1169
C. Absatz 1: Zielvorgabe 1170
D. Absatz 2: Grundsatzgesetzgebungskompetenz 1172
E. Absatz 3: Förderung von Erhaltungsmassnahmen 1173
Empfohlene weiterführende Lektüre 1175
Literaturverzeichnis 1178
Materialienverzeichnis 1181

I. ENTSTEHUNGSGESCHICHTE

Die heutige Waldverteilung und Landschaftsstruktur der Schweiz ist im Wesentlichen auf die im Mittelalter einsetzende und bis in das 19. Jahrhundert andauernde intensive Abholzung des Waldes zurückführen.[4854] Über mehrere Jahrhunderte war der Wald eine **unerlässliche Rohstoff- und Nahrungsquelle**[4855] und diente verschiedenen, teilweise auch gegensätzlichen Nutzungsinteressen (insbesondere Holz-, Sammel- und Brandwechselwirtschaft).[4856] 1

Im ausgehenden 18. Jahrhundert und in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts erreichte die Abholzung und damit einhergehende Zerstörung des Waldes einen Höhepunkt.[4857] Die Industrialisierung liess die Nachfrage nach Holz stark ansteigen.[4858] Auch die Trennung der Forst- von der Landwirtschaft und die daraus folgende Professionalisierung trugen zu einer Intensivierung der Holznutzung bei.[4859] Die massive Übernutzung des Waldes führte schliesslich zu **schweren Naturkatastrophen**, insbesondere Überschwemmungen und Lawinenniedergängen.[4860] 2

Trotz dieser besorgniserregenden Entwicklung enthielt die Bundesverfassung vom 12. September 1848 keine Bestimmung zum Forstwesen.[4861] Dies ist einerseits darauf zurückzuführen, dass die neu geschaffene Bundesverfassung eine «Minimallösung» war, die **möglichst viele Kompetenzen den** 3

4854 Botschaft WaG 1988, S. 177.

4855 Botschaft WaG 1988, a.a.O.

4856 Ausführlich dazu Irniger, S. 3 f.

4857 Jaissle, S. 9 f.; Jenni, Kommentar WaG, Vorb. zu Art. 1 WaG N. 1; vgl. Irniger, S. 9; Mather, S. 39; ausführlich zur Forstgesetzgebung und Forstwirtschaft in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts Grossmann, Forstgesetzgebung, passim. In Europa (ohne Russland) wurden zwischen den Jahren 1750 und 1850 schätzungsweise rund 146'000 bis 186'000 Quadratkilometer Wald gerodet, was etwa 30 bis 35 Prozent der Gesamtfläche entspricht; Malanima, S. 118.

4858 Bloetzer, S. 2; Jenni, Kommentar WaG, Vorb. zu Art. 1 WaG N. 1. Zur damaligen Zeit galt Holz als der wichtigste Energieträger; siehe dazu die tabellarische Übersicht bei Mather, S. 42.

4859 Hürlimann, S. 1.

4860 Abt/Norer/Wild/Wisard, Kommentar WaG, Einleitung N. 4; Bloetzer, S. 5 f.; Botschaft WaG 1988, S. 177; Jenni, Kommentar WaG, Vorb. zu Art. 1 WaG N. 2.

4861 Bloetzer, S. 1; Jaissle, S. 8; Jenni, Kommentar WaG, Vorb. zu Art. 1 WaG N. 3; ausführlich zur Forstwirtschaft in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts Grossmann, Forstwirtschaft, passim.

Kantonen belassen wollte.[4862] Andererseits fehlte den Behörden und der Bevölkerung das Bewusstsein für die Dringlichkeit des Handlungsbedarfs.[4863] Die Rechtsetzungskompetenz im Forstwesen verblieb damit vorerst bei den Kantonen. Die kantonale Forstgesetzgebung[4864] vermochte die Abholzung des Waldes allerdings kaum zu verhindern.[4865] Im Zentrum der meisten Erlasse stand denn auch nicht der Schutz des Waldes, sondern die Errichtung wirtschaftlich motivierter Handelsschranken.[4866]

4 Erst nachdem sich im Herbst 1868 in den Kantonen Tessin, Graubünden, St. Gallen, Wallis und Uri **verheerende Überschwemmungen** ereignet hatten,[4867] wurde der Handlungsbedarf auf Bundesebene erkannt.[4868] Die Naturkatastrophe wird denn auch als das «entscheidende Ereignis für die Schaffung einer forstlichen Bundesgewalt»[4869] oder gar als «Weckruf»[4870] bezeichnet.

5 Vor diesem Hintergrund fand Art. 24 aBV Eingang in die Bundesverfassung vom 29. Mai 1874.[4871] Abs. 1 räumte dem Bund das **Recht der Oberaufsicht über die Wasserbau- und Forstpolizei im Hochgebirge** und zugleich eine Grundsatzgesetzgebungskompetenz ein.[4872] Abs. 2 verpflichtete den Bund dazu, die Korrektion und Verbauung der Wildwasser sowie die Aufforstung ihrer Quellgebiete zu unterstützen und die nötigen schützenden Bestimmungen zur Erhaltung dieser Werke und der schon vorhandenen Waldungen aufzustellen. Am 24. März 1876 wurde sodann gestützt auf die neu geschaffene Verfassungsnorm das erste Forstpolizeigesetz erlassen. Der Erlass zielte dabei auf die quantitative Walderhaltung ab, indem eine Verminderung der Waldfläche weitestgehend untersagt wurde.[4873] Trotz dieser Bemühungen vermochte das Forstpolizeigesetz in der Praxis die Situation nicht merklich zu

4862 Bloetzer, a.a.O.
4863 Bloetzer, S. 2.
4864 Siehe dazu die Übersicht bei Bloetzer, S. 7.
4865 Bloetzer, S. 7 f.; Jenni, Kommentar WaG, Vorb. zu Art. 1 WaG N. 3.
4866 Jaissle, S. 9. Gesetzesvorlagen, welche einen weitergehenden Schutz vorsahen, konnten sich auf politischer Ebene nicht durchsetzen; Bloetzer, S. 8 m.w.H.
4867 Ausführlich dazu Summermatter, S. 170 ff.
4868 Bloetzer, S. 32.
4869 Bloetzer, S. 43.
4870 Jenni, Kommentar WaG, Vorb. zu Art. 1 WaG N. 5.
4871 Ausführlich zur Entstehungsgeschichte des Wortlauts des Art. 24 aBV Bloetzer, S. 44 ff.
4872 Jagmetti, Kommentar BV 1874, Art. 24 aBV N. 39.
4873 Abt/Norer/Wild/Wisard, Kommentar WaG, Einleitung N. 4; Jaissle, S. 19 f.; vgl. Mather, S. 40.

verbessern.[4874] Grund dafür waren in erster Linie Vollzugsdefizite bei den Gebirgskantonen, welchen die notwendigen finanziellen Mittel sowie Ressourcen zum Aufbau eines Forstdienstes fehlten.[4875]

6 Wegen des ausbleibenden Erfolgs des Forstpolizeigesetzes vom 24. März 1876 und aufkommender Forderungen nach Bundesbeiträgen für Aufforstungen auch ausserhalb des eidgenössischen Forstgebiets[4876] wurde die Beschränkung der Bundeskompetenz auf das Hochgebirge bei der Verfassungsänderung vom 11. Juli 1897 schliesslich gestrichen.[4877] Die daran anknüpfende Anpassung des Forstpolizeigesetzes trat am 1. August 1898 in Kraft.[4878] Die Bedeutung dieser Revision beschränkte sich allerdings nicht auf die Ausdehnung des räumlichen Anwendungsbereichs.[4879] So war der **Auftrag, nun auch die Wälder im Jura und Mittelland zu schützen**, Ausdruck der wichtigen Erkenntnis, dass «auch diese Wälder mit ihren andersartigen Funktionen einen Bestandteil der natürlichen Lebensgrundlage bilden» und folglich zu erhalten sind.[4880]

7 Der erweiterte Anwendungsbereich und die «viel grössere Variabilität der zu regelnden Gegebenheiten» erforderten weitere Anpassungen der gesetzlichen Grundlagen.[4881] Die Bundesversammlung verabschiedete deshalb am 11. Oktober 1902 eine **Totalrevision des Forstpolizeigesetzes**.[4882] Stark ausgebaut wurden die Förderinstrumente durch Bundesbeiträge, um etwa Aufforstungen zu unterstützen.[4883] Eine grosse Bedeutung kam auch dem Verordnungsrecht zu, das den Wald- und den Rodungsbegriff umschrieb sowie ab dem Jahr 1965 die Rodungsvoraussetzungen verbindlich festlegte. Die Massnahmen zeigten Wirkung, nahm die Waldfläche während des 20. Jahrhunderts in der Schweiz doch um über 40 Prozent zu.[4884]

4874 Bloetzer, S. 58 f.

4875 Bloetzer, S. 59; Schuler, Forstgesetze, S. 2.

4876 Die Kantone Bern, Solothurn und Basel-Landschaft stellten im Jahr 1884 ein Gesuch um Bundesbeiträge zur Finanzierung von Aufforstungen im Kanton Jura. Ausführlich zu den Gründen, welche zur Streichung der Begrenzung auf das Hochgebirge geführt haben, Bloetzer, S. 55 f.

4877 Jenni, Kommentar WaG, Vorb. zu Art. 1 WaG N. 11.

4878 Jenni, Kommentar WaG, Vorb. zu Art. 1 WaG N. 12.

4879 Ausführlich dazu Bloetzer, S. 62 ff.

4880 Bloetzer, S. 62; Mahon, Petit commentaire, Art. 77 BV N 1 f. m.w.H.

4881 Bloetzer, a.a.O.

4882 Das Inkrafttreten wurde auf den 1.4.1903 festgelegt.

4883 Bloetzer, S. 63; Jenni, Kommentar WaG, Vorb. zu Art. 1 WaG N. 15.

8 In der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts veränderten sich die Verhältnisse im Vergleich zum Zeitpunkt des Erlasses des Forstpolizeigesetzes im Jahr 1902 stark. Im Fokus standen das in den 1980er Jahren ins politische Bewusstsein tretende Waldsterben,[4885] der mit der zunehmenden Zersiedlung wachsende Druck auf das Ökosystem Wald und die sich wegen sinkender Erträge verschlechternde wirtschaftliche Situation der Forstbetriebe.[4886] Zudem drangen die **Funktionen des Waldes als Schutz vor Naturereignissen, naturnaher Lebensraum und Erholungsgebiet** verstärkt in das Bewusstsein der Bevölkerung.[4887] Des Weiteren erkannte die Politik, dass ein bloss quantitativer Waldschutz nicht ausreichte, um die Waldfunktionen zu erhalten.[4888] Erforderlich wurden Massnahmen der qualitativen Walderhaltung durch eine aktive Pflege und Bewirtschaftung des Waldes.[4889]

9 Im Licht dieser neuen Herausforderungen wurde das Forstpolizeigesetz vom 11. Oktober 1902 gegen Ende des 20. Jahrhundert erneut totalrevidiert. Am 4. Oktober 1991 verabschiedete die Bundesversammlung das heute geltende **Waldgesetz**. Dieses trat, gemeinsam mit der Waldverordnung vom 30. November 1992, am 1. Januar 1993 in Kraft. Verfassungsrechtlich ist das Waldgesetz breiter abgestützt als das frühere Forstpolizeigesetz. Unter der Geltung der Bundesverfassung vom 29. Mai 1874 stützte es sich neben Art. 24 aBV auch auf die Art. 24^{sexies} (Natur- und Heimatschutz)[4890], 24^{septies} (Umweltschutz)[4891] und 31bis (wirtschaftliche Landesverteidigung)[4892] aBV.[4893] Das Waldgesetz enthält eine umfassende Regelung der Grundsätze zum

---

4884 Schuler, Wald, S. 12.

4885 In der Deutschschweiz war das Waldsterben besonders in den Jahren von 1983 bis 1985 ein im Zusammenhang mit der Luftverschmutzung stark diskutiertes Thema; Schuler, Wald, S. 12 f.; ausführlich dazu Brunner/Looser, S. 71 ff.

4886 Botschaft WaG 1988, S. 175.

4887 Botschaft WaG 1988, a.a.O.

4888 Botschaft WaG 1988, S. 183.

4889 Botschaft WaG 1988, a.a.O.

4890 Heute Art. 78 BV.

4891 Heute Art. 74 BV.

4892 In der geltenden Fassung erwähnt der Ingress zum Waldgesetz Art. 95 Abs. 1 BV als Verfassungsgrundlage, der die Bundeskompetenz zum Erlass von Vorschriften über die Ausübung der privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit zum Gegenstand hat. Im Unterschied dazu bezog sich Art. 31bis aBV auf die Kompetenzen des Bundes im Bereich der wirtschaftlichen Landesverteidigung (vgl. Botschaft WaG 1988, S. 182; Botschaft «Swissness»-Vorlage 2009, S. 8620).

4893 Jaissle, S. 34.

Waldrecht; sein Inkrafttreten markierte zugleich den Übergang von einem rein quantitativen hin zu einem mit qualitativen Elementen verstärkten Verständnis der Walderhaltung.[4894]

10 Das Waldgesetz bildete sodann auch den Ausgangspunkt für die Neufassung des Art. 24 aBV im Zuge der **Totalrevision der Bundesverfassung vom 18. April 1999**.[4895] Die Verfassungsbestimmung sollte, dem ausdrücklichen Ziel der Revision entsprechend, bloss nachgeführt und redaktionell überarbeitet werden.[4896] Der für den Wald erhebliche Teil von Art. 24 Abs. 1 aBV wurde in den heutigen Art. 77 Abs. 2 BV[4897] überführt. Der Begriff der Oberaufsicht, welcher auch die Grundsatzgesetzgebungskompetenz umfasste (vorne, N. 5), verschwand aus dem Verfassungstext, ebenso wie jener der Forstpolizei.[4898] In zeitgemässer Formulierung hält die Bestimmung schlicht fest, dass der Bund die Grundsätze über den Schutz des Waldes festlegt.[4899] Die den Wald betreffenden Elemente des Art. 24 Abs. 2 aBV finden sich in sprachlich angepasster Form im Art. 77 Abs. 3 BV[4900] wieder.[4901] Die bereits in Art. 1 WaG erwähnten Waldfunktionen (Schutz-, Nutz- und Wohlfahrtsunktionen) wurden neu auch in Art. 77 Abs. 1 BV[4902] und damit auf Verfassungsebene festgeschrieben.[4903] Der wasserbaupolizeiliche Gehalt des Art. 24 aBV fand Eingang in Art. 76 BV.[4904]

11 Art. 77 BV erfuhr seit Inkrafttreten der Bundesverfassung vom 18. April 1999 am 1. Januar 2000 **keine Änderungen**. Im Jahr 2005 reichte die Stiftung Helvetia Nostra unter dem Titel «Rettet den Schweizer Wald» eine Volksinitiative zur Änderung des Art. 77 BV ein. Diese zielte namentlich auf eine Verschärfung des Rodungsverbots und eine naturnahe Waldbaupraxis ab.[4905] Auf den vom Bundesrat anschliessend unterbreiteten indirekten

4894 Jenni, Kommentar WaG, Vorb. zu Art. 1 WaG N. 43.
4895 Jenni, Kommentar WaG, Vorb. zu Art. 1 WaG N. 46.
4896 Botschaft BV 1996, S. 252 f.; vgl. Mahon, Petit commentaire, Art. 77 BV N. 1.
4897 Art. 53 Abs. 1 VE-BV 1995; Art. 61 Abs. 2 VE-BV 1996.
4898 Neu regeln die Art. 45, 46 und 49 BV das Verhältnis zwischen dem Bund und den Kantonen in allgemeiner Form (inkl. Bundesaufsicht).
4899 Botschaft BV 1996, S. 252.
4900 Art. 53 Abs. 2 VE-BV 1995; Art. 61 Abs. 3 VE-BV 1996.
4901 Biaggini, Art. 77 BV N. 6.
4902 Art. 53 Abs. 3 VE-BV 1995; Art. 61 Abs. 1 VE-BV 1996.
4903 Botschaft BV 1996, S. 252; Mader, S. 704.
4904 BSK-Hoffmann/Griffel, Art. 77 BV N. 2.
4905 BBl 2007 3887 f.; BSK-Hoffmann/Griffel, Art. 77 BV N. 3.

Gegenvorschlag trat die Bundesversammlung nicht ein.[4906] Daraufhin erklärte das Initiativkomitee den Rückzug der Volksinitiative.[4907] Später kamen Teilrevisionen des Waldgesetzes zustande, welche keine Verfassungsänderungen erforderten (2012: Flexibilisierung der Waldflächenpolitik; 2016: Verbesserung der Prävention hinsichtlich biotischer Gefahren und des Klimawandels, Holzwirtschaftsförderung, Neuregelung der forstlichen Ausbildung).[4908]

II. KONTEXT

A. Vorbemerkungen

12 Thematisch ist Art. 77 BV dem 4. Abschnitt «Umwelt und Raumplanung» zugeordnet. Bereits diese Eingliederung zeigt, dass der Wald nicht isoliert, sondern «im Konzert mit den übrigen Bestimmungen dieses Abschnitts zu verstehen ist.»[4909] Insbesondere zur Nachhaltigkeit (Art. 73 BV), zum Umwelt-, Natur- und Heimatschutz (Art. 74 und Art. 78 BV) sowie zur Raumplanung (Art. 75 BV) bestehen **enge Bezugspunkte**, zumal sich teilweise auch das Waldgesetz auf diese Verfassungsbestimmungen abstützt (vorne, N. 9).[4910] Daneben steht Art. 77 BV auch in einem Zusammenhang zum Gewässerschutz (Art. 76 Abs. 3 BV) und zur Fischerei und Jagd (Art. 79 BV).[4911]

B. Nachhaltigkeit (Art. 73 BV)

13 Art. 73 BV verankert auf Verfassungsebene ausdrücklich das Prinzip der Nachhaltigkeit. Demnach streben Bund und Kantone ein auf Dauer ausgewogenes Verhältnis zwischen der Natur und ihrer Erneuerungsfähigkeit einerseits und ihrer Beanspruchung durch den Menschen andererseits an. Der Nachhaltigkeitsgrundsatz wurde **ursprünglich im Forstwesen entwickelt**.[4912] In diesem Zusammenhang fand dieser denn auch erstmalig (zumindest

4906 BSK-Hoffmann/Griffel, Art. 77 BV N. 3.

4907 BBl 2008 2581 ff.

4908 Ausführlich dazu SGK-Marti, Art. 77 BV N. 26 f.

4909 Jenni, Kommentar WaG, Vorb. zu Art. 1 WaG N. 51.

4910 Eine umfassende Darstellung der thematischen Verbindungen des Waldrechts findet sich bei Abt/Norer/Wild/Wisard, Kommentar WaG, Einleitung N. 28 ff. Die vorliegende Übersicht beschränkt sich grundsätzlich auf den unmittelbaren verfassungsrechtlichen Kontext des Art. 77 BV.

4911 Vgl. SGK-Marti, Art. 77 BV N. 15 f. und 18.

implizit) auf bundesverfassungsrechtlicher Ebene Erwähnung.[4913] So sah Art. 24 Abs. 2 aBV (vorne, N. 5) vor, dass die «schon vorhandenen Waldungen» zu erhalten sind.[4914] Da die Nachhaltigkeit nunmehr in Art. 73 BV als Verfassungsgrundsatz[4915] den umwelt- und raumplanungsrechtlichen Bestimmungen vorangestellt wurde, konnte auf eine nochmalige Erwähnung in Art. 77 BV verzichtet werden.[4916] Das Nachhaltigkeitsprinzip wirkt damit uneingeschränkt auch im Waldrecht weiterhin fort.[4917] Es zeigt sich etwa im Walderhaltungsgebot gemäss Art. 1 Abs. 1 lit. a sowie Art. 3 WaG und wird als Bewirtschaftungsgrundsatz in Art. 20 Abs. 1 WaG ausdrücklich erwähnt.[4918] Schliesslich ist auch das Hauptziel der vom Eidgenössischen Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation am 26. Mai 2021 genehmigten «Waldpolitik: Ziele und Massnahmen 2021 – 2024» die Sicherstellung einer nachhaltigen Waldbewirtschaftung.[4919]

C. Umwelt-, Natur- und Heimatschutz (Art. 74 und 78 BV)

Da der Wald Teil der natürlichen Umwelt ist, überschneidet sich der in Art. 74 BV geregelte Umweltschutz teilweise mit dem Gehalt des Art. 77 BV.[4920] Thematische Zusammenhänge bestehen etwa zur Luftreinhaltung[4921] und zum Schutz vor umweltgefährdenden Stoffen (Art. 18 WaG).[4922] Des Weiteren fällt der Wald als **Lebensraum für Tiere und Pflanzen** unter den Regelungsbereich des Natur- und Heimatschutzes gemäss Art. 78 BV (insbesondere Abs. 4 zum Arten- und Biotopschutz sowie Abs. 5 zum Moor- und Moorlandschaftsschutz).[4923] Diese Querbezüge zeigen sich auch in der einschlägigen Ausführungsgesetzgebung. So enthält das Bundesgesetz über den Natur- und Heimatschutz etwa Bestimmungen zum Schutz von

14

4912 Abt/Norer/Wild/Wisard, Kommentar WaG, Einleitung N. 20; Jenni, Kommentar WaG, Vorb. zu Art. 1 WaG N. 50; Mader, S. 703; vgl. SGK-Errass, Art. 73 BV N. 47 m.w.H.

4913 BSK-Hoffmann/Griffel, Art. 77 BV N. 9.

4914 BSK-Hoffmann/Griffel, a.a.O.

4915 BGer 1A.115/2003 vom 23.2.2004 E. 3.2.

4916 Botschaft BV 1996, S. 253.

4917 Jenni, Kommentar WaG, Vorb. zu Art. 1 WaG N. 50.

4918 BSK-Hoffmann/Griffel, Art. 77 BV N. 9.

4919 Bundesamt für Umwelt, Waldpolitik, S. 11; vgl. SGK-Marti Art. 77 BV N. 7.

4920 Botschaft WaG 1988, S. 182; SGK-Marti, Art. 77 BV N. 15.

4921 Ausführlich zu den Zusammenhängen zwischen der Luftreinhaltung und dem Wald Brunner/Looser, passim.

4922 Abt/Norer/Wild/Wisard, Kommentar WaG, Einleitung N. 33; BSK-Hoffmann/Griffel, Art. 77 BV N. 10.

besonderen Waldgesellschaften (Art. 18 Abs. 1bis NHG), zur forstwirtschaftlichen Nutzung (Art. 18c Abs. 1, Art. 19 und Art. 23d Abs. 2 lit. a NHG) sowie zur Ufervegetation (Art. 21 NHG).[4924] Die bundesrätlichen Inventarverordnungen zum Schutz von Auen sowie Mooren und Moorlandschaften[4925] umfassen auch Au- und Moorwälder und dienen damit deren Erhaltung.[4926]

15 Das **Verhältnis zwischen dem Waldrecht und der Umwelt- sowie Natur- und Heimschutzgesetzgebung** ist mit gewissen Unsicherheiten behaftet. Die Rechtsprechung äusserte sich dazu bisher bloss punktuell. So hielt das Bundesgericht etwa fest, das Waldrecht sei im Verhältnis zu Art. 32d USG (Tragung der Kosten bei der Sanierung belasteter Standorte) *lex specialis*.[4927] Insbesondere mit Verweis auf dieses Urteil wird in der Lehre die Auffassung vertreten, dass das Waldrecht grundsätzlich der Umwelt- sowie Natur- und Heimatschutzgesetzgebung vorgehe.[4928] Soweit jedoch Wald in seiner Funktion als Biotop geschützt werden soll, würden die Bestimmungen des Arten- und Biotopschutzes Vorrang beanspruchen.[4929] Nach hier vertretener Auffassung gelangen die Bestimmungen des Waldrechts und der Umwelt-

4923 Botschaft WaG 1988, S. 180 und 182; ausführlich zum (insbesondere historischen) Verhältnis zwischen der Wald- sowie Natur- und Heimatschutzgesetzgebung Jenni, Wegweiser, S. 11; vgl. ferner Epiney/Kern/Diezig, S. 67, wonach aufgrund des Walderhaltungsgebotes ein ähnlicher Schutz zur Anwendung gelange wie mit Bezug auf die durch das NHG erfassten Biotope, wobei jedoch festzuhalten sei, «dass Schutzgut der Wald als solcher ist und nicht der natürliche Lebensraum als Habitat für bestimmte Arten. Insofern handelt es sich also beim Wald gerade nicht um Schutzgebiet.»

4924 Abt/Norer/Wild/Wisard, Kommentar WaG, Einleitung N. 34; zum Verhältnis zwischen Ufervegetation und Wald BGE 130 II 313 E. 3.2; BGE 122 II 274 E. 5; BGE 115 Ib 224 E. 5.

4925 Gemeint sind die Verordnung vom 28.10.1992 über den Schutz der Auengebiete von nationaler Bedeutung (SR 451.31), die Verordnung vom 21.1.1991 über den Schutz der Hoch- und Übergangsmoore von nationaler Bedeutung (SR 451.32), die Verordnung vom 7.9.1994 über den Schutz der Flachmoore von nationaler Bedeutung (SR 451.33) und die Verordnung über den Schutz der Moorlandschaften von besonderer Schönheit und von nationaler Bedeutung (SR 451.35).

4926 Abt/Norer/Wild/Wisard, Kommentar WaG, Einleitung N. 34; SGK-Marti, Art. 77 BV N. 17.

4927 BGer 1C_67/2012 vom 25.7.2012 E. 3.3.

4928 Abt/Norer/Wild/Wisard, Kommentar WaG, Einleitung N. 33 f.; CR-Largey, Art. 77 BV N. 11. SGK-Marti, 3. Aufl., Art. 77 BV N. 12, führte in der 3. Aufl. als zusätzliches Argument für eine Vorrangstellung des Waldrechts noch die Kompetenzverteilung an: «Da der Bund für den spezifischen Schutz des Waldes in Art. 77 [BV] nur eine Kompetenz zur Grundsatzgesetzgebung erhält, kann das Waldrecht gegenüber dem auf umfassendere Gesetzgebungskompetenzen gestützten Umwelt- und Naturschutzrecht grundsätzlich als lex specialis gelten». In der 4. Aufl. findet dieses Argument hingegen keine Erwähnung mehr.

sowie Natur- und Heimschutzgesetzgebung grundsätzlich nebeneinander zur Anwendung, zumal sich teilweise ohnehin nur schwer abgrenzen lässt, welche Bestimmungen zum Waldrecht zählen.[4930] Allfällige Normkonflikte gilt es im Rahmen der Gesetzesauslegung zu lösen.[4931] Da das Bundesgericht nicht begründete, aus welchen Überlegungen es im konkreten Fall eine Vorrangstellung des Waldrechts bejahte, lässt sich dem Urteil, abgesehen vom Verhältnis zwischen Waldrecht und Art. 32d USG, keine weitergehende Aussage zum Verhältnis zur Umwelt- sowie Natur- und Heimschutzgesetzgebung entnehmen.

D. Raumplanung (Art. 75 BV)

In Art. 75 BV wird dem Bund die Grundsatzgesetzgebungskompetenz über die Raumplanung eingeräumt.[4932] Da die Raumplanung für alle Staatsaufgaben mit räumlichen Auswirkungen beachtlich ist, kommt ihr eine **Querschnittsfunktion** zu.[4933] Auch der Wald untersteht grundsätzlich der Raumplanung, was sich etwa aus Art. 1 Abs. 2 lit. a und Art. 3 Abs. 2 lit. e RPG ergibt, wonach der Wald und seine Funktionen durch raumplanerische Massnahmen zu schützen sind.[4934] 16

Eine Besonderheit besteht betreffend die Nutzungsplanung. In diesem Zusammenhang sieht Art. 18 Abs. 3 RPG vor, dass das Waldareal durch die Forstgesetzgebung umschrieben und geschützt ist. Demzufolge wird der Wald von der **ansonsten flächendeckenden Nutzungsplanung ausgenommen** 17

4929 CR-Largey, a.a.O.; vgl. SGK-Marti, Art. 77 BV N. 18: «Soweit die Art- und Biotopvorschriften des NHG sowie des Jagd-, Vogelschutz- und Fischereirechts im Wald zur Anwendung gelangen, bestehen sie neben den Vorschriften des Waldrechts und gehen diesem als Spezialvorschriften grundsätzlich vor».

4930 Vgl. zum Begriff des Waldrechts Abt/Norer/Wild/Wisard, Kommentar WaG, Einleitung N. 22 ff., die auf eine Konstituierung des nationalen Waldrechts durch eine Vielzahl von Normen auf Bundes- und kantonaler Ebene, eine Einbindung in die verwaltungsrechtliche Rechtsordnung sowie zahlreiche Querbezüge des Waldrechts zu anderen Rechtsmaterien hinweisen.

4931 Vgl. SGK-Marti, Art. 77 BV N. 16 f.: «Insgesamt geht es somit darum, die Regeln der Natur- und Heimatschutzgesetzgebung und des Waldrechts koordiniert und im Sinne der Erzielung einer sinnvollen Gesamtwirkung anzuwenden».

4932 Ausführlich dazu anstatt vieler SGK-Ruch, Art. 75 BV N. 28 ff.

4933 BSK-Hoffmann/Griffel, Art. 77 BV N. 11; SGK-Ruch, Art. 75 BV N. 17.

4934 BSK-Hoffmann/Griffel, a.a.O.; Jaissle, S. 223 f. und 229 f.; CR-Largey, Art. 77 BV N. 12; Waldmann/Hänni, Art. 18 WaG N. 50.

und stattdessen dem Regime der Waldgesetzgebung unterstellt,[4935] ohne diesen aber im Übrigen vom Anwendungsbereich des Raumplanungsrechts auszuklammern.[4936] Die Waldfeststellung ist in Art. 10 WaG geregelt. Demnach kann, wer ein schutzwürdiges Interesse nachweist, vom Kanton feststellen lassen, ob eine Fläche Wald ist (Abs. 1). Zudem ist beim Erlass und bei der Revision von Nutzungsplänen nach dem RPG eine Waldfeststellung anzuordnen in Gebieten, in denen Bauzonen an Wald grenzen oder in Zukunft grenzen sollen (lit. a) und ausserhalb der Bauzonen, in denen der Kanton eine Zunahme des Waldes verhindern will (lit. b).

18 Im Waldgesetz finden sich daher **verschiedene materiell raumplanungsrechtliche Vorschriften** wieder, welche teilweise auch auf die Nutzungsplanung Bezug nehmen, um eine gewisse Koordination sicherzustellen.[4937] Hinzuweisen ist vorab auf die Art. 11 ff. WaG im Abschnitt «Wald und Raumplanung», welche das Verhältnis von Rodungs- und Baubewilligung (Art. 11 WaG), die Zuweisung von Wald zu einer Nutzungszone (Art. 12 WaG) sowie die Abgrenzung von Wald und Nutzungszonen (Art. 13 WaG) regeln. Des Weiteren nimmt das Waldgesetz in Art. 5 Abs. 2 lit. b (Ausnahmebewilligung für Rodung), Art. 10 Abs. 2 (Waldfeststellung beim Erlass und bei der Revision von Nutzungsplänen) und Art. 17 (Waldabstand) auf das Raumplanungsrecht Bezug.[4938]

III. KOMMENTAR I.E.S.

A. Vorbemerkungen

19 Art. 77 BV gliedert sich in drei Absätze. Nach Abs. 1 sorgt der Bund im Sinne einer Zielvorgabe dafür, dass der Wald seine Schutz-, Nutz- und Wohlfahrtsfunktionen erfüllen kann. Zu diesem Zweck und zur Sicherstellung einer gewissen Harmonisierung im Waldrecht kommt dem Bund nach Abs. 2

4935 Marti, Waldrecht, Rz. 463 f.; Waldmann/Hänni, Art. 18 WaG N. 49 f.; zu den historischen Hintergründen Jenni, Wegweiser, S. 9 ff. Durch die Ausnahmeregelung in Art. 18 Abs. 3 RPG wird faktisch eine «besondere[n], bundesrechtlich umschriebene[n] ‹Zone›» begründet; Muggli, Praxiskommentar, Art. 18 RPG N. 41.

4936 Jaissle, S. 223 f. und 229 f.; Marti, Waldrecht, Rz. 463; Waldmann/Hänni, Art. 18 WaG N. 50; wohl etwas einschränkender Muggli, Praxiskommentar, Art. 18 RPG N. 43.

4937 BSK-Hoffmann/Griffel, Art. 77 BV N. 11; Muggli, Praxiskommentar, Art. 18 RPG N. 45.

4938 Vgl. im Übrigen zur eigenständigen forstlichen Planung und zu deren Bezügen zur Raumplanung SGK-Marti, Art. 77 BV N. 20.

sodann eine Grundsatzgesetzgebungskompetenz zu. Abs. 3 verankert schliesslich eine verpflichtende Förderungskompetenz des Bundes zur Erhaltung des Waldes.

B. Wald

1. Qualitativer und quantitativer Waldbegriff

Die Bundesverfassung führt nicht näher aus, wie der in Art. 77 BV verwendete Waldbegriff zu fassen ist. Eine entsprechende **Legaldefinition** findet sich jedoch in der Ausführungsgesetzgebung in Art. 2 WaG i.V.m. Art. 1 WaV.[4939] Sie umfasst sowohl qualitative als auch quantitative Begriffsmerkmale und beruht im Wesentlichen auf der altrechtlichen Umschreibung in der Vollziehungsverordnung vom 1. Oktober 1965 sowie der bisher dazu ergangenen bundesgerichtlichen Rechtsprechung.[4940] 20

Die **qualitativen Begriffsmerkmale** ergeben sich aus Art. 2 Abs. 1 WaG.[4941] Demnach gilt als Wald jede Fläche, die mit Waldbäumen oder Waldsträuchern bestockt ist und Waldfunktionen erfüllen kann. Entstehung, Nutzungsart und Bezeichnung im Grundbuch sind nicht massgebend. Als begriffsprägendes Merkmal muss das betreffende Areal geeignet sein, Schutz-, Nutz- oder Wohlfahrtsfunktionen gemäss Art. 1 Abs. 1 lit. c WaG (hinten, N. 30) zu erfüllen.[4942] Dabei ist ausreichend, dass der zu beurteilenden Fläche bloss eine der vorgenannten Funktionen zukommt.[4943] Für das Vorliegen von Wald spricht typischerweise das Vorhandensein eines charakteristischen Waldbodens, eines Waldsaums und eines Waldinnenklimas.[4944] Schliesslich wird der qualitative Waldbegriff mittels eines Positiv- sowie Negativkatalogs 21

4939 Mahon, Petit commentaire, Art. 77 BV N 4. Aufgrund des sinngemässen Verweises auf die bestehende Ausführungsgesetzgebung in Art. 77 BV bzw. in den Materialien kann die Legaldefinition im Waldgesetz als verfassungskonform gelten; vgl. SGK-Marti, Art. 77 BV N. 4 und 6.

4940 Ausführlich zum Waldbegriff anstatt vieler Jaissle, S. 53 ff.; Marti, Waldrecht, Rz. 438 ff.; Norer, Kommentar WaG, Art. 2 WaG passim; Wagner Pfeifer, Rz. 1671 ff.; zur Vorgängernorm in der Vollziehungsverordnung BGer 1C_460/2012 vom 25.11.2013 E. 5.3.

4941 Anstatt vieler Marti, Waldrecht, Rz. 440 ff.; Norer, Kommentar WaG, Art. 2 WaG N. 16 ff.

4942 Zur Geeignetheit zur Erfüllung von Waldfunktionen Norer, Kommentar WaG, Art. 2 WaG N. 29 m.w.H.

4943 BGer 1C_118/2019 vom 19.7.2019 E. 9; BGer 1A.30/2004 vom 11.8.2004 E. 4; BGer 1A.8/2004 vom 17.12.2004 E. 2.3.

in Art. 2 Abs. 2 und 3 WaG sowie Art. 2 und 3 WaV näher umschrieben, indem gewisse Erscheinungen ein- bzw. ausgeschlossen werden.[4945]

22 Um die Beurteilung der Waldqualität, namentlich bei kleineren Bestockungen, ein Stück weit zu vereinfachen und zu schematisieren, wird den Kantonen in Art. 2 Abs. 4 Satz 1 WaG die Möglichkeit eingeräumt, den unbestimmten qualitativen Waldbegriff durch **quantitative Begriffsmerkmale** zu konkretisieren.[4946] Demnach können die Kantone festlegen, ab welcher Breite, welcher Fläche und welchem Alter eine einwachsende Fläche sowie ab welcher Breite und welcher Fläche eine andere Bestockung als Wald gilt. Bei der Festsetzung haben sie sich an den vom Bundesrat in Art. 1 Abs. 1 WaV festgesetzten Rahmen zu halten (sogleich, N. 23).[4947] Werden die auf diese Weise festgesetzten Schwellenwerte[4948] erreicht, so wird die Erfüllung von Waldfunktionen und damit die Waldqualität (vorbehältlich aussergewöhnlicher Gegebenheiten) als gegeben erachtet.[4949] Demgegenüber darf aus einer Unterschreitung der Werte nicht ohne Weiteres geschlossen werden, dass kein Wald vorliegt, sondern es hat eine Beurteilung anhand der qualitativen Begriffsmerkmale zu erfolgen (vgl. dazu auch hinten, N. 25).[4950]

23 Die Kantone haben bei der **Festsetzung der quantitativen Kriterien** zu beachten, dass diese den qualitativen Waldbegriff nicht aushöhlen, sondern vielmehr bloss präzisieren dürfen.[4951] Das Bundesgericht ging in seiner

---

4944 Vgl. BGE 122 II 72 E. 2d) und E. 3b): «Die typischen Waldelemente: ausschliesslich einheimische Baum- und Straucharten, intakte einheimische Strauch- und Krautschicht sowie Bodenvegetation, gestufter Waldrand und ausgeprägtes Waldinnenklima [...].»; BGer 1A.100/2002 vom 10.10.2002 E. 3.2.1: «Wald im Rechtssinn liegt vor, wenn eine Fläche mit Waldbäumen und Waldsträuchern in einer Art bestockt ist, dass sich ein charakteristischer Waldboden, ein Waldsaum und ein Waldinnenklima ausbilden können, und wenn diese Bestockung Waldfunktionen erfüllen kann.»

4945 Jaissle, S. 74 ff.; Norer, Kommentar WaG, Art. 2 WaG N. 36 ff.

4946 BGE 122 II 72 E. 3b).

4947 Nach Art. 1 Abs. 1 WaV kann die Fläche zwischen 200 und 800 Quadratmetern, die Breite zwischen 10 und 12 Metern sowie das Alter zwischen 10 und 20 Jahren festgesetzt werden. Eine Übersicht zu den kantonalen Regelungen findet sich bei Norer, Kommentar WaG, Art. 2 WaG N. 66 ff.

4948 BSK-Hoffmann/Griffel, Art. 77 BV N. 14; CR-Largey, Art. 77 BV N. 8; das Bundesgericht spricht von Mindestkriterien; anstatt vieler BGE 125 II 440 E. 2c); BGE 124 II 165 E. 2c); BGE 122 II 72 E. 3b); so etwa auch Wagner Pfeifer, Rz. 1672.

4949 BGE 122 II 72 a.a.O.; Botschaft WaG 1988, S. 189; Wagner Pfeifer, Rz. 1672.

4950 BGE 122 II 72 a.a.O; Norer, Kommentar WaG, Art. 2 WaG N. 64; Wagner Pfeifer, Rz. 1672.

4951 BGE 122 II 72 a.a.O.

bisherigen Rechtsprechung davon aus, dass bestockte Flächen ab einer Grösse von etwa 500 Quadratmetern, einer Breite von 12 Metern und einem Alter von 15 Jahren regelmässig geeignet sind, Waldfunktionen wahrzunehmen.[4952] Es widerspricht folglich dem qualitativen Waldbegriff, wenn die Kantone «schematisch und undifferenziert» auf die in Art. 1 Abs. 1 WaV genannten Höchstwerte abstellen.[4953] Diesfalls finden, anstelle der kantonal festgelegten Kriterien, die vorgenannten durch das Bundesgericht definierten Werte Anwendung.[4954]

24 Eine Sonderregelung, welche aus der Rechtsprechung des Bundesgerichts in das Gesetz übernommen wurde, findet sich in Art. 2 Abs. 4 Satz 2 WaG und Art. 1 Abs. 2 WaV.[4955] Demnach gilt eine Bestockung unabhängig von ihrer Fläche, ihrer Breite oder ihrem Alter von Bundesrechts wegen stets als Wald, wenn die Bestockung in **besonderem Masse Wohlfahrts- oder Schutzfunktionen** erfüllt.[4956] Trifft dies zu, finden die Schwellenwerte von vornherein keine Anwendung.[4957] M.a.W. schreiben die Bestimmungen vor, dass bei Vorliegen einer besonderen funktionalen Bedeutung der Bestockung quantitative Kriterien nicht zu berücksichtigen sind. Dazu zählen namentlich Kleinstbestockungen entlang von Gewässern (Ufergehölze gemäss Art. 18 Abs. 1bis NHG)[4958] sowie solche, denen infolge ihrer Zusammensetzung besondere Bedeutung zukommt (seltene Waldgesellschaften gemäss Art. 18 Abs. 1bis NHG).[4959] Sodann fallen darunter auch kleine Bestockungen, die aufgrund ihrer Lage die Landschaft besonders prägen.[4960]

25 Die Sonderregelung soll demnach sicherstellen, dass unter bestimmten Voraussetzungen auch Bestockungen als Wald gelten können, welche die

4952 BGE 122 II 72 a.a.O.; Botschaft WaG 1988, S. 189.

4953 BGE 122 II 72 E. 3b)bb).

4954 BGE 122 II 72 a.a.O. In BGE 125 II 440 E. 3b) und 3e) führte das Bundesgericht aus, dass sich die Anwendung der bundesgerichtlichen Kriterien mit einer bundesrechtskonformen Auslegung der betreffenden kantonalen Norm begründen lässt und folglich kein Verstoss gegen Bundesrecht vorliegt. Damit widersprach es seiner früheren Rechtsprechung in BGE 122 II 72 E. 3b)bb), wonach eine derartige kantonale Regelung bundesrechtswidrig sei; so auch Griffel, S. 226 f.

4955 Norer, Kommentar WaG, Art. 2 WaG N. 73.

4956 BGE 122 II 72 E. 3)aa).

4957 BGE 122 II 72 a.a.O.

4958 Vgl. BGE 122 II 274 E. 5.

4959 Stellungnahme des Bundesrates vom 8.12.1997 zur Interpellation 97.3497, Kleine Waldflächen, Erhaltung, eingereicht am 9.10.1997, von Ständerat Loretan Willy.

kantonalen Mindestkriterien nicht erreichen. Diesfalls genügt nicht, dass die Flächen Waldfunktionen erfüllen können (vgl. Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 lit. b WaG). Vielmehr kommt solchen Bestockungen gemäss Gesetzes- und Verordnungstext im Sinne einer **Qualifizierung** nur dann Waldeigenschaft zu, wenn sie «in besonderem Masse» Wohlfahrts- oder Schutzfunktionen[4961] erfüllen (vorne, N. 24).[4962] Diese qualifizierende Voraussetzung gelangt jedoch nicht bei jeder Unterschreitung der kantonalen Mindestkriterien zur Anwendung: Die Sonderregelung ist nur einschlägig, wenn die kantonalen Mindestkriterien so festgesetzt worden sind, dass sie im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung den qualitativen Waldbegriff *präzisieren* (vorne, N. 23). Dies ist gemäss Bundesgericht immer dann zu verneinen, wenn ein Kanton den bundesrechtlichen Rahmen undifferenziert nach oben voll ausschöpft. In solchen Fällen beschränkt das Bundesgericht seine Prüfung nicht darauf, ob eine Bestockung in besonderem Mass Wohlfahrts- oder Schutzfunktionen erfüllt, sondern stellt auf die qualitativen Voraussetzungen nach Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 lit. b WaG ab; dies jedenfalls bei bestockten Flächen ab einer Grösse von etwa 500 Quadratmetern, einer Breite von 12 Metern und einem Alter von 15 Jahren (vgl. vorne, N. 23).[4963]

26 Schliesslich ist bislang die Frage ungeklärt, inwiefern mit dem Erfordernis, dass die Bestockung in «besonderem Masse» Wohlfahrts- oder Schutzfunktionen erfüllen muss, im Vergleich zum qualitativen Waldbegriff

4960 BGE 114 Ib 224 E. 9 f.

4961 Die Nutzfunktion wird im Gesetzes- und Verordnungstext mutmasslich nicht erwähnt, da sie bei kleinen Flächen kaum je «in besonderem Masse» gegeben sein dürfte.

4962 BGE 120 Ib 339 E. 5c: «Da die in Frage kommenden Bestockungen die Mindestfläche von 250 m2 nicht erreichen und sogar das in Art. 1 Abs. 1 lit. a WaV bestimmte Minimum von 200 m2 unterschreiten, kommt ihnen nur dann Waldeigenschaft zu, wenn sie in besonderem Masse Wohlfahrts- oder Schutzfunktionen erfüllen (Art. 2 Abs. 4 WaG und Art. 1 Abs. 2 Satz 2 WaV).» Gemäss Botschaft WaG 1988, S. 189, sollen nicht schematische Kriterien ausschlaggebend sein, «sondern die Erfüllung der qualitativen Merkmale». Die Mindestkriterien müssen weichen, «wenn beispielsweise bei Auen-, Ufervegetationen oder Windschutzstreifen besondere Verhältnisse vorliegen.» Verunglückt erscheint die bundesgerichtliche Erwägung, wonach bestockte Kleinstflächen «in der Regel keine Waldfunktionen erfüllen [können] und [...] daher nur dann als Wald [gelten], wenn sie in besonderem Masse Wohlfahrts- und Schutzfunktionen erfüllen (Art. 1 Abs. 2 WaV)» (BGer 1A. 22/2001 vom 22.8.2001 E. 6b). Auch bei den in Art. 2 Abs. 4 Satz 2 WaG sowie Art. 1 Abs. 2 WaV erwähnten Wohlfahrts- und Schutzfunktionen handelte es sich um Waldfunktionen (vgl. Art. 1 Abs. 1 lit. c WaG), weshalb Kleinstflächen einerseits nicht generell die Erfüllung von Waldfunktionen abgesprochen werden kann, anderseits aber gleichzeitig zu prüfen ist, ob sie in besonderem Masse Wohlfahrts- und Schutzfunktionen erfüllen.

höhere Anforderungen an die Waldfunktionen gestellt werden.[4964] Gleiches gilt auch für die Frage, ob Art. 2 Abs. 4 WaG und Art. 1 Abs. 2 WaV die *tatsächliche* Erfüllung von Wohlfahrts- oder Schutzfunktionen erfordern (wie der Wortlaut suggeriert) oder wie bei Art. 2 Abs. 1 WaG (vorne, N. 21) bereits die Eignung zur Erfüllung genügt. Diese Fragen gehen allerdings über den Rahmen der vorliegenden Kommentierung zu Art. 77 BV hinaus.

2. Dynamischer und statischer Waldbegriff

Der Waldbegriff verzichtet auf eine räumliche Abgrenzung.[4965] Vielmehr kann überall Wald entstehen, sofern eine mit Waldbäumen oder -sträuchern bestockte Fläche die einschlägigen qualitativen und quantitativen Begriffsmerkmale erfüllt.[4966] Die Ausdehnung des Waldes kann dabei gewollt oder ungewollt erfolgen.[4967] Der Wald bestimmt «seinen örtlichen Geltungsbereich und seinen Nutzungszweck aus eigener, bundesrechtlicher Kraft».[4968] Widerspricht die Ausdehnung des Waldes der kantonalen und kommunalen Nutzungsplanung, wird diese verdrängt. In der Rechtsprechung und Lehre ist deshalb von einem **dynamischen Waldbegriff** die Rede.[4969] Der dynamische Waldbegriff wird allerdings in zweierlei Hinsicht durchbrochen.[4970] An seine Stelle tritt im Rahmen einer Waldfeststellung der **statische Waldbegriff**[4971] in Gebieten, in denen Bauzonen an den Wald

27

4963 BGer 1A.100/2002 E. 3.2.3: «Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung erfüllen Bestockungen ab einer Fläche von etwa 500 m2 regelmässig Waldfunktionen (BGE 124 II 165 E. 2c). Es lässt sich daher nicht vermeiden, dass in jenen Kantonen, welche die Mindestfläche für Wald auf 800 m2 festgesetzt haben, bei allen Bestockungen mit einer Fläche von mehr als 500 m2 in Würdigung aller massgeblichen Aspekte des Einzelfalls zu prüfen ist, ob Wald vorliegt. Dabei geht es nicht um die Frage, ob eine Bestockung in besonderem Mass Wohlfahrts- oder Schutzfunktionen erfüllt, sondern allein darum, ob die verschiedenen qualitativen Voraussetzungen des bundesrechtlichen Waldbegriffs erfüllt sind.»

4964 Vgl. BGE 122 II 274 E. 5c, wo darauf abgestellt wurde, ob die Bestockung in den Schutzbereich des Gewässerschutz-, Wasserbau- und Natur- und Heimatschutzgesetzes fällt; Norer, Kommentar WaG, Art. 2 WaG N. 77 m.w.H., vertritt die Auffassung, dass die Frage «von der Praxis punktuell zu beantworten» sei.

4965 Botschaft WaG 1988, S. 189.

4966 Botschaft WaG 1988, S. 176.

4967 Jenni, Wegweiser, S. 31 f.

4968 BGE 137 II 182 E. 3.7.2.1

4969 Anstatt vieler BGE 137 II 182 a.a.O.; Jaissle, S. 96 ff.; Norer, Kommentar WaG, Art. 2 WaG N. 79 m.w.H.

4970 Anstatt vieler BSK-Hoffmann/Griffel, Art. 77 BV N. 15; Norer, Kommentar WaG, Art. 2 WaG N. 80.

grenzen oder in Zukunft grenzen sollen (Art. 10 Abs. 2 lit. a WaG) oder – ausserhalb der Bauzonen – in Gebieten, in denen der Kanton eine Zunahme des Waldes verhindern will (Art. 10 Abs. 2 lit. b WaG). Im zweitgenannten Fall sind die entsprechenden Gebiete nach Art. 12a WaV im kantonalen Richtplan zu bezeichnen. Sodann sind die einschlägigen Waldgrenzen in den Nutzungsplänen einzutragen (Art. 13 Abs. 1 WaG), mit der Folge, dass neue Bestockungen ausserhalb dieser Grenzen nicht als Wald gelten (Art. 13 Abs. 2 WaG). Auf den entsprechenden Flächen ist die Beseitigung solcher Bestockungen folglich ohne Rodungsbewilligung zulässig.[4972]

C. Absatz 1: Zielvorgabe

28 Gemäss Art. 77 Abs. 1 BV hat der Bund im Sinne einer **Zielvorgabe** dafür zu sorgen, dass der Wald seine Schutz-, Nutz- und Wohlfahrtsfunktionen erfüllen kann.[4973] Im Unterschied zum Art. 24 aBV, der primär auf die Schutzfunktion ausgerichtet war, wird nunmehr ein «breitere[s] Funktionsverständnis des Waldes» verfassungsrechtlich verankert (vorne, N. 5).[4974] Dadurch wird zugleich die Stossrichtung der Grundsatzgesetzgebungskompetenz nach Art. 77 Abs. 2 BV bzw. der gestützt darauf erlassenen Ausführungskompetenz konkretisiert.[4975] Die in Art. 77 Abs. 1 BV verankerten Ziele sind auch im Rahmen der Gesetzesauslegung zu beachten.[4976] Ferner wirkt sich die Vorgabe auf die Definition des Eigentums aus, indem die zulässige Nutzung (insbesondere in der Ausführungsgesetzgebung) näher umschrieben wird.[4977] Auch wenn der Verfassungstext anders als in Art. 76 Abs. 1 BV nicht davon spricht, dass der Bund «im Rahmen seiner Zuständigkeiten» für die Erfüllung der Waldfunktionen zu sorgen hat, werden dem Bund mit Art. 77 Abs. 1 BV über die Befugnisse nach Abs. 2 und 3 hinaus keine zusätzlichen Kompetenzen eingeräumt.[4978]

29 Die **Schutzfunktion** des Waldes liegt im Schutz von Menschen oder Sachwerten vor Naturereignissen, etwa Lawinen, Rutschungen, Erosion und

4971 BSK-Hoffmann/Griffel, a.a.O.; Norer, a.a.O.
4972 Kritisch zum am 1.7.2013 in Kraft getretenen Art. 10 Abs. 2 lit. b WaG BSK-Hoffmann/Griffel, a.a.O.
4973 BSK-Hoffmann/Griffel, Art. 77 BV N. 12.
4974 BSK-Hoffmann/Griffel, a.a.O.
4975 BSK-Hoffmann/Griffel, a.a.O.
4976 CR-Largey, Art. 77 BV N. 19.
4977 BGer 1C_453/2017 vom 16.5.2018 E. 2.2.

Steinschlag (vgl. Art. 1 Abs. 2 WaG).[4979] Die **Nutzfunktion** ist insbesondere dann angesprochen, wenn dem Wald Holz als Rohstoff für bauliche oder energetische Zwecke entnommen wird.[4980] Sodann erfüllt der Wald eine **Wohlfahrtsfunktion**, wenn er «durch seine Lage, seinen Aufbau, seine Bestockung und Gestaltung dem Menschen als Erholungsraum dient».[4981] Ferner zeigt sich die letztgenannte Funktion, indem der Wald die Landschaft prägt, vor schädlichen Umwelteinflüssen (etwa Lärm) schützt, Wasservorräte qualitativ und quantitativ sichert sowie Tieren und Pflanzen einen Lebensraum bietet.[4982]

Die verschiedenen Waldfunktionen stehen dabei in keiner Rangordnung, 30
sondern sind grundsätzlich **gleichwertig**.[4983] Allerdings sind die Kantone gehalten, eine nachhaltige Bewirtschaftung des Waldes sicherzustellen und zu diesem Zweck Planungs- und Bewirtschaftungsvorschriften zu erlassen (Art. 20 Abs. 1 und 2 WaG). Dabei sind nach Art. 18 Abs. 2 WaV in den forstlichen Planungsdokumenten mindestens die Standortverhältnisse sowie die Waldfunktionen und deren Gewichtung festzuhalten. Demnach kommt es trotz grundsätzlicher Gleichrangigkeit der Waldfunktionen zu einer Schwerpunktsetzung.[4984] Aus historischen und traditionellen Gründen kommt vorab der Schutzfunktion eine massgebliche Bedeutung zu (vgl. Art. 20 Abs. 5 WaG).[4985]

Aus den in Art. 77 Abs. 1 BV enthaltenen Zielsetzungen fliesst schliesslich 31
(zumindest implizit) das **Walderhaltungsgebot**.[4986] Ausdrücklich Erwähnung findet es in Art. 77 Abs. 3 BV.[4987] Während die Walderhaltung früher im Sinne des quantitativen Waldschutzes verstanden wurde (vorne, N. 5), greift nunmehr ein breites, auch den qualitativen Waldschutz umfassendes Verständnis.[4988] Zentral ist hierbei nach wie vor das grundsätzliche

4978 CR-Largey, Art. 77 BV N. 19 m.w.H.; Mahon, Petit commentaire, Art. 77 BV N. 7.
4979 Botschaft WaG 1988, S. 187.
4980 Botschaft WaG 1988, S. 188; CR-Largey, Art. 77 BV N. 18.
4981 Botschaft WaG 1988, S. 187.
4982 Botschaft WaG 1988, S. 187 f.
4983 BSK-Hoffmann/Griffel, Art. 77 BV N. 12; SGK-Marti, Art. 77 BV N. 5.
4984 BSK-Hoffmann/Griffel, a.a.O.; SGK-Marti, a.a.O.
4985 SGK-Marti, a.a.O.; vgl. Wagner Pfeifer, Rz. 1685 m.w.H.
4986 BSK-Hoffmann/Griffel, Art. 77 BV N. 18; SGK-Marti, Art. 77 BV N. 6.
4987 BGer 1C_163/2011 vom 15.6.2012 E. 2.1.
4988 BSK-Hoffmann/Griffel, Art. 77 BV N. 18.

Rodungsverbot gemäss Art. 5 WaG.[4989] Überdies ist auf die Ausführungsgesetzgebung in Art. 14 ff. (Schutz vor verschiedenartigen Beeinträchtigungen) sowie 20 ff. WaG (Pflege und Nutzung des Waldes) hinzuweisen.

D. Absatz 2: Grundsatzgesetzgebungskompetenz

32 Der Art. 77 Abs. 2 BV räumt dem Bund die Grundsatzgesetzgebungskompetenz über den Schutz des Waldes ein.[4990] Dies kam in Art. 24 Abs. 1 aBV noch dadurch zum Ausdruck, dass dem Bund das Recht der Oberaufsicht über die Forstpolizei zugeteilt wurde (vorne, N. 5).[4991] Ob und inwiefern die beiden Formulierungen gleichbedeutend sind, ist umstritten. So wird in der Lehre teilweise die Auffassung vertreten, zwar stimme die aus der Oberaufsicht fliessende Befugnis zur Rechtsetzung mit der Grundsatzgesetzgebungskompetenz überein, ergänzend leite sich aus ihr aber auch die Befugnis zum Rechtsvollzug durch den Bund ab.[4992] Andernorts wird der Ausdruck der Oberaufsicht einschränkend so ausgelegt, dass der Bund von der Kompetenz nur subsidiär, soweit zur Oberaufsicht notwendig, Gebrauch machen dürfe.[4993] Ungeachtet dieser früheren terminologischen Unklarheiten scheint nach geltendem Recht klar, dass **dem Bund die Vollzugszuständigkeit aufgrund der Gesetzgebung zukommen kann** (Art. 46 Abs. 1 BV), selbst wenn diese nicht mehr ausdrücklich in Art. 77 BV eingeräumt wird.[4994] In diesem Zusammenhang ist insbesondere auf Art. 49 Abs. 1 WaG zu verweisen, wonach der Bund den Vollzug des Waldgesetzes beaufsichtigt und die ihm durch das Gesetz direkt übertragenen Aufgaben vollzieht.[4995]

33 Die Grundsatzgesetzgebungskompetenz erlaubt es dem Bund, gesetzgeberisch Mindestvorgaben im Sinne der Zielsetzung von Art. 77 Abs. 1 BV zu erlassen und für die erforderliche Rechtsharmonisierung zu sorgen, wobei den

---

4989 Vgl. SGK-Marti, Art. 77 BV N. 6 und 10.
4990 Botschaft BV 1996, S. 252.
4991 Botschaft BV 1996, a.a.O.
4992 Jagmetti, Kommentar BV 1874, Art. 24 aBV N. 39 f.
4993 Bloetzer, S. 125 ff.
4994 Biaggini, Art. 77 BV N. 5; BSK-Hoffmann/Griffel, Art. 77 BV N. 20; SGK-Marti, Art. 77 BV N 12.
4995 Vgl. zur traditionell starken Stellung des Bundes bei der Bundesaufsicht im Waldrecht Wild, Kommentar WaG, Art. 49 WaG N. 6 ff.

Kantonen gleichzeitig ein eigener Regelungsspielraum belassen werden soll.[4996] Dies schliesst allerdings nicht aus, dass der Bund auch unmittelbar anwendbare Normen schaffen und als besonders bedeutsam gewichtete Aspekte detailliert regeln kann.[4997] Das Waldgesetz weist in bestimmten Bereichen einen **weitgehenden sowie zugleich tiefgreifenden Regelungsgehalt** auf.[4998] Es enthält etwa unmittelbar anwendbare Bestimmungen zur Rodung und Waldfeststellung (Art. 4 ff. WaG) sowie zur Raumplanung (Art. 11 ff. WaG). Bei der Schaffung des Waldgesetzes wurde die umfassende Regelung damit begründet, dass die Bundesverfassung «die Verantwortung für den Wald in die Hände des Bundes» lege, weshalb der Gesetzgeber diesem Grundsatz Rechnung zu tragen habe.[4999] Die für die Walderhaltung entscheidenden Aspekte seien daher im Gesetz zu regeln.[5000] Da im Zeitpunkt des Erlasses von Art. 77 BV die Regelungstiefe des Waldgesetzes bereits bekannt war, ist davon auszugehen, dass die Formulierung «Grundsätze über den Schutz des Waldes» weit zu verstehen ist.[5001] Selbst wenn die Auffassung vertreten werden sollte, der Inhalt einzelner Bestimmungen gehe über die Grundsatzgesetzgebungskompetenz hinaus, stünde Art. 190 BV einer Nichtanwendung entgegen.[5002]

E. Absatz 3: Förderung von Erhaltungsmassnahmen

In Art. 77 Abs. 3 BV ist eine verpflichtende Förderungskompetenz des Bundes zur Erhaltung des Waldes verankert.[5003] Die Massnahmen sind dabei auf die quantitative und qualitative Walderhaltung auszurichten.[5004] Sie haben folglich der **Abwehr von Gefahren für den Wald** zu dienen.[5005] Die konkrete Ausgestaltung der Förderinstrumente wird der Ausführungsgesetzgebung überlassen.[5006] Zu denken ist primär an die 34

4996 Vgl. Tschannen, Rz. 729; zur konkreten Situation im Waldrecht SGK-Marti, Art. 77 BV N. 8 f.; BGer 2C_397/2023 (zur amtlichen Publikation vorgesehen) E. 4.4.
4997 Jagmetti, Kommentar BV 1874, Art. 24 aBV N. 39; Tschannen, Rz. 769 ff.
4998 BSK-Hoffmann/Griffel, Art. 77 BV N. 21; Mahon, Petit commentaire, Art. 77 BV N. 9.
4999 Botschaft WaG 1988, S. 182.
5000 Botschaft WaG 1988, a.a.O.
5001 BSK-Hoffmann/Griffel, Art. 77 BV N. 21; SGK-Marti, Art. 77 BV N. 9.
5002 Biaggini, Art. 77 BV N. 5.
5003 Biaggini, Art. 77 BV N. 6.
5004 Kilchhofer, Kommentar WaG, Vorb. zu Art. 35 ff. WaG N. 2; SGK-Marti, Art. 77 BV N. 21.
5005 Kilchhofer, a.a.O.
5006 Biaggini, Art. 77 BV N. 6.

Gewährung von Subventionen (Art. 35 ff. WaG), aber auch an Vorkehrungen gegen Schadorganismen (Art. 27a WaG) und Massnahmen zur Anpassung an den Klimawandel (Art. 28a WaG) sowie die Förderung von Ausbildung, Beratung, Forschung und Grundlagenbeschaffung (Art. 29 ff. WaG).[5007] Schranken ergeben sich aus der Wirtschaftsfreiheit gemäss Art. 27 BV. So ist es dem Bund untersagt, mittels wirtschaftslenkender Massnahmen auf die Wald- und Holzwirtschaft einzuwirken, da es hierfür an einer Verfassungsgrundlage mangelt, wie sie etwa in Art. 104 Abs. 2 BV für die Landwirtschaft vorgesehen ist.[5008] Einzig im Falle von Waldkatastrophen oder aussergewöhnlichem Holzanfall ist ein Abweichen gestützt auf Art. 102 Abs. 2 BV sowie Art. 28 und Art. 38a Abs. 1 lit. c WaG möglich.[5009]

35 Das Waldgesetz führte zu einer Stärkung der Subventionen.[5010] So wurden die verfügbaren Bundesmittel und Beitragssätze erhöht,[5011] mit dem Zweck, die Existenz der Forstbetriebe zu garantieren, die wiederum die quantitative und qualitative Walderhaltung sicherstellen sollten.[5012] Das Waldgesetz sah anfänglich ein komplexes Subventionssystem vor. Danach wurden Abgeltungen und Finanzhilfen jeweils projektbezogen sowie abgestuft nach Finanzkraft der Kantone gewährt.[5013] Mit der Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen (NFA) am 1. Januar 2008 sind die Aufgaben, Kompetenzen und Finanzströme zwischen Bund und Kantonen so weit wie möglich und sinnvoll entflochten worden.[5014] Neu erfolgt die Unterstützung der Kantone grundsätzlich in Form von **Mehrjahresprogrammen mit Zielvereinbarungen sowie von Global- und Pauschalbeiträgen** anstelle von Einzelsubventionen.[5015] Als Instrument zur Gewährung der Subventionen dienen dabei Programmvereinbarungen (öffentlich-rechtliche Verträge) zwischen Bund und Kantonen (Art. 46 Abs. 2 BV).[5016] Auch das Waldgesetz wurde entsprechend

5007 Kilchhofer, Kommentar WaG, Vorb. zu Art. 35 ff. WaG N. 2.
5008 Kilchhofer, a.a.O.; SGK-Marti, Art. 77 BV N. 23.
5009 SGK-Marti, a.a.O.
5010 Kilchhofer, Kommentar WaG, Vorb. zu Art. 35 ff. WaG N. 4.
5011 Kilchhofer, a.a.O.
5012 Botschaft WaG 1988, S. 183.
5013 Unterschieden wurden zwölf Kategorien von Finanzkraftabstufungen, wobei innerhalb dieser Abstufungen die Kantone ihre Beitragssätze und indirekt damit auch die Bundesbeitragssätze nochmals differenzierten (Botschaft NFA 2005, S. 6256).
5014 Botschaft NFA 2005, S. 6055.
5015 Botschaft NFA 2005, S. 6065; SGK-Marti, Art. 77 BV N. 24.

geändert, so namentlich die Art. 36 ff. WaG, wonach Subventionen auf Grundlage von Programmvereinbarungen zu erfolgen haben. Konkretisiert werden die entsprechenden Gesetzesbestimmungen in materieller Hinsicht in Art. 39 ff. WaV sowie in formeller Hinsicht in Art. 46 ff. WaV. Gestützt darauf wurden die beiden Programmvereinbarungen «Wald» sowie «Schutzbauten und Gefahrengrundlagen» getroffen. Die erstgenannte Programmvereinbarung umfasst dabei die Teilprogramme «Schutzwald», «Waldbiodiversität» und «Waldbewirtschaftung».[5017] Eine verfügungsweise Gewährung von Subventionen ist nur noch in Ausnahmefällen vorgesehen, wenn das Projekt eine Beurteilung durch den Bund im Einzelfall erfordert (Art. 36 Abs. 2 und Art. 37a Abs. 2 WaG) oder bei ausserordentlichen Ereignissen (Art. 37 Abs. 1bis und Art. 38a Abs. 2 lit. b i.V.m. Abs. 1 lit. c WaG).[5018]

Zu den Autoren

Martin Looser studierte an der Universität Bern Rechtswissenschaft und arbeitete als wissenschaftlicher Assistent an verschiedenen Lehrstühlen in Bern und Basel. Heute ist er Partner bei ettlersuter Rechtsanwälte in Zürich und vertritt Private, Organisationen, Unternehmen sowie das Gemeinwesen in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten, insbesondere in den Bereichen des Umwelt-, Planungs- und Baurechts, des Behindertengleichstellungsrechts sowie des Tierrechts. Darüber hinaus ist er gutachterlich tätig.

Alexander Lueger studierte an der Universität Luzern Rechtswissenschaft und arbeitete während mehreren Jahren an einem Lehrstuhl für Privatrecht und Privatrechtsvergleichung. Seit 2022 ist er Rechtsanwalt bei ettlersuter Rechtsanwälte. Er ist beratend und prozessierend im öffentlichen Recht, mit Schwerpunkt Umwelt-, Planungs- und Baurecht, sowie im Privatrecht tätig.

EMPFOHLENE WEITERFÜHRENDE LEKTÜRE

Abt Thomas, Zehn Jahre Waldgesetzgebung des Bundes: Eine Zwischenbilanz aus kantonaler Sicht, SZF 2002, S. 356 ff.

Bloetzer Gotthard, Zur Entwicklung der schweizerischen Forstgesetzgebung, SZF 1992, S. 607 ff.

5016Kilchhofer, Kommentar WaG, Vorb. zu Art. 35 ff. WaG N. 4.
5017Ausführlich dazu Bundesamt für Umwelt, Programmvereinbarungen, S. 146 ff. und 190 ff.
5018Kilchhofer, Kommentar WaG, Vorb. zu Art. 35 ff. WaG N. 50.

Bolgè Roberto/Schmutz Adrian, Neue Massnahmen für die Waldpolitik, Wald und Holz 2022, S. 37 ff.

Brändli Urs-Beat/Abegg Meinrad/Allgaier Leuch Barbara, Schweizerisches Landforstinventar, Ergebnisse der vierten Erhebung 2009–2017, Birmensdorf 2020, DOI: 10.16904/envidat.146.

Bühlmann Lukas/Kissling Samuel, Waldrodung für Siedlungszwecke?, Rechtsgutachten für den Kanton Zürich, Raum & Umwelt 2/2013, S. 1 ff.

Bundesamt für Umwelt (Hrsg.), Waldpolitik 2020 vom Bundesrat gutgeheissen am 31.8.2011, BBl 2011 8731 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2011/1502/de, besucht am 4.10.2024.

Depenheuer Otto/Möhring Bernhard (Hrsg.), Waldeigentum, Dimensionen und Perspektiven, Berlin et al. 2010.

Favre Anne-Christine/Jungo Fabia, Chronique du droit de l'environnement, Deuxième partie, La protection de la forêt, des biotopes et du paysage, RDAF 2008, S. 307 ff.

Griffel Alain, Wald und Recht (Essay), SZF 2012, S. 304 ff.

Keel Alois/Zimmermann Willi, Der Wald im Lichte der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung, SZF 2009, S. 263 ff.

Keel Alois/Zimmermann Will, Bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Waldgesetzgebung 2000–2008, URP 2009, S. 237 ff.

Keller Peter M., Rechtliche Aspekte der neuen Waldgesetzgebung, AJP 1993, S. 144 ff.

Landolt-Parolini Daniel, Einflüsse der Landwirtschaftspolitik des Bundes auf den Wald, in: Bisang Kurt/Hirschi Christian/Ingold Karin (Hrsg.), Umwelt und Gesellschaft im Einklang?, Festschrift für Willi Zimmermann, Zürich et al. 2011, S. 153 ff.

Lieberherr Eva/Coleman Evelyn/Ohmura Tamaki/Wilkes-Allemann Jerylee/Zabel Astrid, Optimierung der Waldpolitik, Bericht im Auftrag des Bundesamts für Umwelt, 2023, abrufbar unter https://www.bafu.admin.ch/dam/bafu/de/dokumente/wald-holz/externe-studien-berichte/optimierung-der-waldpolitik-2020.pdf.download.pdf/Optimierung_der_Waldpolitik_2020.pdf, besucht am 4.10.2024.

Nay Giusep, Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur neuen Waldgesetzgebung, SZF 2002, S. 362 ff.

Ohmura Tamaki/Norer Roland/Lieberherr Eva, Waldpolitischer Jahresrückblick 2021, SZF 2022, S. 230 ff.

Pettenella Davide, Strumenti innovativi nel marketing dei prodotti e servizi forestali: i pagamenti volontari per servizi ambientali e ricreativi, in: Bisang Kurt/Hirschi Christian/Ingold Karin (Hrsg.), Umwelt und Gesellschaft im Einklang?, Festschrift für Willi Zimmermann, Zürich et al. 2011, S. 135 ff.

Schmidhauser Albin, Neuregelung von Verfügungsrechten in der Luzerner Waldwirtschaft, in: Bisang Kurt/Hirschi Christian/Ingold Karin (Hrsg.), Umwelt und Gesellschaft im Einklang?, Festschrift für Willi Zimmermann, Zürich et al. 2011, S. 171 ff.

Sonanini, Das neue Waldgesetz und die Raumplanung, BR 1992, S. 83 ff.

Spörri Andy/Steg Carmen/Bronzini Luca/Meier Fabienne/ Perch-Nielsen Sabine/Willi Christian/Steinmüller Karlheinz, Zukunftsszenarien Wald und Holz 2050, Schlussbericht im Auftrag des Bundesamts für Umwelt vom 9.1.2023, abrufbar unter https://www.bafu.admin.ch/dam/bafu/de/dokumente/wald-holz/externe-studien-berichte/zukunftsszenarien-wald-und-holz-2050.pdf.download.pdf/Zukunftsszenarien_Wald_und_Holz_2050_DE.pdf, besucht am 4.10.2024.

Steinmann Kathrin/Lieberherr Eva/Zimmermann Willi, Waldpolitik der Schweiz, Ein Lehrbuch, Zürich et al. 2017.

Weisz Leo, Forstpolitik und Forstverwaltung in der Helvetik, SZF 1948, S. 187 ff.

Wild Florian, Die Rodungsbewilligung im Rahmen der Neuregelungen des Bundes über die Verfahrenskoordination und über die Aufsicht im Bereich der Walderhaltung, ZBl 2002, S. 113 ff.

Wild-Eck Stephan, Der Wald: Die Sportanlage Nummer 1 im Spannungsfeld unterschiedlicher Interessen, in: Bisang Kurt/Hirschi Christian/Ingold Karin (Hrsg.), Umwelt und Gesellschaft im Einklang?, Festschrift für Willi Zimmermann, Zürich et al. 2011, S. 189 ff.

Wilkes-Allmann Jerylee/Zabel Astrid/Coleman Brantschen Evelyn/Ohmura Tamaki/Lieberherr Eva, Eine Evaluation der Waldpolitik 2020 und ein Ausblick, SZF 2023, S. 132 ff.

Williams Michael, Dark Ages and Dark Areas: Global Deforestation in the Deep Past, Journal of Historical Geography 200, S. 28 ff.

Wullschleger Erwin, Die Erfassung der Waldunktionen, Bericht Nr. 238 der Eidgenössischen Anstalt für das forstliche Versuchswesen, Birmensdorf 1982.

Wulz Christian, Grundlagen und Kompetenzordnung beim präventiven Umgang mit Naturgefahren im Wasser-, Wald-, Raumplanungs- und öffentlichen Baurecht, Zürich et al. 2020.

Zimmermann Willi/Keel Alois, Rechtsgutachten zu den Schwächen in der biodiversitätsrelevanten Gesetzgebung und entsprechenden Verbesserungsmöglichkeiten, Zürich 2010.

Zufferey Roger, Aspects juridiques des activités de loisirs et de détente en forêt, URP 2010, S. 337 ff.

LITERATURVERZEICHNIS

Abt Thomas/Norer Roland/Wild Florian/Wisard Nicolas, Kommentierung der Einleitung, in: Abt Thomas/Norer Roland/Wild Florian/Wisard Nicolas (Hrsg.), WaG, Kommentar zum Waldgesetz, Zürich et al. 2022.

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

Bloetzer Gotthard, Die Oberaufsicht über die Forstpolizei nach schweizerischem Bundesstaatsrecht, Zürich 1978.

Brunner Ursula/Looser Martin, Das Verhältnis von Luft und Wald im Spiegel politischer Herausforderungen, in: Bisang Kurt/Hirschi Christian/Ingold Karin (Hrsg.), Umwelt und Gesellschaft im Einklang?, Festschrift für Willi Zimmermann, Zürich et al. 2011, S. 71 ff.

Bundesamt für Umwelt (Hrsg.), Waldpolitik: Ziele und Massnahmen 2021 – 2024, Bern 2021 (zit. Waldpolitik).

Bundesamt für Umwelt (Hrsg.), Handbuch Programmvereinbarungen im Umweltbereich 2020 – 2024, Bern 2018 (zit. Programmvereinbarungen).

Epiney Astrid/Kern Markus/Diezig Stefan, Zur Implementierung des Smaragd-Netzwerks in der Schweiz: Perspektiven der Einbindung der Schweiz in ein europäisches Naturschutzgebietsnetz, Zürich et al. 2013.

Errass Christoph, Kommentierung zu Art. 73 BV, in: 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 et al. 2023.

Griffel Alain, Umweltrecht, in a nutshell, Zürich et al. 2019.

Grossmann Heinrich, Die schweiz. Forstwirtschaft in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts, SZF 1949, S. 464 ff. (zit. Forstwirtschaft).

Grossmann Heinrich, Forstgesetzgebung und Forstwirtschaft in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts (1803–1848), SZF 1948, S. 379 ff. (zit. Forstgesetzgebung).

Hoffmann Kristin/Griffel Alain, Kommentierung zu Art. 77 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Bundesverfassung, Basel 2015.

Hürlimann Katja, Holzwirtschaft, in: Historisches Lexikon der Schweiz (HLS), Version vom 8.1.2008, abrufbar unter https://hls-dhs-dss.ch/de/export/articles/014025/2008-01-08/WebHome?format=pdf&pdftemplate=HLSCode.ArticlePdfExport, besucht am 4.10.2024.

Irniger Margrit, Wald, 2. Mittelalter und frühe Neuzeit, in: Historisches Lexikon der Schweiz (HLS), Version vom 29.4.2015, abrufbar unter https://hls-dhs-dss.ch/de/export/articles/007849/2015-04-29/WebHome?format=pdf&pdftemplate=HLSCode.ArticlePdfExport, besucht am 4.10.2024.

Jagmetti Riccardo, Kommentierung zu Art. 24 aBV, in: Aubert Jean-François/Eichenberger Kurt/Müller Jörg Paul/Rhinow René A./Schindler Dietrich (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Bern 1996 (zit. Kommentar BV 1874).

Jaissle Stefan M., Der dynamische Waldbegriff und die Raumplanung, Eine Darstellung der Waldgesetzgebung unter raumplanungsrechtlichen Aspekten, Zürich 1994.

Jenni Hans-Peter, Kommentierung der Vorb. zu Art. 1 WaG, in: Abt Thomas/Norer Roland/Wild Florian/Wisard Nicolas (Hrsg.), WaG, Kommentar zum Waldgesetz, Zürich et al. 2022 (zit. Kommentar WaG).

Jenni Hans-Peter, Vor lauter Bäumen den Wald doch noch sehen: Ein Wegweiser durch die neue Waldgesetzgebung, Bern 1993 (zit. Wegweiser).

Kilchhofer Christian, Kommentierung der Vorb. zu Art. 35 ff. WaG, in: Abt Thomas/Norer Roland/Wild Florian/Wisard Nicolas (Hrsg.), WaG, Kommentar zum Waldgesetz, Zürich et al. 2022 (zit. Kommentar WaG).

Largey Thierry, Kommentierung zu Art. 77 BV, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Commentaire romand, Constitution fédérale, Basel 2021.

Mader Luzius, Die Sozial- und Umweltverfassung, AJP 1999, S. 698 ff.

Mahon Pascal, Kommentierung zu Art. 77 BV, in: Aubert Jean-François / Mahon Pascal, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du avril 1999, Zürich et al. 2003 (zit. Petit commentaire).

Malanima Paolo, Energy Crisis and Growth 1650–1850: The European Deviation in a Comparative Perspective, Journal of Global History 2006, S. 101 ff.

Marti Arnold, Kommentierung zu Art. 77 BV, in: 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 et al. 2023.

Marti Arnold, § 10 Waldrecht, in: Haller Walter (Hrsg.), Umweltrecht, Ein Lehrbuch, Zürich et al. 2004, S. 139 ff. (zit. Waldrecht).

Mather Alexander, The Transition from Deforestation to Reforestation in Europe, in: Angelsen Arild/Kaimowitz David (Hrsg.), Agricultural Technologies and Tropical Deforestation, Wallingford 2001, S. 35 ff.

Muggli Rudolf, Kommentierung zu Art. 18 RPG, in: Aemisegger Heinz, Moor Pierre, Ruch Alexander, Tschannen Pierre (Hrsg.), Praxiskommentar RPG: Nutzungsplanung, Zürich et al. 2016 (zit. Praxiskommentar).

Norer Roland, Kommentierung zu Art. 2 WaG, in: Abt Thomas/Norer Roland/Wild Florian/Wisard Nicolas (Hrsg.), WaG, Kommentar zum Waldgesetz, Zürich et al. 2022 (zit. Kommentar WaG).

Ruch Alexander/Hettich Peter, Kommentierung zu Art. 75 BV, in: 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 et al. 2023.

Schuler Anton, Wald, 2. 19. und 20. Jahrhundert, in: Historisches Lexikon der Schweiz (HLS), Version vom 29.4.2015, abrufbar unter https://hls-dhs-dss.ch/de/export/articles/007849/2015-04-29/WebHome?format=pdf&pdftemplate=HLSCode.ArticlePdfExport, besucht am 4.10.2024 (zit. Wald).

Schuler Anton, Forstgesetze, in: Historisches Lexikon der Schweiz (HLS), Version vom 17.8.2007, abrufbar unter https://hls-dhs-dss.ch/de/export/articles/013802/2007-08-17/WebHome?format=pdf&pdftemplate=HLSCode.ArticlePdfExport, besucht am 4.10.2024 (zit. Forstgesetze).

Summermatter Stephanie, Die Prävention von Überschwemmungen durch das politische System der Schweiz von 1848 bis 1991, Bern 2017.

Tschannen Pierre, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 5. Aufl., Bern 2021.

Wagner Pfeifer Beatrice, Umweltrecht, Besondere Regelungsbereiche, 2. Aufl., Zürich et al. 2021.

Waldmann Bernhard/Hänni Peter, Raumplanungsgesetz, Bundesgesetz vom 22.6.1979 über die Raumplanung (RPG), Stämpflis Handkommentar, Bern 2006.

MATERIALIENVERZEICHNIS

Botschaft zu einem Bundesgesetz über Walderhaltung und Schutz vor Naturereignissen (Waldgesetz, WaG) vom 29.6.1988, BBl 1988 III 173 ff., abrufbar unter https://fedlex.data.admin.ch/eli/fga/1988/3_173_157_137, besucht am 4.10.2024 (zit. Botschaft WaG 1988).

Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20.11.1996, BBl 1996 I 1 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1997/1_1_1_1/de, besucht am 4.10.2024 (zit. Botschaft BV 1996).

Botschaft zur Ausführungsgesetzgebung zur Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen (NFA) vom 7.9.2005, BBl 2005 6029 ff., abrufbar unter https://fedlex.data.admin.ch/eli/fga/2005/976, besucht am 4.10.2024 (zit. Botschaft NFA 2005).

Botschaft zur Änderung des Markenschutzgesetzes und zu einem Bundesgesetz über den Schutz des Schweizerwappens und anderer öffentlicher Zeichen («Swissness»-Vorlage) vom 18. November 2009, BBl 2009 8533, abrufbar unter https://fedlex.data.admin.ch/eli/fga/2009/1471, besucht am 4.10.2024 (zit. Botschaft «Swissness»-Vorlage 2009).

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 81 BV

Eine Kommentierung von Markus Schreiber

ZITIERVORSCHLAG

Markus Schreiber, Kommentierung zu Art. 81 BV, in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (Hrsg.), Onlinekommentar zur Bundesverfassung

Kurzzitat: OK-Schreiber, Art. 81 BV N. XXX.

5. Abschnitt: Öffentliche Werke und Verkehr

Art. 81 Öffentliche Werke

Der Bund kann im Interesse des ganzen oder eines grossen Teils des Landes öffentliche Werke errichten und betreiben oder ihre Errichtung unterstützen.

GLIEDERUNG

I. Entstehungsgeschichte 1185
II. Kontext 1187
III. Kommentar i.e.S. 1189
A. Art der Bundeskompetenz 1189
B. Errichtung und Unterstützung öffentlicher Werke 1191
1. Begriff der «öffentlichen Werke» 1191
2. «Im Interesse des ganzen oder eines grossen Teils des Landes» 1198
3. «Errichten und betreiben» 1199
4. «Ihre Errichtung unterstützen» 1201
5. Grenzfälle zwischen den beiden Varianten 1202
C. Enteignungsrecht 1203
D. Verhältnis zu weiteren Kompetenzen 1203
E. Zuständigkeit und Verfahren 1205
Weitere empfohlene Lektüre 1209
Literaturverzeichnis 1210
Materialienverzeichnis 1214

I. ENTSTEHUNGSGESCHICHTE

Art. 81 BV entspricht inhaltlich weitgehend Art. 21 BV 1848.[5019] Dieser regelte in Abs. 1 das Recht des Bundes, im Interesse der Eidgenossenschaft oder eines grossen Teils derselben öffentliche Werke auf Kosten der Eidgenossenschaft zu errichten oder deren Errichtung zu unterstützen. Abs. 2 sah hierzu ein spezifisches Enteignungsrecht («Recht der Expropriation») gegen volle Entschädigung vor. Abs. 3 gestattete es der Bundesversammlung, die Errichtung öffentlicher Werke zu untersagen, wenn diese die militärischen Interessen der Eidgenossenschaft verletzten. Hintergrund des Verfassungsartikels waren unter anderem die geplanten Gewässerkorrektionen[5020], da sich die Linthkorrektion rund 30 Jahre zuvor auf keine ausreichende Rechtsgrundlage hatte stützen lassen.[5021] Die Materialien nennen dagegen in erster Linie die Errichtung von Eisenbahnlinien als Gegenstand des Artikels.[5022] 1

Die Bestimmung wurde, mit geringfügigen Anpassungen hinsichtlich der Schreibweise, ansonsten unverändert in Art. 23 BV 1874 überführt.[5023] 2

Bei der Totalrevision wurde Abs. 1 von Art. 23 BV 1874 in die BV 1999 inhaltlich übernommen,[5024] wobei lediglich die sprachliche Bezugnahme auf die Eidgenossenschaft und deren Kostentragung entfiel. Ausserdem wird neben dem «Errichten» neu auch das «Betreiben» der Werke erwähnt, das jedoch schon unter der BV 1874 erfasst war.[5025] Die Absätze zwei und drei wurden hingegen nicht übernommen, da man diese zum einen aufgrund des bereits mit den Sachzuständigkeiten einhergehenden Enteignungsrechts, zum anderen wegen der Bundesgesetzgebung im Bereich des Militärs für entbehrlich hielt.[5026] In systematischer Hinsicht wurde die Vorschrift von den allgemeinen Bestimmungen, wo sie sich zwischen Vorschriften zum Militär 3

5019 Vgl. auch BSK-Kern, Art. 81 BV N. 1; SGK-Vogel, Art. 81 BV N. 1.
5020 Siehe dazu heute Art. 37 Gewässerschutzgesetz (GSchG), SR 814.20. Vgl. auch Kost, S. 47 f.
5021 Vgl. BSK-Kern, Art. 81 BV N. 1. Ausführlich dazu Hauser; zur Bedeutung für die Erarbeitung des damaligen Art. 21 BV 1848 dort S. 36 f. Vgl. ferner BV Kommentar 1874-Jagmetti, Entstehungsgeschichte zu Art. 23.
5022 Bericht Verfassungsentwurf 1848, S. 25.
5023 Vgl. auch BSK-Kern, Art. 81 BV N. 1.
5024 Botschaft BV 1999, S. 258; BSK-Kern, Art. 81 BV N. 3.
5025 BV Kommentar 1874-Jagmetti, Art. 23 N. 9.

und zum Hochschulwesen (BV 1848) respektive zur Raumplanung sowie dem Gewässer- und Forstschutz (BV 1874) fand, in einen eigenen Abschnitt zu öffentlichen Werken und dem Verkehr verschoben.[5027] Insgesamt gestaltete sich die systematische Einordnung der Norm im Rahmen der Totalrevision als schwierig.[5028]

4 Praktische Bedeutung erlangten die Vorläuferbestimmungen der BV 1848 und der BV 1874 zunächst vor allem hinsichtlich der Gewässerkorrektionen sowie dem Bau von Passstrassen.[5029] Im Jahre 1897 wurde das Bundesgesetz betreffend die Erwerbung und den Betrieb von Eisenbahnen für Rechnung des Bundes und die Organisation der Verwaltung der schweizerischen Bundesbahnen erlassen.[5030] Dieses wurde nicht nur auf Art. 26 BV 1874 über den Bau und Betrieb der Eisenbahnen, sondern daneben auf Art. 23 zu den öffentlichen Werken abgestützt.[5031] Ebenso wurden offenbar einzelne Eisenbahnlinien auf Grundlage des Art. 23 BV 1874 errichtet.[5032] Selbst die blosse Finanzhilfe an eine in wirtschaftliche Schwierigkeiten geratene Eisenbahnlinie wurde gestützt auf Art. 23 BV 1874 ausgerichtet.[5033] Im Jahre 1902 wurde – mangels einer Bundeskompetenz auf dem Gebiet der Energie – das Elektrizitätsgesetz unter anderem gestützt auf Art. 23 BV 1874 erlassen.[5034]

5 Teilweise stützte der Bundesgesetzgeber Infrastrukturerlasse unterstützend zusätzlich auf Art. 81 BV (bzw. dessen Vorgängerbestimmungen), obwohl im

---

5026 Botschaft BV 1999, S. 259; siehe auch BSK-Kern, Art. 81 BV N. 3. Vgl. CR-Beyeler/Diebold, Art. 81 BV N. 14, wonach hiermit keine Änderungen in der Sache verbunden seien; siehe aber dort N. 15 a.E. zum nicht ohne Weiteres bestehenden Enteignungsrecht.

5027 Vgl. auch BSK-Kern, Art. 81 BV N. 3. Zur Geschichte der systematischen Einordnung während der Totalrevision CR-Beyeler/Diebold, Art. 81 BV N. 18.

5028 So war der Artikel im Laufe der Entwurfsfassungen zunächst in einem Abschnitt zur «Umwelt und Raumplanung», später in einem Abschnitt «Öffentliche Werke, Verkehr, Energie, Kommunikation» angesiedelt, siehe Hauser, S. 55 m. Fn. 227.

5029 BSK-Kern, Art. 81 BV N. 2.

5030 BBl 1897 IV 471.

5031 Siehe den Ingress des Gesetzes bei BBl 1897 IV 471. Vgl. auch BSK-Kern, Art. 81 BV N. 2.

5032 BSK-Kern, Art. 81 BV N. 2.

5033 Dabei wurde in einem Fall die volkswirtschaftliche und militärische Bedeutung der dort betroffenen Furka-Oberalp-Bahn betont, und das Privatbahnhilfegesetz von 1939 (BS 7 248) enthielt eine solche Bedeutung als Voraussetzung für die Gewährung einer Finanzhilfe, siehe jeweils Heß, S. 417 ff., 434, zitiert nach Seidel, S. 84.

5034 Siehe den Ingress des Bundesgesetzes betreffend die elektrischen Schwach- und Starkstromanlagen vom 24. Juni 1902, AS 19 259, der daneben noch auf die Art. 26, 36, 64 und 64bis BV Bezug nimmt.

fraglichen Bereich eine spezifische Bundeskompetenz bestand.[5035] Dies gilt etwa für das Rohrleitungsgesetz von 1962, das neben dem erst kurz zuvor in die BV eingefügten Rohrleitungsartikel des Art. 26bis ausserdem auf Art. 23 BV 1874 abstellte.[5036] Weshalb der Bundesgesetzgeber auch in Fällen, in denen eine Sachkompetenz bestanden hätte, ergänzend auf die Verfassungsbestimmung zu den öffentlichen Werken Bezug nimmt, lässt sich nur mutmassen. Teilweise könnte es sich damals wie heute um gesetzgeberische Massnahmen handeln, die aus Sicht des Bundesgesetzgebers allenfalls nicht mehr vollständig von der Sachkompetenz gedeckt sind. Dann würden diese «vorsichtshalber» zusätzlich auf die Bestimmung zu den öffentlichen Werken gestützt.[5037] Bei den Vorgängerfassungen könnte deren zusätzliche Erwähnung aber auch darin begründet liegen, dass diese Fassungen noch eine eigene Enteignungsregelung enthielten.[5038] Inwiefern auch die heutige Fassung zumindest implizit ein Enteignungsrecht enthält, wird unten in N. 33 ausgeführt.

II. KONTEXT

Art. 81 BV hat zum Zweck, Infrastrukturen zu ermöglichen, deren Errichtung die Kraft der Kantone überstiege[5039] oder die aufgrund ihrer Bedeutung für das gesamte Land nicht von einzelnen Kantonen erstellt würden.[5040] Wie das historische Beispiel der Eisenbahnlinien[5041] zeigt, kann die Norm ausserdem dort Relevanz erlangen, wo – unabhängig von der Leistungsfähigkeit und dem Willen der Kantone – eine gesamtschweizerische Planung und Koordination erforderlich erscheint. 6

Trotz seiner systematischen Stellung zu Beginn des 5. Abschnitts stellt Art. 81 BV keine «überdachende» Bestimmung zur Infrastrukturverfassung dar.[5042] Dies gilt umso mehr, als eine entsprechende Ergänzung durch einen Absatz 2, 7

5035 Vgl. zur uneinheitlichen Praxis insofern BSK-Kern, Art. 81 BV N. 8.

5036 Siehe den Ingress des Bundesgesetzes vom 4. Oktober 1963 über Rohrleitungsanlagen zur Beförderung flüssiger oder gasförmiger Brenn- oder Treibstoffe (Rohrleitungsgesetz), AS 1964 99. Der Verweis auf Art. 81 BV findet sich dort noch heute, siehe SR 746.1.

5037 Vgl. BSK-Kern, Art. 81 BV N. 7 f., zum «Bouquet der Verfassungsgrundlagen» dort N. 8.

5038 SGK-Vogel, Art. 81 BV N. 21; Vogel, Rechtsgutachten CST, S. 8.

5039 Biaggini, Art. 81 N. 1. Vgl. zum im engen systematischen Zusammenhang stehenden Art. 22 BV 1848 zum öffentlichen Unterrichtswesen bereits Bericht Verfassungsentwurf 1848, S. 25.

5040 Vgl. Hauser, S. 78; SGK-Vogel, Art. 81 BV N. 2.

5041 Siehe oben Fn. 4.

der den Bund allgemein zur Bereitstellung leistungsfähiger Infrastrukturen verpflichtet hätte, abgelehnt wurde.[5043] Vielmehr handelt es sich um eine gegenüber den spezielleren Kompetenzgrundlagen des Bundes subsidiäre[5044] Auffangnorm[5045] für Werke, deren Errichtung durch den Bund sich andernfalls auf keine spezifische Rechtsgrundlage stützen liesse.[5046]

8 Angesichts der heute vielfach vorhandenen spezifischen Sachkompetenzen des Bundes wird die Bestimmung teilweise für überflüssig erachtet.[5047] Da jedoch schon die Gesetzgebung und erst recht die Verfassungsänderung dem technischen Fortschritt tendenziell hinterherhinkt («*legal lag*»[5048]), kann die Vorschrift in Zukunft weiterhin Relevanz erhalten.[5049] So hat der Bund das Bundesgesetz über den unterirdischen Gütertransport (UGüTG)[5050] neben Art. 87 BV zusätzlich auf Art. 81 BV abgestützt.[5051] Da entsprechende Projekte[5052] Unterschiede zu den bestehenden überirdischen Eisenbahnen aufweisen, wäre fraglich gewesen, inwiefern sich dieses Gesetz allein auf Art. 87 BV hätte stützen lassen (siehe unten N. 23).

9 Ein weiteres Beispiel ist der Aufbau einer CO2-Transportleitungsinfrastruktur, die im Rahmen des «Netto-Null»-Treibhausgasziels[5053] dazu genutzt werden könnte, unvermeidbare CO2-Emissionen (z.B. bei

5042 Vgl. zur «Verkehrsverfassung» BSK-Kern, Art. 81 BV N. 4 im Umkehrschluss. Dies folgt schon daraus, dass zum Infrastrukturrecht nicht nur die im fünften, sondern mindestens auch noch die im sechsten Abschnitt geregelten Rechtsmaterien gehören, vgl. Hettich Rz. 1 und 4. Vgl. auch CR-Beyeler/Diebold, Art. 81 BV N. 20, denen zufolge Art. 81 BV eine von anderen Normen der BV unabhängige Bestimmung sei. Zur «Verkehrsverfassung» zählt den Art. 81 BV Moll, Rz. 62.

5043 Dazu BSK-Kern, Art. 81 BV N. 4.

5044 Botschaft BV 1999, S. 258 a.E.

5045 Biaggini, Art. 81 N. 1; BSK-Kern, Art. 81 BV N. 5.

5046 CR-Beyeler/Diebold, Art. 81 BV N. 2.

5047 Vgl. BSK-Kern, Art. 81 BV N. 6, der die Bestimmung aufgrund ihrer Unbestimmtheit zudem als «geradezu anachronistisch» bezeichnet, jedoch auch Vorteile im Hinblick auf die Auffangfunktion sieht. Vgl. für den Hochwasserschutz Kost, S. 50.

5048 Vieweg, S. 36.

5049 Vgl. hierzu SGK-Vogel, Art. 81 BV N. 27.

5050 SR 749.1.

5051 Siehe den Ingress des Gesetzes.

5052 Das bekannteste Projekt in diesem Bereich ist «*Cargo sous terrain*», https://www.bav.admin.ch/bav/de/home/verkehrsmittel/cargo-sous-terrain.html. Ausführlich dazu unter dem Aspekt von Art. 81 BV Vogel, Rechtsgutachten CST.

5053 Art. 3 Abs. 1 Bundesgesetz über die Ziele im Klimaschutz, die Innovation und die Stärkung der Energiesicherheit (KlG, BBl 2022 2403).

Kehrichtverbrennungsanlagen oder bestimmten Industrieanlagen[5054]) vor Ort abzuscheiden und dann entweder andernorts (z.B. zum Zwecke der Erzeugung synthetischer Gase auf der Basis von erneuerbaren Energieträgern) zu nutzen oder (deutlich kontroverser) unterirdisch zu speichern.[5055] Eine CO2-Leitungsinfrastruktur lässt sich jedoch nicht unter die Rohrleitungsbundeskompetenz des Art. 91 Abs. 2 BV subsumieren, da es sich beim CO2 nicht um einen Brenn- oder Treibstoff handelt.[5056] In der Lehre ist bereits vertreten worden, dass sich der Aufbau einer entsprechenden Leitungsinfrastruktur durch den Bund auf Art. 81 BV (in Verbindung mit Art. 74 BV) stützen liesse.[5057]

Trotz der teilweise geäusserten Kritik[5058] kann die Bestimmung daher angesichts des stetigen technischen Wandels weiterhin Bedeutung erlangen.[5059] Sehr treffend erscheint insofern der Befund einer Literaturansicht, wonach die seltene Anrufung des Art. 81 BV nicht gegen seine Bedeutung spreche, sondern gerade aus seinem Zweck folge, eine Auffangfunktion zu übernehmen.[5060] 10

III. KOMMENTAR I.E.S.

A. Art der Bundeskompetenz

Art. 81 BV soll es dem Bund nach verbreiteter Lesart ermöglichen, direkt gestützt auf die Verfassung – also ohne vorherige Gesetzgebung – 11

5054 Vgl. aber zu Zementwerken, die in diesem Zusammenhang eine besondere Bedeutung haben, Ostovari/Müller/Skocec/Bardow.

5055 Sog. «*carbon capture, utilization and storage*» (CCUS), siehe dazu Dziejarski/Krzyżyńska/Andersson; Gabrielli/Gazzani/Mazzotti; McLaughlin/Littlefield/Menefee/Kinzer/Hull/Sovacool/Bazilian/Kim/Griffiths.

5056 Vgl. BSK-Kern, Art. 91 N. 20; SGK-Uhlmann/Schaffhauser, Art. 91 BV N. 26; wobei sich diese Kommentierungen jeweils nicht spezifisch mit dem Transport von Kohlenstoffdioxid befassen.

5057 Lehmann/Zimmermann, S. 480 f. Vgl. Affolter/Epiney/Prantl, S. 107 ff. Rz. 228 ff., die vorrangig auf Art. 74 und Art. 75 BV abstellen, ergänzend jedoch auch Art. 81 BV heranziehen.

5058 Siehe oben Fn. 29.

entsprechende Leistungen zu erbringen.[5061] Es handelt sich insofern um eine (unmittelbare) Verwaltungskompetenz.[5062] Dies wird in der neueren Lehre unter Verweis auf das Legalitätsprinzip hinterfragt.[5063] In welcher Form der Bund über Massnahmen nach Art. 81 BV zu entscheiden hat, ist jedoch nicht abstrakt zu beantworten, sondern hängt im konkreten Einzelfall davon ab, inwiefern Recht gesetzt (oder nur angewendet) wird, und welche Anforderungen unter Anwendung der allgemeinen und (etwa im Abgabenrecht) speziellen Grundsätze an Normstufe und Normdichte zu stellen sind (dazu unter N. 39 ff.). Art. 81 BV enthält keinen Auftrag an den Bund, entsprechende Werke zu schaffen, sondern überlässt die Entscheidung über ein allfälliges Tätigwerden dem Ermessen des Bundes.[5064]

12 Trotz des im Vergleich zu Art. 23 Abs. 1 BV 1874 fehlenden Verweises auf die Kostentragung der Eidgenossenschaft ist offensichtlich, dass bei Wahrnehmung der Verwaltungskompetenz im entsprechenden Umfang Mittel aus dem Bundeshaushalt zur Verfügung gestellt werden können.[5065]

13 Fraglich erscheint, inwiefern Art. 81 BV dem Bund darüber hinaus eine Gesetzgebungskompetenz einräumt. Da die Unterstützung und insbesondere der allfällige eigene Betrieb grösserer Werke oftmals nur mittels entsprechender Gesetzgebung sinnvoll geregelt werden kann,[5066] ist davon auszugehen, dass Art. 81 BV über die Verwaltungskompetenz hinaus zusätzlich eine beschränkte Gesetzgebungskompetenz vermittelt.[5067] Dies entspricht auch den Aussagen in den Materialien.[5068] Ausserdem kann gerade in der Schaffung geeigneter gesetzlicher Grundlagen eine wesentliche Unterstützungsleistung des Bundes liegen.[5069]

5059 Vgl. Hauser, S. 78 f. Vgl. auch SGK-Vogel, Art. 81 BV N. 1 a.E., der darauf hinweist, dass jedenfalls der Verfassungsgeber im Rahmen der Totalrevision von 1999 trotz Streichung mancher nicht mehr relevanter Inhalte offenbar davon ausging, die Bestimmung an sich sei bedeutsam genug, um beibehalten zu werden. Siehe aber dort N. 2 a.E., wonach die Gelegenheit verpasst worden sei, die Vorschrift in ihrer Formulierung an aktuelle Bedürfnisse anzupassen.

5060 CR-Beyeler/Diebold, Art. 81 BV N. 51.

5061 Botschaft BV 1999, S. 258; Hauser, S. 78; Ruch Rz. 7. Ebenso zur Vorgängerbestimmung BV Kommentar 1874-Jagmetti, Art. 23 N. 37.

5062 BSK-Kern, Art. 81 BV N. 7; Ruch Rz. 7; Tschannen, Staatsrecht Rz. 781.

5063 So etwa von Biaggini, Art. 81 N. 6; SGK-Vogel, Art. 81 BV N. 17 f.

5064 So schon zur Vorgängerbestimmung BV Kommentar 1874-Jagmetti, Art. 23 N. 2.

5065 Vgl. BGE 130 I 156 E. 2.6.

5066 Vgl. CR-Beyeler/Diebold, Art. 81 BV N. 24.

Schon das Eisenbahngesetz von 1872 ist in Ermangelung einer (erst zwei Jahre später als Art. 26 BV 1874 geschaffenen) Bundeskompetenz für das Eisenbahnwesen offenbar einzig auf die Vorgängerbestimmung des Art. 81 BV, nämlich auf Art. 21 BV 1848, gestützt worden.[5070] Ein allein auf Grundlage von Art. 81 BV erlassenes Gesetz hat sich jedoch inhaltlich auf diejenigen Regelungen zu beschränken, die für die Umsetzung des konkreten Werks erforderlich sind.[5071] Dies wird vor allem in der ersten Variante («errichten und *betreiben*») in Bezug auf den Unterhalt der Fall sein.[5072] Geregelt werden könnten hierin zudem Auflagen und Bedingungen der finanziellen Unterstützung.[5073] In der Literatur wird demgegenüber vertreten, der Bund dürfe nach Art. 81 BV nur erfolgsgerichtet Werke ermöglichen, nicht aber regulierend ordnen.[5074] Ob sich dieser Ansatz in der Praxis überhaupt durchhalten liesse, erscheint angesichts der Komplexität gerade neuartiger Infrastrukturen fraglich. Jedenfalls als unzulässig anzusehen wäre aber in der Variante, in der die Errichtung durch Dritte unterstützt wird, die Regulierung des späteren Betriebs.[5075] 14

B. Errichtung und Unterstützung öffentlicher Werke

1. Begriff der «öffentlichen Werke»

Dreh- und Angelpunkt der Bestimmung ist der Begriff der «öffentlichen Werke». Die Materialien zur BV 1999 erläutern diesen Begriff nicht.[5076] Der 15

5067 Siehe BSK-Kern, Art. 81 BV N. 7: «Ergänzende» Gesetzgebungskompetenz; vgl. ferner CR-Beyeler/Diebold, Art. 81 BV N. 25; Biaggini, Art. 81 N. 5; Tschannen, Staatsrecht Rz. 781. Ablehnend Ruch Rz. 7; ebenso zur Vorgängerbestimmung BV Kommentar 1874-Jagmetti, Art. 23 N. 3. Vereinzelt wird angemerkt, es hätte nahegelegen, auf Grundlage von Art. 81 BV ein Bundesgesetz zu erlassen, das allgemein das Verfahren und die Zuständigkeiten für dessen Vollzug regelt, so Ruch, Rz. 10.

5068 Vgl. Botschaft BV 1999, S. 259.

5069 SGK-Vogel, Art. 81 BV N. 19; Vogel, Rechtsgutachten CST, S. 7.

5070 Vgl. die Botschaft Eisenbahngesetz 1871, S. 649 und 660; siehe auch Bundesamt für Justiz, S. 7; ferner SGK-Vogel, Art. 81 BV N. 20. Vgl. zudem BSK-Kern, Art. 87 N. 2, wonach der Bund das Eisenbahngesetz erst im Nachhinein mit einer klaren Verfassungsgrundlage versehen habe.

5071 SGK-Vogel, Art. 81 BV N. 24; Vogel, Rechtsgutachten CST, S. 9. Vgl. Hauser, S. 77 f.

5072 Vgl. Hauser, S. 81.

5073 Hauser, S. 88. Kritisch dazu Vogel, Rechtsgutachten CST, S. 8 f.

5074 So Vogel, Rechtsgutachten CST, S. 9.

5075 So bereits Vogel, Rechtsgutachten CST, S. 9.

Wortlaut erscheint insofern sehr offen. Dem Wort «Werk» allein kann nicht einmal zwingend das Erfordernis einer Körperlichkeit desselben entnommen werden, wie etwa der Werkbegriff des Urheberrechts zeigt, der unter anderem Computerprogramme erfasst (Art. 2 Abs. 3 URG[5077]).[5078] Für eine Beschränkung auf körperliche Werke spricht auf den ersten Blick die Verknüpfung mit dem Verb «errichten» im deutschen Wortlaut der Norm.[5079] Zu beachten ist jedoch, dass die übrigen Sprachfassungen eine Formulierung enthalten, die auch auf immaterielle Werke passen würde («réaliser», «realizzare»).

16 Im Vergleich zu der deutschen und italienischen fällt bei der französischen Fassung zudem auf, dass diese zwei unterschiedliche Begriffe verwendet («*travaux*» und «*ouvrages*»). Dass hiermit in irgendeiner Form eine begriffliche Unterscheidung beabsichtigt wäre, ist allerdings nicht ersichtlich, zumal sich durchaus beide Begriffe mit «Werk» übersetzen lassen.[5080]

17 Aus der historischen Auslegung der Bestimmung ergibt sich, dass hiervon jedenfalls grosse Infrastrukturvorhaben wie Eisenbahnanlagen und andere technische Werke umfasst sind.[5081] Es wird hier deutlich, dass mit «Werken» unter der BV 1848 und der BV 1878 in erster Linie «Bauwerke» gemeint waren.

5076 Botschaft BV 1999, S. 258 f. Vgl. Hauser, S. 41 f. Zum offenen Wortlaut bereits der Ursprungsfassung CR-Beyeler/Diebold, Art. 81 BV N. 3 zu Art. 81.

5077 SR 231.1.

5078 In diese Richtung aber Hauser, S. 54.

5079 Hauser, S. 54.

5080 Das Wort «ouvrage» meint u.a. ein «*[o]bjet produit par le travail d'un ouvrier [...], constructions (ponts, tranchées, tunnels)*», vgl. https://dictionnaire.lerobert.com/definition/ouvrage; «travaux publics» bezeichnen u.a. «*travaux de construction, de réparation, ou d'entretien d'utilité générale faits pour le compte d'une administration (ex. routes, ponts, etc.)*», siehe https://dictionnaire.lerobert.com/definition/travail (Abruf vom 16. Oktober 2025). Vgl. aber die Unterscheidung bei CR-Beyeler/Diebold, Art. 81 BV N. 19 und N. 28, die rechtlich gleichwohl zu demselben Ergebnis gelangen. In der Literatur wird teilweise vertreten, die Unterscheidung zwischen «réaliser des travaux publics» einerseits und «exploiter des ouvrages publics» andererseits bedeute, dass der Bund auch Werke betreiben könne, die er nicht selbst errichtet hat, siehe CR-Beyeler/Diebold, Art. 81 BV N. 8. Zu dieser Frage unten N. 32.

5081 Vgl. die Ausführungen oben unter I. Siehe ferner BSK-Kern, Art. 81 BV N. 9 und SGK-Vogel, Art. 81 BV N. 3, wonach ursprünglich insbesondere Anlagen gemeint waren, mittels derer Naturgewalten beherrscht oder natürliche Hindernisse überwunden wurden, also z.B. Kanäle oder Gewässerkorrektionen. Vgl. des Weiteren die Beispiele bei Hauser, S. 43 f. sowie die Angaben zur Historie des Art. 21 BV 1848 dort S. 56 ff.

[5082] Darüber hinaus sollten jedoch auch Arbeiten, z.B. zur Beseitigung von Schäden oder der Wiederherstellung eines vorherigen Zustandes, erfasst werden.[5083] Unter Art. 23 BV 1874 wurde vielfach die Umgestaltung des Bodens als wesentliches Merkmal des «Werks» hervorgehoben.[5084]

In Richtung (verkehrsrelevanter) Bauwerke deutet die systematische Auslegung, weil Art. 81 BV in einem gemeinsamen Abschnitt mit Verkehrsinfrastrukturen geregelt ist.[5085] Zugleich ist die Bedeutung der systematischen Stellung für die Auslegung insofern zu relativieren, als die Einordnung der Bestimmung im Rahmen der Totalrevision Mühe bereitete. [5086] Ebenfalls wenig aussagekräftig ist der Vergleich mit den Werk- und verwandten Begriffen anderer Rechtsgebiete, da diese sich sowohl untereinander als auch im Vergleich zu Art. 81 BV stark unterscheiden. 18

So rückt ein bauliches Verständnis den Begriff des Werkes zwar in die Nähe der «Bauten und Anlagen» im Sinne des Art. 22 RPG,[5087] dem jedoch für die Auslegung des Art. 81 BV nichts entnommen werden kann.[5088] Der zivilrechtliche Werkbegriff des Werkvertragsrechts (Art. 363 OR) unterscheidet sich deutlich von der Konzeption des Art. 81 BV, da er jedenfalls teilweise sogar rein geistige Werke erfassen kann[5089]. Naheliegender erscheint ein Rückgriff auf die Werkeigentümerhaftung nach Art. 58 OR.[5090] Dessen Werkbegriff erscheint aber aufgrund seiner Bezugnahme auf eine mindestens vorübergehende feste Verbindung mit dem Erdboden[5091] im Hinblick auf ein modernes Verständnis des Art. 81 BV als zu eng, [5092] wie im Folgenden zu zeigen sein wird. 19

5082 Vgl. die Bezugnahme auf Bauvorhaben, Botschaft BV 1999, S. 259. Siehe auch die Nachweise bei BSK-Kern, Art. 81 BV N. 9; vgl. ferner Biaggini, Art. 81 N. 2; zur Vorgängerbestimmung BV Kommentar 1874-Jagmetti, Art. 23 N. 5.

5083 Ruch Rz. 1.

5084 Siehe die Nachweise bei Hauser, S. 46 ff.; vgl. Biaggini, Art. 81 N. 2.

5085 Vgl. dazu Vogel, Rechtsgutachten CST, S. 10.

5086 Siehe bereits oben N. 3. Vgl. CR-Beyeler/Diebold, Art. 81 BV N. 18.

5087 Vgl. Ruch, Rz. 1. Zur Vorgängerbestimmung BV Kommentar 1874-Jagmetti, Art. 23 N. 5.

5088 Hauser, S. 52.

5089 Hauser, S. 53. Siehe zur entsprechenden Auslegung im Werkvertragsrecht BGE 109 II 462 E. 3; BGE 127 III 328 E. 2; BSK-Zindel/Schott, Vorb. zu Art. 363 OR N. 27.

5090 Vgl. Hauser, S. 53; Ruch N. 1 a.E. Siehe auch zur Vorgängerbestimmung BV Kommentar 1874-Jagmetti, Art. 23 N. 5.

5091 BGE 130 III 736 E. 1.1; siehe zur bloss vorübergehenden Verbindung mit dem Erdboden das Beispiel eines Gerüsts bei BGE 96 II 355 E. 1; siehe auch BSK-Kessler, Art. 58 OR N. 12.

20 Für ein weites Verständnis des Werkbegriffs spricht die teleologische Auslegung. Da Art. 81 BV als Auffangnorm für Bereiche dienen soll, in denen keine spezifische Sachkompetenz des Bundes besteht,[5093] darf die Definition des Werkes nicht zu eng gezogen werden und sollte insbesondere technischen Entwicklungen gegenüber offen sein. Diskutiert wird deshalb zu Recht, ob etwa Satelliten (als nicht erdgebundene Anlagen) oder virtuelle respektive digitale Infrastrukturen[5094] unter den Begriff des Werkes fallen könnten.[5095] Die Bedeutung der Letzteren wird angesichts der Vorkommnisse im Juli 2024, als ein fehlerhaftes Softwareupdate weltweit zu Schäden und u.a. zum Ausfall tausender Flüge führte,[5096] deutlich. Letztlich ist für die Auswirkungen auf die Bevölkerung unerheblich, ob das Flugzeug am Boden bleibt, weil die Landebahn beschädigt ist, oder weil es zu einer Störung der IT-Infrastruktur des Flughafens kam. Eine Erstreckung auf solche Infrastrukturen entspräche insbesondere dann dem Zweck des Art. 81 BV, wenn deren Errichtung die Kraft der Kantone überstiege, für sie aber keine eigene spezifische Sachkompetenz des Bundes besteht.[5097] Ein Verständnis, das bei der Vorstellung relevanter Infrastrukturen aus dem 19. Jahrhundert[5098] stehen bleibt, widerspräche der im Rahmen der Totalrevision von 1999 erfolgten Bestätigung[5099] des Artikels. Es ist nicht davon auszugehen, dass der Verfassungsgeber damals einen Artikel erhalten, respektive in neuer Formulierung erneut aufnehmen wollte, dem angesichts der im Infrastrukturbereich bestehenden spezifischen Sachkompetenzen von vornherein keine Bedeutung zukäme.[5100] Der Bundesrat hat sich in der

5092 Genau gegenteilig die Argumentation bei Ruch N. 1 a.E., demzufolge der Werkbegriff des Art. 81 BV sich gerade dadurch unterscheide, dass hier eine *dauerhafte* Verbindung mit dem Boden zu fordern sei.

5093 Botschaft BV 1999, S. 259.

5094 Vgl. hierzu den Hinweis auf Computertechnologie, die im Zusammenhang mit bestehenden Infrastrukturen eingesetzt wird, bei Hauser, S. 63 f.

5095 SGK-Vogel, Art. 81 BV N. 5; CR-Beyeler/Diebold, Art. 81 BV N. 31; vgl. auch Biaggini, Art. 81 N. 2; Bundesamt für Justiz, S. 8. Kritisch dazu BSK-Kern, Art. 81 BV N. 9a.

5096 Das fehlerhafte Softwareupdate einer Cybersicherheitsfirma führte weltweit zum Ausfall von IT-Systemen, weshalb unter anderem tausende von Flügen annulliert und teilweise sogar Lebensmittelgeschäfte geschlossen werden mussten, siehe SRF vom 20. Juli 2024, «Crowdstrike-Softwarefehler – Der Tag, an dem die IT weltweit verrückt spielte», abrufbar unter https://www.srf.ch/news/international/crowdstrike-softwarefehler-der-tag-an-dem-die-it-weltweit-verrueckt-spielte-ein-ueberblick (Abruf vom 16. Oktober 2025).

5097 Vgl. CR-Beyeler/Diebold, Art. 81 BV N. 31; SGK-Vogel, Art. 81 BV N. 27 a.E.

5098 Dazu CR-Beyeler/Diebold, Art. 81 BV N. 30.

5099 Dazu SGK-Vogel, Art. 81 BV N 1, N 6 a.E.; Vogel, Rechtsgutachten CST, S. 7.

Botschaft zum Bundesgesetz über den elektronischen Identitätsnachweis («E-ID»)[5101] einer Auslegung angeschlossen, wonach auch die Bereitstellung einer digitalen «Vertrauensinfrastruktur» als Teil einer «einheitlichen elektronischen Verwaltungslandschaft» vom Werkbegriff des Art. 81 BV erfasst sein könne.[5102]

Gleichwohl können bauliche Infrastrukturen weiterhin eine Rolle spielen, etwa bei der Bewältigung der Auswirkungen des Klimawandels.[5103] Um nicht durch eine zu extensive Auslegung die Kompetenzordnung der BV zu verletzen,[5104] muss die Anwendung von Art. 81 BV ohnehin auf Werke beschränkt bleiben, die einen – wenngleich weit zu verstehenden – Infrastrukturbezug aufweisen.[5105] Auch rein geistige Leistungen wie Patente oder sonstiges geistiges Eigentum sind nicht erfasst, solange sie sich nicht in einer konkreten Infrastruktur niederschlagen.[5106] Zusätzlich wird der Anwendungsbereich durch das Erfordernis beschränkt, dass das Werk im Interesse des ganzen oder eines grossen Teils des Landes ist (dazu unten N. 25 ff.). 21

Fraglich erscheint, wann ein Werk als «öffentlich» gelten kann. Dies muss jedenfalls für Werke angenommen werden, die vom Staat selbst im öffentlichen Interesse betrieben werden. Die historische Betrachtung zeigt 22

5100 Siehe auch SGK-Vogel, Art. 81 BV N. 3 ff.; vgl. ferner Biaggini, Art. 81 N. 1. Vgl. CR-Beyeler/Diebold, Art. 81 BV N. 53, die ebenfalls davon ausgehen, dass eine moderne Auslegung des Werkbegriffs die Bedeutung der Vorschrift erhalten könne.

5101 Bundesgesetz über den elektronischen Identitätsnachweis und andere elektronische Nachweise (E-ID-Gesetz, BGEID) vom 20. Dezember 2024, BBl 2025 20. Das Gesetz wurde in der Referendumsabstimmung sehr knapp mit 50.39 % Ja-Stimmen angenommen, siehe das provisorische amtliche Ergebnis, abrufbar unter https://www.bk.admin.ch/ch/d/pore/va/20250928/can679.html (Abruf vom 16. Oktober 2025).

5102 Bundesrat, Botschaft zum Bundesgesetz über den elektronischen Identitätsnachweis und andere elektronische Nachweise vom 22. November 2023, BBl 2023 2842, S. 15 f. Siehe dazu BSK-Kern, Art. 81 BV N 9a.

5103 Vgl. CR-Beyeler/Diebold, Art. 81 BV N. 30. So könnten etwa wieder vermehrt Hochwasserschutzmassnahmen erforderlich werden, zu diesen Kost, S. 47 ff.

5104 Vgl. aber die Argumente bei CR-Beyeler/Diebold, Art. 81 BV N. 32, wonach die Bestimmung selbst bei einer weiten Auslegung des Werkbegriffs nicht konturenlos würde.

5105 Ähnlich – den Anwendungsbereich insgesamt jedoch noch deutlich enger fassend – Hauser, S. 66. Einen Grenzfall würde angesichts dessen das bei BSK-Kern, Art. 81 BV N. 9 erwähnte Beispiel eines Nationalstadions darstellen; kritisch dazu CR-Beyeler/Diebold, Art. 81 BV N. 34. Vgl. die Abgrenzung zu öffentlichen Einrichtungen im weitesten Sinne (wie etwa Polizei und Feuerwehr) bei CR-Beyeler/Diebold, Art. 81 BV N. 29 a.E.

5106 Vgl. bereits zur Vorgängerbestimmung BV Kommentar 1874-Jagmetti, Art. 23 N. 6.

aber, dass gestützt auf diese Bestimmung beispielsweise auch private Eisenbahnunternehmen unterstützt wurden.[5107] Entscheidend dürfte daher weniger die Eigentümerschaft sein,[5108] zumal der Bund schon dem Wortlaut nach die Werke nicht selbst betreiben muss, sondern auch nur deren Errichtung unterstützen kann. Für die «Öffentlichkeit» eines Werkes muss es somit (allein) darauf ankommen, ob dieses öffentlichen Interessen dient.[5109] Wie im Kontext des Art. 36 Abs. 2 BV können insbesondere Polizeigüter wie die öffentliche Sicherheit geschützt werden, wie es etwa bei Anlagen der Fall wäre, die dem Hochwasserschutz dienen. Wie die systematische Einordnung im 5. Abschnitt zeigt, muss aber z.B. auch die verkehrstechnische Erschliessung von Landesteilen ein relevantes öffentliches Interesse darstellen. Einer Ansicht nach sollen zudem Werke im Ausland von öffentlichem Interesse im Sinne des Art. 81 BV sein können, solange deren Nutzen mindestens teilweise im Inland anfällt.[5110] Dem ist jedenfalls für grenznahe Werke zuzustimmen, die der Anbindung der Schweiz an ausländische Infrastrukturen dienen.[5111] Die in Betracht kommenden öffentlichen Interessen lassen sich letztlich nicht abschliessend definieren,[5112] und dem Bund steht hierbei ein erheblicher Einschätzungsspielraum zu. Ausgeschlossen wären jedoch Werke, die im Wesentlichen Partikularinteressen (vor allem finanzieller Art) dienen.[5113]

23 Teilweise wird darauf hingewiesen, der Art. 81 BV sei angesichts seines subsidiären Charakters und der geringen Normdichte nur auf Einzelfälle

5107 Siehe den Ingress des Bundesgesetz über die Hilfeleistung an private Eisenbahn- und Schiffahrts-unternehmungen vom 6. April 1939, AS 1939 579, wonach dieses neben der Eisenbahnkompetenz zusätzlich auf Art. 23 BV 1874 gestützt wurde.

5108 Ebenso CR-Beyeler/Diebold, Art. 81 BV N. 38; Biaggini, Art. 81 N. 3.

5109 Biaggini, Art. 81 N. 3; BSK-Kern, Art. 81 BV N. 9b; Ruch Rz. 2. So bereits zur Vorgängerbestimmung BV Kommentar 1874-Jagmetti, Art. 23 N. 7. Deutlich anders Hauser, S. 69, die im Begriff «öffentlich» lediglich eine Wiederholung des öffentlichen Interesses (des ganzen oder eines grossen Teils des Landes) sieht und diesem Teil des Wortlauts daher keine eigenständige Bedeutung beimisst.

5110 BSK-Kern. Art. 81 BV N. 9b unter Verweis auf die Botschaft des Bundesrats über die Anbindung der Schweiz an das französische Eisenbahnnetz, insbesondere an die Hochgeschwindigkeitslinien vom 13. September 2000, BBl 2000 5885 S. 5895.

5111 Gerade diesen Fall betrifft der von BSK-Kern. Art. 81 BV N. 9b in Bezug genommene Bundesbeschluss über die bilaterale Vereinbarung zwischen dem Schweizerischen Bundesrat und der Regierung der Französischen Republik betreffend die Anbindung der Schweiz ans französische Eisenbahnnetz.

zugeschnitten, weshalb die Errichtung einer ganzen Kategorie von Werken nicht hierauf gestützt werden könne.[5114] Allerdings ist gerade bei grossen Infrastrukturen wie den erwähnten Untergrundtransportanlagen oder CO2-Rohrleitungen[5115] davon auszugehen, dass diese nur dann sinnvoll ausgestaltet werden können, wenn sie sich netzartig über das gesamte oder jedenfalls einen grossen Teil des Landes erstrecken. In einer solchen Konstellation könnte man allenfalls die Errichtung einer ganzen «Kategorie» solcher Werke erblicken. Wäre dies nicht von der Bestimmung gedeckt, würde ihre praktische Relevanz deutlich reduziert. Dass die Unterscheidung zwischen einzelnen Werken und Werkkategorien in der Praxis schwerfallen würde, wird auch anhand des historischen Beispiels der Eisenbahnlinien[5116] deutlich.[5117] Hier waren zahlreiche Vorhaben gestützt auf Vorgängerbestimmungen des Art. 81 BV vom Bund errichtet worden.[5118] In der Gesamtschau lässt sich deshalb kaum noch von Einzelfällen sprechen, dennoch sollte nach den Materialien gerade die Errichtung von Eisenbahnlinien von der Verfassungsbestimmung zu den öffentlichen Werken erfasst sein (vgl. oben N. 1).

Zutreffen dürfte hingegen, dass die von Art. 81 BV eingeräumte beschränkte *Gesetzgebungs*kompetenz (dazu oben N. 11 ff.) nicht dazu verwendet werden darf, unabhängig von der konkreten Errichtung eines Werkes allgemeine gesetzliche Rahmenbedingungen für ganze Werkkategorien zu schaffen.[5119] Vor diesem Hintergrund ist das Bundesgesetz über den unterirdischen Gütertransport angesichts seines umfassenden Ansatzes (vgl. Art. 1 und 2 des Gesetzes) nur dann kompetenzrechtlich unproblematisch, wenn man im darin zusätzlich angeführten Art. 87 BV eine geeignete Kompetenzgrundlage erblickt.[5120] 24

5113. Vgl. CR-Beyeler/Diebold, Art. 81 BV N. 33 zur Frage, inwiefern das Werk neben den öffentlichen Interessen auch Einzelinteressen dienen darf.

5112. Vgl. im Kontext von Art. 36 Abs. 2 BV CR-Dubey, Art. 36 BV N. 106: «[...] *la notion d'intérêt public est par définition extrêmement indéterminée, en ce sens qu'elle peut être remplie par les aspirations politiques les plus diverses*.»

5114. BSK-Kern, Art. 81 BV N. 5 a.E. Vgl. CR-Beyeler/Diebold, Art. 81 BV N. 26.

5115. Siehe oben Rz. 8 f.

5116. Diese werden mittlerweile von Art. 87 und 87a BV erfasst.

5117. Vgl. insofern auch die Aussagen zur Vorgängerbestimmung bei BV Kommentar 1874-Jagmetti, Art. 23 N. 24.

5118. BSK-Kern, Art. 81 BV N. 2.

5119. So SGK-Vogel, Art. 81 BV N. 24; sehr ähnlich CR-Beyeler/Diebold, Art. 81 BV N. 26.

2. «Im Interesse des ganzen oder eines grossen Teils des Landes»

25 Die Bestimmung setzt voraus, dass das Tätigwerden des Bundes im Interesse des ganzen oder eines grossen Teils des Landes erfolgt. Fraglich erscheint insbesondere, was unter einem «grossen Teil» des Landes zu verstehen ist.[5121] Jedenfalls kann hier nicht gefordert werden, dass die Mehrzahl der Kantone betroffen ist, da nicht von einem «Grossteil» des Landes die Rede ist.[5122] Zugleich müssen die Interessen von mehr als einem Kanton (selbst wenn dieser eine grosse Fläche oder Wohnbevölkerung aufweist) tangiert sein,[5123] da die Vorschrift gerade dazu dienen soll, öffentliche Werke zu ermöglichen, die nicht nur im Interesse eines einzelnen Kantons liegen.[5124] Werke von rein lokalem oder regionalem Interesse fallen deshalb nicht unter ihren Anwendungsbereich.[5125] Dem Bund ist es somit verwehrt, gestützt auf Art. 81 BV die Errichtung von Schulgebäuden, Mehrzweckhallen oder Ähnlichem zu fördern. Ausserdem darf der Bund nur dort eingreifen, wo nicht bereits die Privatwirtschaft[5126] oder die Kantone[5127] für ausreichende Infrastrukturen sorgen.[5128] Dies folgt schon aus dem – in Art. 5a und 43a BV nur teilweise normierten[5129] – Subsidiaritätsprinzip.

26 Entscheidend für die Bedeutung des Interesses sind nicht die Grösse und räumliche Ausbreitung des Werkes,[5130] sondern seine tatsächlichen

---

5120 In der Botschaft UGüTG, S. 8898, steht aber Art. 81 BV als Kompetenzgrundlage im Vordergrund, wobei der Bundesrat hier auffallend von einer «Anlage» im Singular spricht, während das Gesetz an sich mehrere konkurrierende Systeme erlauben würde und schon in Art. 1 Abs. 1 von «Anlagen» im Plural die Rede ist. Vgl. zu diesem Gesetz SGK-Vogel, Art. 81 BV N. 25; ausführlich zur Anwendbarkeit des Art. 87 BV Vogel, Rechtsgutachten CST, S. 10 ff.

5121 CR-Beyeler/Diebold, Art. 81 BV N. 44.

5122 Noch weitergehend Hauser, S. 70 f., die teilweise sogar nur vom Interesse «eines Teils des Landes» spricht und in diesem Wortlautbestandteil lediglich den Ausschluss regionaler und lokaler Interessen zu erblicken scheint.

5123 Ebenso CR-Beyeler/Diebold, Art. 81 BV N. 45.

5124 Vgl. zum letztgenannten Zweck der Regelung BSK-Kern, Art. 81 BV N. 1; SGK-Vogel, Art. 81 BV N. 2.

5125 Hauser, S. 68; BSK-Kern, Art. 81 BV N. 10; vgl. CR-Beyeler/Diebold, Art. 81 BV N. 40. Ebenso zur Vorgängerbestimmung BV Kommentar 1874-Jagmetti, Art. 23 N. 11.

5126 Vgl. insofern CR-Beyeler/Diebold, Art. 81 BV N. 47; Ruch Rz. 3. Vgl. allgemein Hettich, Rz. 15 ff.

5127 Notfalls mittels kantonsübergreifender Kooperation, vgl. CR-Beyeler/Diebold, Art. 81 BV N. 46.

5128 SGK-Vogel, Art. 81 BV N. 16. Ausführlich zum Subsidiaritätsprinzip bei der Anwendung des Art. 81 BV Hauser, S. 73 ff.

Auswirkungen auf das öffentliche Wohl.[5131] Somit kann z.B. ein räumlich auf einen einzelnen Kanton beschränktes Werk Bedeutung für weitere Kantone entwickeln. Beispielsweise kann eine auf dem Gebiet eines einzelnen Kantons errichtete Tunnelanlage mehrere Kantone verkehrstechnisch erschliessen. Sofern das Werk Teil eines grösseren Netzwerkes von Anlagen ist, soll der Beitrag des konkreten Werkes zu diesem Netzwerk berücksichtigt werden können;[5132] die Gesamtbedeutung des Netzwerkes als Ganzes kann jedoch nicht zur Begründung des erforderlichen Interesses herangezogen werden.[5133]

Insgesamt dürfen die Anforderungen an das Interesse nicht überspannt 27
werden.[5134] So können aus Sicht des Bundes unter Umständen selbst kleinere Werke wie einzelne Brücken im Interesse «des ganzen Landes» sein.[5135] Dem Bund kommt insofern ein erheblicher Beurteilungsspielraum zu.[5136] Rein fiskalische Interessen des Bundes berechtigen jedoch nicht zur Anwendung des Art. 81 BV.[5137]

3. «Errichten und betreiben»

Nach der ersten Variante kann[5138] der Bund das Werk selbst errichten[5139] und 28
betreiben[5140]. Die Verknüpfung mit dem Wort «und» ist tatsächlich

5129. Vgl. BSK-Biaggini, Art. 5a BV N. 16 ff.; OK-Walther, Art. 5a BV N. 34 und N. 37 ff.; BSK-Biaggini, Art. 43°BV, N. 2 ff.; vgl. ferner OK-Neier, Art. 43a BV N. 11 und N. 19 f.

5131. BSK-Kern, Art. 81 BV N. 10; SGK-Vogel, Art. 81 BV N. 15 Vgl. Hauser, S. 72, die aber zunächst von der Zahl der betroffenen Personen und Kantone sowie der geographischen Ausdehnung ausgeht und nur hilfsweise die weiteren Auswirkungen berücksichtigt. Vgl. ferner Ruch Rz. 5 («aufgabenorientierte Bedeutung»).

5132. Vgl. insofern CR-Beyeler/Diebold, Art. 81 BV N. 43; Biaggini, Art. 81 N. 7; Hauser, S. 72.

5133. BSK-Kern, Art. 81 BV N. 10.

5134. Vgl. zur bisherigen Handhabung der Bestimmung BSK-Kern, Art. 81 BV N. 10.

5135. Vgl. die Botschaft Maggiabrücke. Siehe dazu BSK-Kern, Art. 81 BV N. 10. Vgl. zu Verkehrsinfrastrukturen, welche die Anbindung an das Ausland verbessern, Hauser, S. 72.

5136. Biaggini, Art. 81 N. 7; Vogel, Rechtsgutachten CST, S. 5. Hiervon zu unterscheiden ist der Ermessensspielraum in Bezug auf die Frage, ob bei Vorliegen der Voraussetzungen des Art. 81 BV ein Werk tatsächlich errichtet oder dessen Errichtung unterstützt wird, siehe dazu Hauser, S. 42; BSK-Kern, Art. 81 BV N. 13. Der bei Hauser, S. 72 genannte «Ermessensspielraum» hinsichtlich der Feststellung öffentlicher Interessen und ihrer Bedeutung ist daher eher als Beurteilungsspielraum im hiesigen Sinne einzuordnen; anders hingegen dort S. 77.

5137. Hauser, S. 75; vgl. CR-Beyeler/Diebold, Art. 81 BV N. 33

dahingehend zu verstehen, dass der Bund, wenn er ein Werk selbst errichtet (und nicht nur dessen Errichtung unterstützt), dieses sodann (nach den Materialien jedenfalls grundsätzlich[5141]) zugleich selbst betreiben muss.[5142] In der Literatur wird diese Variante jedoch teilweise so verstanden, dass sie sich vorrangig auf die Kostentragung beziehe.[5143] Danach soll es möglich sein, die konkrete Betriebsführung z.B. im Rahmen einer *Public-Private-Partnership* auf Dritte zu übertragen, solange der Bund die Letztverantwortung für den Betrieb wahrnehme.[5144] Zuzustimmen ist jedenfalls der Ansicht, wonach die Eidgenossenschaft nicht unmittelbar selbst als Trägerin auftreten muss, sowie dass insbesondere die Übertragung auf eine Verwaltungseinheit des Bundes[5145] oder die Ausgliederung in eine privatrechtliche Gesellschaft in Betracht kommt.[5146]

29 Teilweise wird vertreten, dass der Bund ein Werk nur dann selbst errichten und betreiben dürfe, wenn ein Betrieb durch die Kantone (mit blosser Unterstützung durch den Bund) ausscheidet.[5147] Im Falle der Linthunternehmung wurde ein vom Bund errichtetes und zunächst von diesem betriebenes Werk später per Gesetz auf eine von den betroffenen Kantonen errichtete Anstalt übertragen.[5148] Zudem setzt das Prinzip der

---

5139 Dieser Begriff erfasst alle dazu notwendigen (Vor-)Arbeiten, siehe CR-Beyeler/Diebold, Art. 81 BV N. 48.

5138 Zum damit verbundenen Ermessen Hauser, S. 77, der zufolge der Bund aber zumindest periodisch die Errichtung öffentlicher Werke prüfen müsse. Vgl. zum Ermessen bereits oben Fn. 118.

5141 Botschaft BV 1999, S. 258: «Errichtet der Bund das Werk selbst, so obliegen ihm grundsätzlich auch Betrieb und Unterhalt».

5142 Als konsequent bezeichnet dies SGK-Vogel, Art. 81 BV N. 11. Ebenso im Ergebnis Ruch Rz. 6. Hiervon geht auch Hauser, S. 80 aus, die den Wortlaut insofern aber für missverständlich hält.

5143 So etwa BSK-Kern, Art. 81 BV N. 11.

5144 BSK-Kern, Art. 81 BV N. 11; vgl. ferner CR-Beyeler/Diebold, Art. 81 BV N. 35. Siehe aber den Hinweis von SGK-Vogel, Art. 81 BV N. 10, je nach Beteiligungsgrad der Privaten sei nicht mehr ohne Weiteres von einem «*alter ego*» des Bundes auszugehen, das unter diese Variante passt. Ebenfalls zurückhaltend Biaggini, Art. 81 N. 8.

5145 Vgl. insofern Biaggini, Art. 81 N. 8.

5146 SGK-Vogel, Art. 81 BV N. 10. Zur Vielfalt der denkbaren Organisationsformen ausführlich Hauser, S. 98 ff.

5147 So Hauser, S. 76.

5148 Art. 2 Bundesgesetz über die Auflösung der Linthunternehmung vom 5. Oktober 2001, AS 2003 2475, dazu BSK-Kern, Art. 81 BV N. 11 a.E.; ausführlich Hauser, S. 357 ff. Vgl. hierzu BGer 1C_366/2015 vom 4.7.2016.

Wirtschaftsfreiheit gewisse Grenzen bei der Errichtung bundeseigener Werke in Konkurrenz zur Privatwirtschaft.[5149] In Bezug auf das Subsidiaritätsprinzip stellt sich bei dieser ersten Variante somit eine spezifischere Frage: Im Kontext des Interesses «des ganzen oder eines grossen Teils des Landes» (oben N. 25 ff.) steht in Rede, ob nach dem Subsidiaritätsprinzip überhaupt ein Tätigwerden des Bundes erforderlich ist. Im Zusammenhang mit der Variante des Errichtens und Betreibens ist hingegen zu prüfen, ob es gerade eines Betriebs durch den Bund selbst bedarf, oder ob nicht z.B. ein Betrieb durch den Kanton in Betracht kommt, wobei die Errichtung des Werkes vom Bund lediglich finanziell unterstützt wird (siehe sogleich zur zweiten Variante). Abzuwarten bleibt, ob sich die bislang geringe Relevanz der Variante des «Errichtens und Betreibens» inskünftig im Rahmen digitaler Infrastrukturen (dazu oben N. 20) steigern könnte.[5150]

4. «Ihre Errichtung unterstützen»

30 Als wesentlich praxisrelevanteres «Minus» zur eigenen Errichtung und dem Betrieb durch den Bund kann sich dieser darauf beschränken, die Errichtung durch Dritte zu unterstützen. Diese Unterstützung kann finanzieller[5151], aber ebenso z.B. logistischer, planerischer oder koordinativer Art sein.[5152] Daneben kann der Bund – etwa über seine Fachbehörden – Expertenwissen zur Verfügung stellen. Als Dritte, die das Werk errichten und betreiben, kommen neben den Kantonen in erster Linie Private in Betracht, sofern das Werk im öffentlichen Interesse liegt (vgl. oben N. 22).[5153] Selbst ausländische Staaten können potenzielle Begünstigte sein.[5154] Dies kann etwa relevant werden, wenn Eisenbahnanlagen jenseits der Grenze, die dem Anschluss der Schweiz dienen, gefördert werden sollen.[5155]

31 Dem Wortlaut nach kann nur die Errichtung, nicht hingegen der Betrieb und Unterhalt des Werks gefördert werden.[5156] Dagegen soll eine Unterstützung

5149 Vgl. CR-Beyeler/Diebold, Art. 81 BV N. 20; Ruch Rz. 3. Vgl. allgemein zu dieser Problematik Baumann, S. 137 ff.; ausführlich Vogel, Staat als Marktteilnehmer.

5150 So die Vermutung bei BSK-Kern, Art. 81 BV N. 11.

5151 Hauser, S. 84 f. Vgl. SGK-Vogel, Art. 81 BV N. 12.

5152 Vgl. CR-Beyeler/Diebold, Art. 81 BV N. 50; Hauser, S. 85; SGK-Vogel, Art. 81 BV N. 14. Vgl. aber CR-Beyeler/Diebold, Art. 81 BV N. 13, wonach der Bund hierbei aber nicht zugunsten des Werks vom geltenden Raumplanungsrecht abweichen dürfe.

5153 Vgl. Hauser, S. 85 f.

5154 BSK-Kern, Art. 81 BV N. 12.

des Bundes für den Erwerb eines bestehenden Werkes durch die Kantone oder Dritte von Art. 81 BV umfasst sein.[5157] Die Höhe der Unterstützung liegt weitgehend im Ermessen des Bundes, wobei allenfalls der Gleichbehandlungsgrundsatz (Art. 8 BV), das Ordnungsprinzip der Wirtschaftsfreiheit[5158] (Art. 94 BV) und das Subsidiaritätsprinzip (Art. 5a BV) gewisse Grenzen setzen.[5159]

5. Grenzfälle zwischen den beiden Varianten

32 Im Verhältnis zur ersten Variante soll es für den Bund möglich sein, zunächst die Errichtung durch Dritte zu unterstützen und dann später das Werk zum eigenen Betrieb zu übernehmen.[5160] Nur schwer lässt sich unter den deutschen und italienischen Wortlaut der beiden Varianten der Fall subsumieren, in dem der Bund ein bereits errichtetes Werk unterstützen[5161] oder dieses – z.B. bei einer finanziellen Schieflage der privaten Betreiberin – übernehmen möchte.[5162] In Bezug auf die letztgenannte Übernahme durch den Bund wird teilweise vertreten, diese sei als «minus» in der Variante der Errichtung mitumfasst.[5163] Tatsächlich erschiene es als arg formalistisch, die Übernahme durch den Bund zu untersagen, wenn ein hypothetischer Abriss und eine darauffolgende Neuerrichtung durch den Bund zulässig wären. Letztlich kann man sich an dem Leitgedanken orientieren, dass der Bund dort, wo er sich langfristig hinsichtlich des Betriebs engagiert, zugleich dessen Kosten tragen soll, dies jedoch in Form eines eigenen Betriebs und nicht einer dauerhaften Subventionierung Dritter.[5164] Die französische Sprachfassung

---

5155 Siehe die Botschaft HGV-Anschluss-Gesetz, S. 3782.

5157 So Hauser, S. 83, die dies jedoch unter die Variante des Errichtens und Betreibens subsumiert.

5158 Vgl. CR-Beyeler/Diebold, Art. 81 BV N. 20.

5159 Hauser, S. 87. Jedenfalls aus dem Gleichbehandlungsgebot dürften sich in der Praxis kaum Einschränkungen ergeben, da die Sachverhalte letztlich nicht im Detail vergleichbar sein werden.

5160 BSK-Kern, Art. 81 BV N. 12 a.E. Offen gelassen bei Vogel, Rechtsgutachten CST, S. 6.

5161 Hauser, S. 82 f. hielte insofern nur eine einmalige Zahlung, nicht jedoch eine fortlaufende Unterstützung des Betriebs für zulässig. Vgl. dort S. 84, wonach die nachträgliche Beteiligung an den Errichtungskosten ebenfalls nicht mit Art. 81 BV vereinbar sei. Vgl. in Bezug auf die Unterstützung des Betriebs eines bereits errichteten Werks ferner CR-Beyeler/Diebold, Art. 81 BV N. 10.

5162 Für dennoch zulässig hielte dies SGK-Vogel, Art. 81 BV N. 13; zum insofern offeneren französischen Wortlaut CR-Beyeler/Diebold, Art. 81 BV N. 8; vgl. auch dort N. 39.

5163 So Hauser, S. 82. Im Ergebnis ähnlich CR-Beyeler/Diebold, Art. 81 BV N 12.

bietet mit der Variante «exploiter des ouvrages publics» am ehesten eine Möglichkeit, diese Fälle unter den Wortlaut des Artikels zu subsumieren.[5165]

C. Enteignungsrecht

In der Vorgängerfassung war noch ausdrücklich das Recht des Bundes vorgesehen, zu Zwecken der Errichtung des Werkes Enteignungen vorzunehmen (Art. 23 Abs. 2 BV 1874). Die Nichtübernahme dieses Teils der Bestimmung wurde damit begründet, dass dem Bund bereits aus seinen mittlerweile zahlreichen Sachkompetenzen das Enteignungsrecht zustehe[5166] und die Spezialregelung daher überflüssig sei.[5167] Da die Norm aber gerade eine Auffangfunktion entfalten soll, wenn keine eigentliche Sachkompetenz des Bundes besteht, ist diese Auffassung durchaus in Frage zu stellen.[5168] Angesichts der Historie der Bestimmung erscheint es als vorzugswürdig, jedenfalls dort, wo keine spezifische Sachkompetenz des Bundes besteht, die ein Enteignungsrecht umfasst, eine Enteignung gestützt auf Art. 81 BV zuzulassen.[5169] 33

D. Verhältnis zu weiteren Kompetenzen

Im Verhältnis zu den spezifischen in der BV geregelten Sachkompetenzen ist Art. 81 BV subsidiär.[5170] Wenngleich Art. 81 BV gerade dort relevant wird, wo keine spezifischen Sachkompetenzen des Bundes bestehen,[5171] soll seine 34

5164 Vgl. CR-Beyeler/Diebold, Art. 81 BV N. 12.

5165 Vgl. dazu CR-Beyeler/Diebold, Art. 81 BV N. 8.

5166 Vgl. dazu CR-Beyeler/Diebold, Art. 81 BV N. 15.

5167 Botschaft BV 1999, S. 259. So auch Ruch Rz. 12.

5168 Vgl. Biaggini, Art. 81 N. 1 a.E. Vgl. ausserdem den Hinweis von SGK-Vogel, Art. 81 BV N. 26 auf das Bundesgesetz über die Enteignung (EntG, SR 711), das im Ingress – neben einer ganzen Reihe von spezifischen Sachkompetenzen – weiterhin Art. 81 BV nennt. Vgl. ferner CR-Beyeler/Diebold, Art. 81 BV N. 15 a.E., wonach aus der Anwendbarkeit des Art. 81 BV eben gerade noch nicht folge, dass tatsächlich ein Enteignungsrecht besteht; siehe zudem den Hinweis bei Moll Rz. 80 m. Fn. 126.

5169 Vgl. BSK-Kern, Art. 81 BV N. 16 in der 1. Auflage von 2015, dem zufolge das Enteignungsrecht zwar eher in den entsprechenden Sachbestimmungen zu suchen sei, Art. 81 BV aber eine Enteignungskompetenz für darauf gestützte Werke impliziere. Vgl. demgegenüber die etwas abweichende Formulierung in der 2. Auflage von 2025 an derselben Stelle.

5170 SGK-Vogel, Art. 81 BV N. 27; BSK-Kern, Art. 81 BV N. 8, der jedoch auf die insofern ambivalente Praxis des Bundesgesetzgebers hinweist; vgl. des Weiteren CR-Beyeler/Diebold, Art. 81 BV N. 2. Ebenso zur Vorgängerbestimmung BV Kommentar 1874-Jagmetti, Art. 23 N. 17 f.

Anwendung nicht dazu dienen, die Voraussetzungen solcher spezielleren Kompetenzgrundlagen zu umgehen.[5172] Hier die Abgrenzung zwischen einer zulässigen Auffangfunktion und einer Verletzung der verfassungsrechtlichen Kompetenzordnung korrekt vorzunehmen, dürfte im Einzelfall schwer fallen.[5173]

35 Aus dem Raumplanungsartikel des Art. 75 BV werden meist keine weitergehenden Befugnisse des Bundes folgen, da die dortige Grundsatzgesetzgebungskompetenz nicht zum einzelfallbezogenen Ansatz des Art. 81 BV passt.[5174] Der Gesetzgeber hat sich in der Vergangenheit für die Förderung von Infrastrukturvorhaben im weitesten Sinne jedoch vereinzelt auch auf die Raumplanungskompetenz des Art. 22^{quater} BV 1874 berufen.[5175]

36 Zuvor besprochen wurde eine mögliche Verletzung der verfassungsrechtlichen Kompetenzordnung durch eine zu extensive Auslegung des Art. 81 BV (oben N. 34). Besonders relevant dürfte dagegen der Fall sein, in dem sich Einschränkungen der Bundeskompetenzen lediglich aus einer einfachgesetzlichen Regelung ergeben.[5176] So lässt das Energiegesetz die Unterstützung von Geothermieprojekten mittels Garantien des Bundes zu, begrenzt aber den Umfang der Garantien.[5177] Da diese Gesetzgebung auf den Sachkompetenzen in Art. 64, 74–76, 89 und 91 BV beruht,[5178] stellt sich die Frage, ob der Bund gestützt auf Art. 81 BV eine über diese einfachgesetzliche Regelung hinausgehende Unterstützung zusprechen dürfte. Normenhierarchisch scheint dies – sofern die Voraussetzungen des Art. 81 BV vorliegen – unproblematisch zu sein, da sich diese Beschränkung nicht aus den Sachkompetenzen in der BV selbst ergibt. Dennoch wird teilweise vertreten, dass auch eine solche einfachgesetzliche Regelung als

5171. Vgl. zur Vorgängerbestimmung BV Kommentar 1874-Jagmetti, Art. 23 N. 19.
5172. Botschaft BV 1999, S. 258 f.
5173. Vgl. die entsprechenden Befürchtungen bei BSK-Kern, Art. 81 BV N. 6. Siehe ferner Hauser, S. 89, der zufolge Art. 81 BV insbesondere nicht dazu dienen dürfe, die spezialgesetzlich ausgeschlossene Leistungserbringung zu umgehen.
5174. Vgl. Vogel, Rechtsgutachten CST, S. 10.
5175. Siehe den Ingress des Bundesgesetzes über Investitionshilfe für Berggebiete (IHG) vom 21. März 1997, BBl 1997 II 601, zu den Infrastrukturmassnahmen dessen Art. 5. Vgl. dazu Richli/Winistörfer, S. 739 ff.
5176. Siehe das Beispiel des Bundesgesetzes über den Wasserbau (SR 721.100) bei Hauser, S. 90.
5177. Art. 33 Energiegesetz (SR 730.0). Zum Verfahren und der Zuständigkeit des Bundesamtes für Energie Art. 23 ff. Energieverordnung (SR 730.01).
5178. Siehe den Ingress des Energiegesetzes.

Konkretisierung der jeweiligen Sachkompetenz einer Anrufung von Art. 81 BV entgegenstehe.[5179] Da ein einfaches Bundesgesetz (trotz der faktischen Wirkung des Art. 190 BV) nicht die Kompetenzordnung der Bundesverfassung ändern kann, ist diese Ansicht abzulehnen.

37 Dort, wo kantonale Kompetenzen bestehen, begründet Art. 81 BV eine parallele Bundeskompetenz,[5180] welche die kantonalen Kompetenzen nicht verdrängt.[5181] Hier hängt es stark von der Natur des jeweiligen Werkes ab, inwiefern der Bund nur ergänzend zu den Kantonen oder allein tätig wird. Letztlich ermöglicht es Art. 81 BV dem Bund aber, die Errichtung bestimmter Infrastrukturen an sich zu ziehen.[5182] Soweit der Bund die Werke nicht errichtet, ist es den Kantonen dagegen weiterhin möglich, auch Infrastrukturen von überkantonaler Bedeutung selbst zu erstellen.[5183]

E. Zuständigkeit und Verfahren

38 Zuständig für die unter Anwendung von Art. 81 BV zu treffenden Massnahmen ist die Bundesversammlung,[5184] also die Legislative. Angesichts der primären Ausgestaltung der Bundeskompetenz als Verwaltungskompetenz (oben N. 11 ff.) ist dies nicht selbstverständlich.[5185]

39 In welcher Form der Erlass ergehen wird, hängt nach Art. 163 BV zunächst davon ab, ob es sich hierbei um rechtsetzende Bestimmungen handelt.[5186] Solche Erlasse haben gemäss Art. 163 Abs. 1 BV als Bundesgesetz oder Verordnung zu ergehen. Die übrigen Erlasse ergehen nach Art. 163 Abs. 2 BV als Bundesbeschluss. Nach der einfachgesetzlichen Interpretation des Art. 22 Abs. 4 ParlG sind «rechtsetzende» Bestimmungen solche, die in unmittelbar verbindlicher und generell-abstrakter Weise Pflichten auferlegen, Rechte verleihen oder Zuständigkeiten festlegen. Hierunter können auch «reine Gründungs- und Organisationserlasse» wie das SBBG[5187] fallen.[5188] Angesichts

5179 So für das Bundesgesetz über den Wasserbau Hauser, S. 90. In diese Richtung offenbar ebenso Ruch Rz. 8.

5180 CR-Beyeler/Diebold, Art. 81 BV N. 22; Hauser, S. 79; BSK-Kern, Art. 81 BV N. 8; Ruch Rz. 5.

5181 SGK-Vogel, Art. 81 BV N. 28.

5182 Vgl. SGK-Vogel, Art. 81 BV N. 28, wonach die Kantone jedenfalls gehalten sind, überlagernde eigene Aktivitäten mit denjenigen des Bundes abzustimmen.

5183 Hauser, S. 79. Vgl. CR-Beyeler/Diebold, Art. 81 BV N. 22.

5184 BSK-Kern, Art. 81 BV N. 14; Ruch Rz. 10; vgl. Biaggini, Art. 81 N. 6.

5185 Vgl. CR-Beyeler/Diebold, Art. 81 BV N. 24.

5186 Vgl. zur Bedeutung dieser Frage Auer, S. 67 ff.

der Komplexität heutiger Infrastrukturvorhaben ist in der Praxis häufig eine gesetzliche Regelung erforderlich.[5189] Ohnehin erweist sich die Abgrenzung zwischen rechtsetzenden Bestimmungen und sonstigen Erlassen[5190] oftmals als schwierig.[5191]

40 Eines Bundesgesetzes kann es insbesondere bedürfen, wenn nach den Grundsätzen zur Normstufe (siehe vor allem Art. 164 Abs. 1 BV)[5192] eine formalgesetzliche Grundlage erforderlich ist. Diese kann z.B. im Falle eines schwerwiegenden Grundrechtseingriffs[5193] im Sinne des Art. 36 Abs. 1 BV oder bei einer Abgabenerhebung notwendig werden.[5194] Darüber hinaus sind bei der Einschränkung verfassungsmässiger Rechte gemäss Art. 164 Abs. 1 lit. b BV sowie in den weiteren Fällen des Art. 164 Abs. 1 BV jedenfalls die grundlegenden Bestimmungen in einem Bundesgesetz zu regeln.[5195]

41 Handelt es sich nach diesen Kriterien hingegen nicht um rechtsetzende Bestimmungen und ist insbesondere kein Bundesgesetz vonnöten, so kann ein Bundesbeschluss erlassen werden.[5196] Fraglich erscheint dabei, ob dieser in der Form des einfachen Bundesbeschlusses (Art. 29 Abs. 1 ParlG i.V.m. Art. 163 Abs. 2 BV) oder des referendumspflichtigen Bundesbeschlusses (Art. 29 Abs. 2 ParlG i.V.m. Art. 163 Abs. 2 BV) zu ergehen hat.

42 Dies hängt gemäss der – teils scharf kritisierten[5197] – Formulierung in Art. 29 Abs. 2 ParlG davon ab, ob in der BV oder einem Bundesgesetz eine

---

5187. Bundesgesetz über die Schweizerischen Bundesbahnen vom 20. März 1998 (SBBG, SR 742.31).

5188 SGK-Tschannen, Art. 163 BV N. 15.

5189. Vgl. Vogel, Rechtsgutachten CST, S. 7. Noch weitergehend CR-Beyeler/Diebold, Art. 81 BV N. 24, wonach ein Gesetz im formalen Sinne zu erwägen sei. Vgl. ferner Tschannen, Staatsrecht Rz. 781.

5190. Vgl. zur Terminologie Ehrenzeller, S. 16 f.; Mahon, S. 42 ff.

5191. Vgl. Müller, S. 161, dem zufolge die Legaldefinition in Art. 22 Abs. 4 ParlG daher zum Scheitern verurteilt sei. Siehe darüber hinaus dort S. 162, wonach die Definition gar verfassungswidrig sei. Siehe demgegenüber Auer, S. 68 f. Vgl. ferner Ehrenzeller, S. 20 f.

5192. Dazu im Kontext des Art. 81 BV CR-Beyeler/Diebold, Art. 81 BV N. 25.

5193. Allgemein zur Bedeutung der Grundrechte im Infrastrukturrecht Hettich Rz. 23 ff.

5194. CR-Beyeler/Diebold, Art. 81 BV N. 25.

5195. Vgl. BSK-Kern, Art. 81 BV N. 14.

5196. Vgl. BSK-Kern, Art. 81 BV N. 14. Vgl. ferner den Hinweis bei Odermatt/Tophinke, Art. 29 ParlG N. 6, dass teilweise auf Bundesbeschlüssen beruhende Infrastrukturmassnahmen später in Bundesgesetze übergegangen seien, da sie rechtsetzende Bestimmungen enthielten.

5197. Müller, S. 160 f.; siehe zudem Biaggini, Art. 173 N. 24.

gesetzliche Grundlage für den Beschluss besteht.[5198] Wird von der ergänzenden, aus Art. 81 BV folgenden Gesetzgebungskompetenz (siehe oben N. 13 ff.) Gebrauch gemacht und zunächst ein Bundesgesetz erlassen, kann für die weiteren Einzelheiten somit ein einfacher Bundesbeschluss genutzt werden.[5199]

Besteht jedoch keine besondere gesetzliche Grundlage, so stellt sich die Frage, ob Art. 81 BV selbst eine ausreichende Grundlage in der Verfassung darstellt, oder ob der Bundesbeschluss dem (fakultativen[5200]) Referendum zu unterstellen ist.[5201] Geht man davon aus, dass es sich bei Art. 81 BV um eine unmittelbar aus der Verfassung folgende Verwaltungskompetenz handelt (siehe oben N. 11), liegt die Anwendung des Art. 29 Abs. 1 ParlG und damit die Wahl des einfachen Bundesbeschlusses nahe.[5202] In der neueren Lehre wird demgegenüber angeführt, die Unbestimmtheit des Art. 81 BV spreche dagegen, diesen im Sinne des Art. 29 Abs. 2 ParlG als ausreichende Grundlage für einen konkreten Beschluss anzusehen; deshalb sei in Beachtung des Legalitätsprinzips ein referendumspflichtiger Beschluss erforderlich.[5203] 43

Legt man Art. 29 Abs. 2 ParlG im Lichte des Art. 5 Abs. 1 BV aus, so ist seinem Zweck nach nur dann auf ein Referendum zu verzichten, wenn das Stimmvolk 44

5198 Zu Recht wird kritisiert, dass, wenn man den Wortlaut gar zu wörtlich nimmt, davon ausgegangen werden müsste, dass Bundesbeschlüsse möglich seien, für die keinerlei (Kompetenz-)Grundlage in der BV besteht, siehe Biaggini, Art. 173 N. 24; Müller, S. 160. Vgl. dazu Tschannen, Staatsrecht Rz. 1616, wonach Bundesbeschlüsse nach Art. 29 Abs. 2 ParlG weder in kompetenzrechtlicher noch in materieller Hinsicht gegen die BV verstossen dürfen.

5199 Vgl. ferner Ruch Rz. 11.

5200 Vgl. Art. 141 Abs. 1 lit. c BV. Im Ergebnis auch BSK-Kern, Art. 81 BV N. 15.

5201 Vgl. auch die Überlegungen *de lege ferenda* zur Vorgängerbestimmung bei BV Kommentar 1874-Jagmetti, Art. 23 N. 39.

5202 So im Ergebnis ebenfalls Odermatt/Tophinke, Art. 29 ParlG N. 13.

bei der Schaffung der gesetzlichen Grundlage in der Bundesverfassung oder einem Bundesgesetz die Möglichkeit zum Referendum hatte (Art. 140 Abs. 1 lit. a BV respektive fakultativ nach Art. 141 Abs. 1 lit. a BV). Im Falle des Art. 81 BV läuft diese jedoch aufgrund von dessen Unbestimmtheit[5204] und der Vielzahl denkbarer Anwendungsfälle weitgehend ins Leere.[5205] Dem verfassungsrechtlichen Legalitätsprinzip wird nur bei einer Unterstellung unter das Referendum Genüge getan.

45 Die Praxis der Bundesversammlung ist sehr uneinheitlich. So wurden auf Art. 81 BV (respektive dessen Vorgängerbestimmungen) gestützte Massnahmen bereits in der Form des Bundesgesetzes[5206], des referendumspflichtigen Bundesbeschlusses[5207] und des einfachen Bundesbeschlusses[5208] erlassen.[5209]

Zum Autor

Ass.-Prof. Dr. iur. Markus Schreiber ist Assistenzprofessor für Öffentliches Recht und Blockchain am Zug Institute for Blockchain Research (ZIBR) der Universität Luzern.

5203 So Biaggini, Art. 81 N. 6; Moll Rz. 63; siehe bereits Ruch Rz. 10 a.E.; im Ergebnis ebenso CR-Beyeler/Diebold, Art. 81 BVN 24; BSK-Kern, Art. 81 BV N. 14, der in der 2. Auflage nicht mehr auf das ParlG verweist;. Vgl. ferner Tschannen, Staatsrecht Rz. 781, dem zufolge Art. 29 Abs. 2 ParlG «[i]m schlimmsten Fall» (d.h. bei Fehlen einer konkreten Rechtsgrundlage) helfe. Fraglich wäre, zu welchem Ergebnis man käme, wenn man Art. 29 Abs. 2 ParlG so verstünde, dass hiermit lediglich gemeint sei, dass ein Bundesbeschluss von der Bundesversammlung dem Referendum unterstellt werden kann, auch wenn dies die Bundesverfassung oder ein Gesetz nicht vorsehen. Dieses Verständnis der Norm vertritt Müller, S. 160 f. Es ginge insofern um Erlasse, die aufgrund ihrer Wichtigkeit als Bundesgesetz zu erlassen wären, wenn sie rechtsetzende Bestimmungen enthielten, vgl. Müller, S. 160. In diese Richtung auch der Kommissionsbericht Parlamentsgesetz, S. 3498, 3540 f., vgl. aber dort S. 3497 f., wonach Art. 29 Abs. 2 ParlG ein «Gesetz» im Sinne des Art. 141 Abs. 1 lit. c BV sei, was gegen einen freien Entscheid spricht.

5204 Vgl. insofern auch SGK-Vogel, Art. 81 BV N. 18.

5205 Vgl. BSK-Kern, Art. 81 BV N. 14 (1. Aufl. 2015). In der 2. Auflage von 2025 findet sich die Diskussion um Art. 29 ParlG nicht mehr.

5206 Siehe etwa das Bundesgesetz über den Bau der schweizerischen Eisenbahn-Alpentransversale (Alpentransit-Gesetz, SR 742.104).

5207 So etwa – dieselbe Angelegenheit betreffend – der Bundesbeschluss über den Bau der schweizerischen Eisenbahn-Alpentransversale (Alpentransit-Beschluss) vom 4. Oktober 1991, BBl 1991 III 1597.

5208 So etwa der Bundesbeschluss über die Finanzierung eines Eisenbahntunnels von Oberwald nach Realp vom 24. Juni 1971, BBl 1971 I 1508.

5209 Vgl. die Übersicht bei BSK-Kern, Art. 81 BV N. 15.

Dank

Der Autor dankt Sanna Neuhauser für die Unterstützung bei der Literaturrecherche sowie dem anonymen Peer Review und den Herausgebern Prof. Dr. Odile Ammann und Dr. Stefan Schlegel für die kritische Durchsicht des Manuskripts und die hilfreichen Anmerkungen.

WEITERE EMPFOHLENE LEKTÜRE

Beyeler Martin/Diebold Nicolas, Kommentierung zu Art. 81 BV, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Commentaire Romand, Constitution fédérale, Basel 2021.

Die Zukunft der nationalen Infrastrukturnetze in der Schweiz, Bericht des Bundesrates vom 17.10.2010, BBl 2010 8665.

Dörr Oliver, Vierter Beratungsgegenstand, 1. Referat: Die Anforderungen an ein zukunftsfähiges Infrastrukturrecht, in: Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (Hrsg.), Zukunftsgestaltung durch Öffentliches Recht, Referate und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrerin Greifswald vom 2. bis 5.10.2013, Berlin 2014.

Hauser Petra Martina Hedwig, Vom öffentlichen Werk des Bundes zur interkantonalen Anstalt: Das Beispiel der Linthkorrektion, Zürich 2009.

Hettich Peter, Infrastrukturverfassung, in: Diggelmann/Hertig Randall/Schindler (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, 2. Aufl., Zürich 2020, Band 3, S. 2283-2308.

Ruch Alexander, Öffentliche Werke und Verkehr, in: Thürer/Aubert/Müller (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, 1. Auflage, Zürich 2001, S. 929-942 (Hinweis: Dieses Kapitel findet sich nicht in der konzeptionell stark veränderten zweiten Auflage).

Vogel Stefan, Rechtsgutachten zu Inhalt und Tragweite von Art. 81 BV sowie weiterer Bundeskompetenzen aus dem Bereich Planung und Verkehr im Zusammenhang mit dem Projekt Cargo sous terrain, Fällanden 19.8.2016 (zit. Vogel, Rechtsgutachten CST).

LITERATURVERZEICHNIS

Affolter Sian/Epiney Astrid/Prantl Janine, Rechtliche Vorgaben für die CO2-Speicherung im Untergrund – EU-Recht, Rechtsvergleich und Implikationen für das Schweizer Recht, Zürich 2024.

Auer Andreas, Les actes de l'Assemblée fédérale et les droits populaires, LeGes 3 (2000), S. 61–70.

Baumann Phil, Wettbewerbsverzerrungen durch privatwirtschaftliche Staatstätigkeit, Zürich et al. 2019.

Beyeler Martin/Diebold Nicolas, Kommentierung zu Art. 81 BV, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Commentaire Romand, Constitution fédérale, Basel 2021.

Biaggini Giovanni, BV Kommentar - Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017.

Biaggini Giovanni, Kommentierung zu Art. 5a BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar Bundesverfassung, 2. Aufl., Basel 2025.

Biaggini Giovanni, Kommentierung zu Art. 43 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar Bundesverfassung, 2. Aufl., Basel 2025.

Bundesamt für Justiz, Rechtsgrundlagen für die IKT-Zusammenarbeit zwischen dem Bund und den Kantonen, Gutachten 22. Dezember 2011.

Dubey Jaques, Kommentierung zu Art. 36 BV, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Commentaire Romand, Constitution fédérale, Basel 2021.

Dziejarski Bartosz/Krzyżyńska Renata/Andersson Klas, Current status of carbon capture, utilization, and storage technologies in the global economy: A survey of technical assessment, 342 Fuel 2023 127776.

Ehrenzeller Bernhard, Die neue Regelung der Erlassformen der Bundesversammlung, LeGes 3 (2000), S. 13–27.

Gabrielli Paolo/Gazzani Matteo/Mazzotti Marco, The Role of Carbon Capture and Utilization, Carbon Capture and Storage, and Biomass to Enable a Net-

Zero-CO2 Emissions Chemical Industry, 59 Industrial & Engineering Chemistry Research 15 (2020), S. 7033–7045.

Hauser Petra Martina Hedwig, Vom öffentlichen Werk des Bundes zur interkantonalen Anstalt: Das Beispiel der Linthkorrektion, Zürich 2009.

Heß Alfred, Die Eisenbahnfinanzen, in: Ein Jahrhundert Schweizer Bahnen 1847-1947. Jubiläumswerk des Eidgenössischen Post- und Eisenbahndepartementes in fünf Bänden, Thiessing René (Hrsg.), Erster Band: Allgemeines - Geschichte - Finanzen - Statistik - Personal, Frauenfeld 1947, S. 417-454.

Hettich Peter, Infrastrukturverfassung, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Band 3, Zürich/Basel/Genf 2020, S. 2283–2308.

Jagmetti Riccardo, Kommentierung zu Art. 23 BV 1874, in: Aubert Jean-François/Eichenberger Kurt/Müller Jörg Paul/Rhinow René A./Schindler Dietrich, Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29.5.1874, Lfg. 6, Basel/Zürich/Bern 1996.

Kern Markus, Kommentierung zu Art. 81 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar Bundesverfassung, 1. Aufl., Basel 2015.

Kern Markus, Kommentierung zu Art. 81 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar Bundesverfassung, 2. Aufl., Basel 2025.

Kern Markus, Kommentierung zu Art. 87 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar Bundesverfassung, 2. Aufl., Basel 2025.

Kern Markus, Kommentierung zu Art. 91 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar Bundesverfassung, 2. Aufl., Basel 2025.

Kessler, Martin A., Kommentierung zu Art. 58 OR, in: Widmer Lüchinger Corinne/Oser David (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht I, 7. Aufl., Basel 2019.

Kost Gregor, Präventiver Hochwasserschutz durch Bundesrecht unter besonderer Berücksichtigung raumplanerischer Hochwasserschutzmassnahmen und der Hochwasserschutzfunktion der Gewässerräume sowie Fragen im Zusammenhang mit Enteignungen, Luzern 2019.

Lehmann Lorenz/Zimmermann Rahel, Technologien zur CO2-Abscheidung, Entnahme und Speicherung in der Schweiz: Neue gesetzliche Entwicklungen und deren Lücken, Umweltrecht in der Praxis (URP) 5 (2023), S. 465–482.

Mahon Pascal, L'article 163 de la Constitution et les «autres» actes de l'Assemblée fédérale, LeGes 3 (2000), S. 41–59.

McLaughlin Hope/Littlefield Anna A./Menefee Maia/Kinzer Austin/Hull Tobias/Sovacool Benjamin K./Bazilian Morgan D./Kim Jinsoo/Griffiths Steven, Carbon capture utilization and storage in review: Sociotechnical implications for a carbon reliant world, 177 Renewable and Sustainable Energy Reviews 2023 113215.

Moll Kurt, Das Gebot der Wirksamkeit im Alpenschutz - Evaluation in der Verlagerungspolitik, Bern 2016.

Müller Georg, Der verfassungswidrige Bundesbeschluss - Nachlese zum Parlamentsgesetz, LeGes 2004, S. 159–163.

Neier Christina, Kommentierung zu Art. 43a BV, in: Schlegel Stefan/Ammann Odile (Hrsg.), Onlinekommentar Bundesverfassung, Version 28.4.2024, https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/bv43a.

Odermatt Luzian/Tophinke Esther, Kommentierung zu Art. 29 ParlG, in: Parlamentsrecht und Parlamentspraxis der Schweizerischen Bundesversammlung, Kommentar zum Parlamentsgesetz (ParlG) vom 13.12.2002, Graf Martin/Caroni Andrea (Hrsg.), Basel 2024.

Ostovari Hesam/Müller Leonard/Skocek Jan/Bardow André, From Unavoidable CO2 Source to CO2 Sink? A Cement Industry Based on CO2 Mineralization, 55 Environmental Science & Technology 2021, S. 5212–5223.

Richli Paul/Winistörfer Marc M., Entstehung und Entwicklung des öffentlichen Wirtschaftsrechts in der Schweiz von 1848-2022, Bern 2024.

Ruch Alexander, Öffentliche Werke und Verkehr, in: Verfassungsrecht der Schweiz, Hrsg.: Thürer Daniel/Aubert Jean-François/Müller Jörg Paul, Zürich et al. 2001, S. 929–942.

Seidel Kurt, Das grosse Buch der Furka-Oberalp-Bahn - Wissenswertes u. Technisches, Ernstes und Heiteres aus der ereignisreichen Geschichte einer einzigartigen, zukunftsorientierten Schmalspurbahn der Schweizer Alpen, Mainz 1982.

Tschannen Pierre, Kommentierung zu Art. 163 BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (Hrsg.), St. Galler Kommentar, Die schweizerische Bundesverfassung, 4. Aufl., Zürich et al. 2023.

Tschannen Pierre, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 5. Aufl., Bern 2021 (zit. Tschannen, Staatsrecht).

Uhlmann Felix/Schaffhauser René, Kommentierung zu Art. 91 BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (Hrsg.), St. Galler Kommentar, Die schweizerische Bundesverfassung, 4. Aufl., Zürich et al. 2023.

Vieweg Klaus, Reaktionen des Rechts auf Entwicklungen der Technik, in: Technische Innovation und Recht. Antrieb oder Hemmnis?, Hrsg.: Schulte Martin, Heidelberg 1997, S. 35–54.

Vogel Stefan, Der Staat als Marktteilnehmer - Voraussetzungen der Zulässigkeit wirtschaftlicher Tätigkeit des Gemeinwesens in Konkurrenz zu Privaten, Zürich 2000 (zit. Vogel, Staat als Marktteilnehmer).

Vogel Stefan, Kommentierung zu Art. 81 BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (Hrsg.), St. Galler Kommentar, Die schweizerische Bundesverfassung, 4. Aufl., Zürich et al. 2023.

Vogel Stefan, Rechtsgutachten zu Inhalt und Tragweite von Art. 81 BV sowie weiterer Bundeskompetenzen aus dem Bereich Planung und Verkehr im Zusammenhang mit dem Projekt Cargo sous terrain, Fällanden 19.8.2016 (zit. Vogel, Rechtsgutachten CST).

Walther Reto, Kommentierung zu Art. 5a BV, in: Schlegel Stefan/Ammann Odile (Hrsg.), Onlinekommentar Bundesverfassung, Version 28.4.2024, https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/bv5a.

Zindel Gaudenz G./Schott Bertrand G., Vorbemerkungen vor Art. 363 – 379 OR, in: Widmer Lüchinger Corinne/Oser David (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht I, 7. Aufl., Basel 2019.

MATERIALIENVERZEICHNIS

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung, betreffend einen Bundesbeitrag für die Maggiabrücke bei Ascona (Tessin) vom 15.11.1887, BBl 1887 IV 508, https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1887/4_508__/de, besucht am 16.10.2025.

Botschaft des Bundesrates an die h. Bundesversammlung zum revidirten Bundesgesetz über den Bau und Betrieb von Eisenbahnen im Gebiete der schweizerischen Eidgenossenschaft vom 16.6.1871, BBl 1871 II 647, https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1871/2_647__/de, besucht 16.10.2025.

Botschaft des Bundesrates zum Bundesgesetz über den Anschluss der Ost- und Westschweiz an das europäische Eisenbahn-Hochleistungsnetz (HGV-Anschluss-Gesetz) vom 26.5.2004, BBl 2004 3743, https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2004/659/de, besucht am 16.10.2025.

Botschaft des Bundesrates zum Bundesgesetz über den unterirdischen Gütertransport vom 28.10.2020, BBl 2020 8849, https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2020/2362/de, besucht 16.10.2025.

Botschaft des Bundesrates über eine neue Bundesverfassung vom 20.11.1996, BBl 1997 I 1, Bern 1996, https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1997/1_1_1_1/de, besucht am 16.10.2025.

Revisionskommission, Bericht über den Entwurf einer Bundesverfassung, vom 8. April 1848, erstattet von der am 16.8.1847 von der Tagsatzung ernannten Revisionskommission, Beilage zum Theil IV des Abschieds der ordentlichen Tagsatzung von 1847. Litt. C, Bern 1848, https://doi.org/10.3931/e-rara-24304, besucht am 16.10.2025.

Staatspolitische Kommission des Nationalrates, Parlamentarische Initiative - Parlamentsgesetz (PG), Bericht der Staatspolitischen Kommission des

Nationalrates, BBl 2001 3467, https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2001/3467.pdf, besucht am 16.10.2025.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 96 Abs. 1 BV

Eine Kommentierung von Andreas Heinemann

ZITIERVORSCHLAG

Andreas Heinemann, Kommentierung zu Art. 96 Abs. 1 BV, in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (Hrsg.), Onlinekommentar zur Bundesverfassung

Kurzzitat: OK-Heinemann, Art. 96 Abs. 1 BV N. XXX.

Art. 96 Wettbewerbspolitik

[1] Der Bund erlässt Vorschriften gegen volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen.

GLIEDERUNG

I. Gesamtkonzeption von Art. 96 BV und Stellung in der Wirtschaftsverfassung 1219
A. Struktur von Art. 96 BV 1219
B. Bezug zur Wirtschaftsfreiheit und zum Binnenmarkt 1220
C. Konsumentenschutz 1222
D. Weitere verfassungsrechtliche Bezüge 1222
E. Gang der Darstellung 1223
II. Entstehungsgeschichte von Art. 96 Abs. 1 BV 1224
A. Die «neuen» Wirtschaftsartikel von 1947: Der «alte» Kartellartikel 1224
B. Der Kartellartikel der revidierten Bundesverfassung 1226
III. Kontext 1230
A. Tragweite von Art. 96 Abs. 1 BV 1230
B. Die Begriffe «Missbrauchsprinzip» und «Verbotsprinzip» 1231
C. Festlegung auf das Missbrauchsprinzip? 1234
D. Fazit 1239
IV. Kommentar i.e.S. 1239
A. «erlässt» 1239
B. «Vorschriften» 1240
C. «Schädliche Auswirkungen» 1241
D. «volkswirtschaftlich oder sozial» schädlich 1246
E. «von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen» 1248
F. «gegen» 1251
G. Ausblick 1251
Weitere empfohlene Lektüre 1252
Literaturverzeichnis 1254
Materialienverzeichnis 1258

I. GESAMTKONZEPTION VON ART. 96 BV UND STELLUNG IN DER WIRTSCHAFTSVERFASSUNG

A. Struktur von Art. 96 BV

Art. 96 BV hat Bundeskompetenzen für drei wichtige wirtschaftsrechtliche Regelungsmaterien in einem Artikel vereint: Absatz 1 der Vorschrift betrifft das **Kartellrecht**, Absatz 2 lit. a das **Preisüberwachungsrecht**[5210] und Absatz 2 lit. b das **Recht gegen den unlauteren Wettbewerb**[5211]. In der alten Bundesverfassung waren diese drei Bereiche auf unterschiedliche Vorschriften verteilt: Die Zuständigkeit für das Kartellrecht war in Art. 31bis Abs. 3 lit. d aBV verankert, der als einer der «neuen Wirtschaftsartikel» im Jahr 1947 angenommen worden war. Art. 31^{septies} aBV zur Preisüberwachung ging auf eine Volksinitiative zurück, die 1982 angenommen wurde. Und die Bundeskompetenz für das Recht gegen den unlauteren Wettbewerb war nicht speziell geregelt, sondern wurde u.a. aus der Zuständigkeit für die Regelung der privatrechtlichen Erwerbstätigkeit abgeleitet (Art. 31bis Abs. 2 aBV). 1

Die gemeinsame Klammer der drei Kompetenzfelder ist der **Wettbewerbsbezug**. Zwar definiert die Verfassung nicht, was unter Wettbewerb verstanden wird, sondern überlässt die nähere Ausgestaltung dem Gesetzgeber.[5212] Das Vorverständnis hinsichtlich der drei Gebiete kann aber wie folgt skizziert werden: Während das Kartellrecht die Freiheit und die Wirksamkeit des Wettbewerbs schützt, geht es im Recht gegen den unlauteren Wettbewerb um die Fairness im Wirtschaftsprozess. Kartellrecht bekämpft also die «Unterkühlung» des Wettbewerbs, nämlich funktionswidrige Beschränkungen, das Recht gegen den unlauteren Wettbewerb hingegen eine «Überhitzung», nämlich funktionswidrige Exzesse.[5213] Das Preisüberwachungsrecht ist aufgrund seiner Ausrichtung auf Marktmacht systematisch dem Kartellrecht zuzuordnen und schützt die Marktteilnehmer vor Wettbewerbsdefiziten in preislicher Hinsicht.[5214] Aufgrund des spezifischen Gesetzgebungsauftrags in Art. 96 Abs. 2 lit. a BV stellt es eine 2

5210 S. OK-Kaiser, Art. 96 Abs. 2 lit. a BV.

5211 Kommentierung erscheint demnächst.

5212 Vgl. Hettich (2003) Rn. 200 ff., insbesondere auch Rn. 216; CR-Martenet, Art. 96 Cst. N. 14; BSK-Uhlmann, Art. 96 BV N. 6.

5213 BSK-Hilty, Art. 1 UWG N. 142; Thouvenin, 152 ff.

eigenständige wettbewerbspolitische Säule dar.[5215] Die gesetzestechnische Einreihung in Absatz 2 zusammen mit dem Recht gegen den unlauteren Wettbewerb ist angesichts des kartellrechtlichen Charakters der Preisüberwachung nicht überzeugend.[5216]

3 Der mit «Wettbewerbspolitik» überschriebene Art. 96 BV lässt sich also insgesamt als **Wettbewerbsartikel** bezeichnen, der aus einem **Kartellartikel** (Art. 96 Abs. 1 BV), einem **Preisüberwachungsartikel** (Art. 96 Abs. 2 lit. a BV) und einem **Unlauterkeitsartikel** (Art. 96 Abs. 2 lit. b BV) besteht.[5217] Typologisch handelt es sich bei Art. 96 BV um eine sachlich begrenzte Kompetenznorm mit nachträglich derogatorischer Wirkung, die dem Bund die (Gesetzgebungs-)Zuständigkeit für die genannten Felder zuweist.[5218] Soweit der Bund von seiner Gesetzgebungskompetenz keinen Gebrauch macht, bleiben die Kantone zuständig.[5219] Auf dem Gebiet des Kartell- und Preisüberwachungsrechts hat der Bundesgesetzgeber von seiner Kompetenz erschöpfenden Gebrauch gemacht, so dass kein Platz für kantonales Kartell- oder Preisüberwachungsrecht verbleibt.[5220] Entsprechend verhält es sich beim Recht gegen den unlauteren Wettbewerb, nur dass hier die Kantone einschlägige Kompetenzen auf dem Gebiet der Gewerbepolizei behalten haben.[5221]

B. Bezug zur Wirtschaftsfreiheit und zum Binnenmarkt

4 Die Zusammenfassung der drei Teilgebiete in einem Artikel unterstreicht die Bedeutung des Wettbewerbsschutzes im Gesamtgefüge der Wirtschaftsverfassung.[5222] Ein enger Bezug besteht zu der in Art. 27 BV

5214 Vgl. Botschaft 1996 (BV), S. 301; BSK-Uhlmann, Art. 96 BV N. 20, spricht von «einer gewissen Verdopplung der bundesrechtlichen Kompetenz».

5215 OK-Kaiser, Art. 96 Abs. 2 lit. a BV N. 6 ff.

5216 Vgl. Biaggini, Art. 96 BV N. 8 («eher zufällig»).

5217 Die beiden ersten Begriffe sind in der Literatur üblich (s. z.B. Biaggini, Art. 96 BV N. 5 und 8), der dritte sei hier vorgeschlagen.

5218 Biaggini, Art. 96 BV N. 5, 8; SGK-Jacobs, Art. 96 BV N. 4; BSK-Uhlmann, Art. 96 BV N. 1; zur Zentralisierung der Umsetzung auf Bundesebene s.u. N. 43.

5219 Wenn keine ausschliessliche Bundeskompetenz vorliegt. Art. 96 BV sieht aber lediglich eine konkurrierende Bundeszuständigkeit vor, s. CR-Martenet, Art. 96 Cst. N. 19, 33, 44 ff.

5220 CR-Martenet, Art. 96 Cst. N. 19, 34 (unter Hinweis auf die kantonalen Kompetenzen im Bereich der kantonal administrierten Preise, in Bezug auf welche die Preisüberwachung nur ein Anhörungsrecht hat, vgl. Art. 14 PüG).

5221 CR-Martenet, Art. 96 Cst. N. 46 (unter Hinweis auf Art. 335 StGB).

grundrechtlich und in Art. 94 BV institutionell verbürgten **Wirtschaftsfreiheit**: Einerseits soll unternehmerische Initiative vor staatlichen Beschränkungen geschützt werden. Andererseits sollen Unternehmen den Wettbewerb nicht durch Kartelle oder andere Wettbewerbsbeschränkungen beschädigen oder durch unlauteres Verhalten verzerren.[5223] Beide Schutzrichtungen kommen zusammen, wenn der Wettbewerb durch öffentliche Unternehmen beschränkt wird. Es folgt bereits aus dem Grundsatz der Wettbewerbsneutralität, dass das Kartellrecht gleichermassen auf private und öffentliche Unternehmen anwendbar ist.[5224] Die gelegentlich zu lesende Formulierung, das Kartellrecht habe die Funktion, «private» Wettbewerbsbeschränkungen zu bekämpfen,[5225] ist deshalb reduktionistisch. Ganz allgemein geht es um Wettbewerbsbeschränkungen durch Unternehmen (auf dem Gebiet des Rechts gegen den unlauteren Wettbewerb auch durch andere Marktakteure), seien diese privat oder öffentlich. Der Wirtschaftsverfassungsgeber erteilt dem Gesetzgeber für den Bereich der Wirtschaft den Auftrag, eine marktwirtschaftliche Ordnung zu konstituieren, die auf dem **Prinzip Wettbewerb** gründet.[5226]

Dem Abbau öffentlicher Handelsbeschränkungen dient auch Art. 95 BV, insbesondere sein Absatz 2. Durch einen einheitlichen schweizerischen Wirtschaftsraum sollen die interkantonalen Einschränkungen beseitigt werden.[5227] Die Herstellung eines landesweiten Binnenmarktes dient der Verwirklichung der Wirtschaftsfreiheit.[5228] Das Binnenmarktgesetz füllt diese Vorgaben aus.[5229] 5

5222 SGK-Jacobs, Art. 96 BV N. 2.

5223 Vgl. DIKE-Moeckli, Art. 1 KG N. 17: Der Schutz des Wettbewerbs vor dem Staat nach Art. 94 BV lässt sich als «negative Wettbewerbsgarantie» bezeichnen, der Schutz vor Wettbewerbsbeschränkungen nach Art. 96 BV als «positive Wettbewerbspolitik».

5224 SGK-Jacobs, Art. 96 BV N. 6; BSK-Uhlmann, Art. 96 BV N. 7 (mit Bestimmung des Verhältnisses zwischen Art. 94 und 96 BV).

5225 S. z.B. Botschaft 1994, S. 474.

5226 Vgl. Biaggini, Art. 96 BV N. 1 («Sicherung einer wettbewerbsorientierten Wirtschaftsordnung»); CR-Tercier/Martenet, Droit de la concurrence – Introduction générale N. 36 («choix clair du Constituant en faveur d'une économie de marché dont la libre concurrence est un principe fondamental»); SGK-Vallender/Hettich, Vorb. zur Wirtschaftsverfassung N. 4, 6 f. (die Vorschriften enthalten einen «ordnungspolitischen Grundentscheid für eine prinzipiell wettbewerbsgesteuerte Privatwirtschaft»).

5227 CR-Martenet, Art. 96 Cst. N. 5.

5228 Winistörfer (2021), S. 621.

C. Konsumentenschutz

6 Auch besteht eine enge Verbindung zum **Konsumentenschutz**. Nur bei funktionierendem Wettbewerb kommen die Konsumentinnen und Konsumenten in den Genuss von Produkten, die so günstig, qualitativ hochwertig und innovativ sind wie möglich. Die Wettbewerbswirtschaft garantiert **Konsumentensouveränität**, räumt also den Akteuren am Ende der Wertschöpfungskette die Entscheidung darüber ein, was in der Volkswirtschaft produziert wird. Wird der Wettbewerbsmechanismus durch Beschränkungen oder Verfälschungen gestört, verlieren die Konsumenten ihre Souveränität.[5230] Aufgrund dieses engen Zusammenhangs sah der Verfassungsentwurf von 1995 noch vor, die Bundeskompetenz für den Konsumentenschutz in den Wettbewerbsartikel zu integrieren (Art. 78 Abs. 3 VE 95). Da aber Fragen des Konsumentenschutzes über Fragen des Wettbewerbs hinausgehen, fiel die Wahl schliesslich auf einen eigenen Konsumentenschutzartikel, nämlich Art. 97 BV.[5231] Stets ist aber das Zusammenspiel zwischen Wettbewerb und Konsumentenschutz zu beachten: Schutz des Wettbewerbs schützt auch die Konsumenten. Und gut informierte Konsumenten sorgen dafür, dass der Wettbewerb seine Funktionen verwirklichen kann.[5232]

D. Weitere verfassungsrechtliche Bezüge

7 Marktwirtschaft ist kein Naturzustand, sondern bedarf zu ihrer Realisierung verschiedener **Garantien**. Das Eigentum ist zu gewährleisten (Art. 26 BV), und zwar sowohl das private und öffentlich-rechtlich erworbene Sacheigentum als auch das geistige Eigentum. Es muss Vertragsfreiheit herrschen, die vom Grundrecht und Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit umfasst wird. Dasselbe gilt für das Recht, Kräfte und Mittel Vieler z.B. in Gesellschaften zu bündeln. Das gute Funktionieren der Marktwirtschaft hängt

5229 Bundesgesetz über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz, BGBM) vom 6.10.1995 mit Änderungen (SR 943.02).

5230 Vgl. Winistörfer (2021), S. 623 f.

5231 S. hierzu Botschaft 1996 (BV), S. 302.

5232 S. zu diesen Zusammenhängen Heinemann (2020), N. 9.1 ff.

von einer stabilen Währung ab (s. Art. 99 BV und das NBG[5233]).[5234] Schliesslich muss Rechtsgleichheit herrschen (Art. 8 BV).

Es gibt auch Spannungen zwischen dem Prinzip Wettbewerb und einzelnen Verfassungsbestimmungen. So gewährt Art. 28 BV Arbeitnehmern und Arbeitgebern **Koalitionsfreiheit**, also das Recht, Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen kollektiv auszuhandeln und Gesamtarbeitsverträge abzuschliessen. Überschreiten die Sozialpartner diese Grenzen nicht, ist Kartellrecht nicht anwendbar und ist der Wettbewerbsmechanismus insoweit ausser Kraft gesetzt.[5235] 8

Schliesslich enthält die Bundesverfassung inner- und ausserhalb des Abschnitts über Wirtschaft zahlreiche **Politikbereiche** und **Wirtschaftssektoren**, für die besondere Vorschriften aufgestellt werden, z.B. über öffentliche Werke und Verkehr (Art. 81 ff. BV), Energie und Kommunikation (Art. 89 ff. BV), Landwirtschaft (Art. 104 BV) und Wohnen, Arbeit, soziale Sicherheit und Gesundheit (Art. 108 ff.). Nur relativ selten erlauben diese Vorschriften dem Bund, vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit abzuweichen (s. z.B. Art. 104 Abs. 2 BV).[5236] Das Wettbewerbsprinzip wird hierdurch nicht aufgehoben; so haben die Massnahmen beispielsweise den Grundsatz der Wettbewerbsneutralität zu respektieren.[5237] 9

E. Gang der Darstellung

Die drei in Art. 96 BV angesprochenen Regelungsmaterien, also Kartell-, Preisüberwachungs- und Lauterkeitsrecht, streben den **Schutz des wirksamen und unverfälschten Wettbewerbs** an bzw. korrigieren Fehlentwicklungen, wenn es bereits zu einer Beschädigung des Wettbewerbs gekommen ist. Sie tun dies auf unterschiedlichen Wegen und mit verschiedenen Instrumenten, so dass die drei in den Wettbewerbsartikel integrierten Bundeskompetenzen im Folgenden separat dargestellt werden. In 10

5233 Bundesgesetz über die Schweizerische Nationalbank (Nationalbankgesetz, NBG) vom 3.10.2003 mit Änderungen (SR 951.11).

5234 Winistörfer (2021), S. 624 ff.

5235 Wettbewerbskommission – Sekretariat, Schlussbericht vom 27.6.2024 – *Lohnabsprachen*, N. 23.

5236 Eingehend zu expliziten und impliziten Abweichungsermächtigungen Winistörfer (2021), S. 383 ff.

5237 Zur Landwirtschaftspolitik s. CR-Henny, Art. 104 Cst. N. 32.

Übereinstimmung mit der im Verfassungsartikel vorgesehenen Reihenfolge steht die Darstellung des **Kartellartikels**, also von Art. 96 Abs. 1 BV, am Anfang.

II. ENTSTEHUNGSGESCHICHTE VON ART. 96 ABS. 1 BV

A. Die «neuen» Wirtschaftsartikel von 1947: Der «alte» Kartellartikel

11 Mit den 1947 in die Bundesverfassung eingefügten **«neuen Wirtschaftsartikeln»** sollten die verfassungsrechtlichen Grundlagen für Massnahmen geschaffen werden, die bis 1947 auf Notrecht gestützt worden waren. Hierzu gehörte Art. 31bis aBV, der dem Bund in Absatz 2 die Zuständigkeit einräumte, Vorschriften über die Berufsausübung zu erlassen und Fördermassnahmen zu treffen, dies allerdings nur unter Beachtung der Handels- und Gewerbefreiheit. Von dieser Anforderung wurden in Absatz 3 Ausnahmen gemacht: Wenn das Gesamtinteresse es rechtfertige, sei der Bund befugt, «nötigenfalls in Abweichung von der Handels- und Gewerbefreiheit» bestimmte Regeln zu erlassen, darunter gem. lit. d auch Vorschriften «gegen volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und ähnlichen Organisationen».

12 Die Botschaft zu den neuen Wirtschaftsartikeln hielt den **historischen Hintergrund** fest.[5238] Das Verbands- und Kartellwesen – so die Botschaft – habe mit einem «Netz von Bindungen und Beschränkungen» «die Handels- und Gewerbefreiheit faktisch weitgehend ausser Kraft» gesetzt.[5239] In einem etwa 100 Jahre währenden Prozess der Verbandsbildung sei für jeden Beruf ein Verband entstanden. Die Verbandsbildung habe «eine der Grundvoraussetzungen des wirtschaftlichen Liberalismus – dass das Wirtschaftsleben ein freies Zusammenspiel von ungefähr gleich starken Einzelkräften darstellt, deren Interessen am Markt sich gegenseitig ausgleichen – weitgehend aufgehoben».[5240] Gegen diese Phänomene sollte mit einer Bundeskompetenz zum Erlass von Regeln gegen schädliche Kartelle und ähnliche Organisationen vorgegangen werden.

5238 S. auch die eingehende Darstellung bei DIKE-Kley, Vor Art. 1 KG N. 41 ff.
5239 Botschaft 1937, S. 849.
5240 Botschaft 1937, S. 849.

Um die **Kartellneigung** der schweizerischen Wirtschaft[5241] nachzuvollziehen, darf ein Hinweis auf die kartellfreundliche Linie des Bundesgerichts in diesen Jahrzehnten nicht fehlen. Grundlegend ist der Entscheid des Bundesgerichts im Fall des Bäckers *Vögtlin* aus dem Jahr 1896. Ein preisbrechender Bäcker wurde vom Bäckerverband boykottiert. Das Bundesgericht hielt fest, dass «die freie Vereinbarung eines Preisminimums, unter welchem die Verbandsmitglieder ihre Waare nicht abgeben dürfen, [...] an sich weder gegen die gute Sitte, noch gegen die allgemeine Rechtsordnung» verstösst, und legalisierte hiermit im Grundsatz die Kartelle. Dies hinderte das Bundesgericht aber nicht daran, Aussenseiter auf anderem Weg zu schützen: Der Boykottaufruf sei als widerrechtliche Schädigung zu qualifizieren, nämlich als Angriff auf den Anspruch des Gewerbetreibenden auf «Geltung seiner Persönlichkeit».[5242] Ein Grundmuster war hierdurch etabliert: Es galt der Grundsatz der «Kartellfreiheit».[5243] Gegen die schlimmsten Auswüchse (z.B. gegen einen Kollektivboykott) wurde der Einzelne aber auf persönlichkeitsrechtlichem Weg geschützt. 13

Auf diesem Regel-/Ausnahmeverhältnis bauen die neuen Wirtschaftsartikel auf. In Übereinstimmung mit der kartellfreundlichen Stimmung der Zeit hielt der Bundesrat in der Botschaft fest, «dass es sich nicht etwa um eine Verhinderung oder Bekämpfung des Kartellwesens an sich handeln kann, sondern lediglich um eine Kontrolle der Kartelle, insbesondere um die Einführung einer gewissen Publizitätspflicht und um die Bekämpfung vorkommender Missbräuche und Auswüchse.»[5244] Der Respekt vor dem «weitverzweigten und schwierigen» Problem ging so weit, dass Aussagen «über die nähere Ausgestaltung einer künftigen Kartellgesetzgebung» für «verfrüht» gehalten wurden.[5245] Die Einfügung eines Kartellartikels in die damalige Bundesverfassung erfolgte also **auf Reserve**. 14

Es dauerte denn auch bis 1962, bis das erste Kartellgesetz verabschiedet wurde, das durch das Kartellgesetz von 1985 abgelöst wurde. In Kraft ist das Kartellgesetz von 1995, das in der Zwischenzeit mehrfach revidiert wurde.[5246] 15

5241 Noch zwei Jahrzehnte später kam die Preisbildungskommission (1957), S. 52, zum Schluss, «die Schweiz zu den 'kartelldichtesten' Ländern zählen zu müssen».
5242 BGE 22 I 175 (183 f.) – *Bäcker Vögtlin*.
5243 So ausdrücklich elf Jahre später BGE 33 II 106 (117).
5244 Botschaft 1937, S. 889.
5245 Botschaft 1937, S. 889.

Während die Kartellgesetze von 1962 und 1985 sowohl in materiellrechtlicher als auch in institutioneller Hinsicht als schwach zu qualifizieren sind, handelt es sich beim **Kartellgesetz von 1995** um ein modernes Kartellgesetz, das konsequent auf den Schutz wirksamen Wettbewerbs ausgerichtet ist.[5247] Alle drei Kartellgesetze wurden auf Art. 31bis Abs. 3 lit. d aBV gestützt.[5248] Die seit 2000 erfolgten Änderungen berufen sich auf den Kartellartikel der neuen Bundesverfassung, also auf Art. 96 Abs. 1 BV. Die Bezugnahme im Ingress des Kartellgesetzes wurde entsprechend angepasst.[5249]

B. Der Kartellartikel der revidierten Bundesverfassung

16 Die Formulierung von Art. 96 Abs. 1 BV lehnt sich eng an Art. 31bis Abs. 3 lit. d aBV an, weist aber **drei Unterschiede** von erheblicher Tragweite auf. Erstens ist der Bund nicht mehr lediglich zur Kartellgesetzgebung «befugt,» sondern er «erlässt» solche Vorschriften, ist also hierzu verpflichtet. Zweitens wird nicht mehr an die schädlichen Auswirkungen von «Kartellen und ähnlichen Organisationen» (so die alte Bundesverfassung), sondern an solche von «Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen» angeknüpft, wodurch die organisationsrechtliche Engführung entfällt (vgl. hierzu unten N. 56 f.). Und drittens zeichnet sich Art. 96 Abs. 1 BV dadurch aus, dass die Zusätze «wenn das Gesamtinteresse es rechtfertigt» sowie «nötigenfalls in Abweichung von der Handels- und Gewerbefreiheit» entfallen sind.

17 Während die beiden ersten Änderungen im Rahmen der Einzelkommentierung (unten N. 40 f., N. 56 ff.) zu besprechen sind, sei hier die Bedeutung der erwähnten Weglassung hervorgehoben. Die alte Bundesverfassung ging davon aus, dass ein Gegensatz von Handels- und Gewerbefreiheit einerseits und Kartellrecht andererseits bestehe. Wenn das Gesamtinteresse es rechtfertige und «nötigenfalls» könne man von der Handels- und Gewerbefreiheit abweichen, um Auswüchse des Kartellwesens

---

5246 Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) vom 6.10.1995 mit Änderungen (SR 251).

5247 Zur Kartellgesetzgebungsgeschichte s. DIKE-Kley, Vor Art. 1 KG N. 45 ff.

5248 Daneben auf die Zivilrechtskompetenz (Art. 64 aBV, heute Art. 122 BV), und seit der KG-Revision von 2003 auch auf Art. 27 Abs. 1 und Art. 97 Abs. 2 BV; zur Bedeutung von Art. 27 BV in diesem Zusammenhang s.u. N. 24.

5249 Vgl. Fn. 1 des KG; aus gesetzestechnischer Perspektive kritisch gegenüber solchen Anpassungen Hangartner, AJP 2012, 439 f.

abzustellen (s.o. N. 14). **Nicht die Kartelle, sondern das Kartellrecht** wurde also als Abweichung von der Wirtschaftsfreiheit gedeutet.

18 Art. 96 Abs. 1 BV kommt ohne solche Kautelen aus. Nach der Botschaft zur neuen Bundesverfassung ist der Einleitungssatz der alten Bundesverfassung «entbehrlich und braucht im Entwurf nicht weitergeführt zu werden, denn Ziel der Wettbewerbspolitik ist die Sicherung einer freiheitlichen Wirtschaftsordnung».[5250] Da Wettbewerbsrecht «der Stützung und Stärkung des Grundsatzes der Wirtschaftsfreiheit» dient,[5251] liegt also **keine Abweichung vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit** vor, weshalb man den Vorbehalt nicht mehr braucht, dass nötigenfalls eine Abweichung von diesem Grundsatz gestattet sei.[5252] Kartellrecht schränkt die Wirtschaftsfreiheit nicht grundsatzwidrig ein, sondern bringt ihre immanenten Schranken zum Ausdruck.[5253]

19 Damit setzte sich eine Lehrmeinung durch, die schon zum alten Kartellartikel die Auffassung vertreten hatte, dass die Anwendung von Kartellrecht nicht als grundsatzwidrige Abweichung von der Handels- und Gewerbefreiheit einzuschätzen sei. Schon früh hatte beispielsweise Zaccaria Giacometti ausgeführt, dass die Vertragsfreiheit nur insoweit vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit gedeckt sei, «als deren Ausübung das System der freien Konkurrenz nicht beeinträchtigt; mit andern Worten, Beschränkungen der Privatautonomie zum Schutze des Systems des freien Wettbewerbs sind mit der Handels- und Gewerbefreiheit vereinbar».[5254] Die neue Bundesverfassung bringt durch den Verzicht auf den Vorbehalt ganz in diesem Sinn zum Ausdruck, dass es **keinen Gegensatz zwischen Kartellgesetzgebung und Wirtschaftsfreiheit** gibt.[5255] Der Kampf gegen die Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, zu dem der Gesetzgeber nunmehr nicht

5250 Botschaft 1996 (BV), S. 301.

5251 Ibid.; in der neuen Bundesverfassung hat der Begriff der «Wirtschaftsfreiheit» denjenigen der «Handels- und Gewerbefreiheit» abgelöst, s. Botschaft 1996 (BV), S. 174, 176.

5252 Grundlegend zum Verhältnis von Wirtschaftsfreiheit und staatlichem Eingriff s. Gygi, ZSR 1970 II 265 ff. (welcher der Bundesverfassung «die Ausrichtung auf eine marktorientierte und sozialverpflichtete Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung» entnimmt, S. 356). Speziell zum Wettbewerbsrecht s. Rhinow, Art. 31bis BV N. 109, 189 ff., 194 f.; Biaggini, Art. 96 BV N. 1; SGK-Jacobs, Art. 96 BV N. 13; Richli (2007), Rn. 751 ff.; BSK-Uhlmann, Art. 96 BV N. 3, 8.

5253 Hänni/Stöckli (2013), Rn. 112; Richli (2007), Rn. 754; vgl. auch Rhinow/Schmid/Biaggini/Uhlmann (2011), § 20 Rn. 10 ff.

5254 Giacometti (1949), S. 286 f.; s. hierzu DIKE-Kley, Vor Art. 1 KG N. 36 f.

5255 Hettich (2003) Rn. 212.

lediglich berechtigt, sondern verpflichtet ist, ist folglich keine Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit, sondern dient dazu, die Wirtschaftsfreiheit nachhaltig zu gewährleisten. Wirtschaftliche Freiheit umfasst nicht das Recht, diese Freiheit durch Kartelle oder andere Wettbewerbsbeschränkungen abzuschaffen. In dieser Änderung kommt ein fundamentaler Wandel des Freiheitsverständnisses zum Ausdruck, durch den das **Freiheitsparadoxon** auf dem Gebiet der Wirtschaft anerkannt wird.[5256]

20 Die wettbewerbspolitische Perspektive hat sich durch diesen kartellphilosophischen Meilenstein umgekehrt. Es geht nicht mehr lediglich darum, die Auswüchse des Kartellwesens zu bekämpfen (s.o. N. 14). Der Verfassungsgeber erteilt dem Gesetzgeber vielmehr den Auftrag, die Wirtschaftsfreiheit vor Selbstaufhebung zu schützen. Die Toleranz gegenüber Wettbewerbsbeschränkungen, die dem alten Kartellartikel zugrunde lag, wird durch eine **kritische Sichtweise des Kartellwesens** abgelöst.

21 Bemerkenswerterweise weichen die Einschätzungen in der Literatur zur Bedeutung dieses Vorgangs erheblich voneinander ab. Während die einen den Wegfall des Einleitungssatzes als «Paradigmenwechsel» einordnen,[5257] messen andere der Änderung keine besondere Bedeutung zu.[5258] Bei näherer Betrachtung liegt hierin allerdings kein Unterschied in der Sache. Für diejenigen, die bereits nach der alten Bundesverfassung im Kartellrecht keine Abweichung von der Handels- und Gewerbefreiheit sahen, ist es folgerichtig, dem Wegfall des Vorbehalts im neuen Kartellartikel keine besondere Bedeutung zuzumessen. Diese Positionierung dürfte seit Mitte der 1980er Jahre die Mehrheitsauffassung gewesen sein.[5259] Aber nicht alle waren der neueren Deutung gefolgt, gingen weiterhin vom Grundsatz der Kartellfreiheit

5256 In diesem Sinn auch Stoffel (2003), S. 687; s. die markanten Formulierungen des wettbewerbsbezogenen Freiheitsparadoxons von Gygi, ZSR 1970 II 372 («Der Wettbewerb neigt von den Kartellen und den monopolistischen Erscheinungen her zum Selbstmord [...]: und dies ausgerechnet von der Vertragsfreiheit her»); Schluep, AJP 1996, 795, 808 («Nun ist aber Wettbewerb rechtlich nichts, aber auch gar nichts anderes als juristisch vor Selbstaufhebung bewahrte Freiheit»); und Vallender AJP 1999, 677, 681 Fn. 28 («Die Wirtschaftsfreiheit hat folglich auch dort ihre Grenzen, wo sie ihre eigenen Voraussetzungen zerstört»).

5257 DIKE-Kley, Vor Art. 1 KG N. 54 ff. (mit Überschrift); die Bedeutung der Änderung würdigend auch Hänni/Stöckli (2013), Rn. 112; Richli (2007), Rn. 751 ff.; Schott (2010), Rn. 627.

5258 BSK-Uhlmann, Art. 96 BV N. 3 («Eine materielle Neuerung war damit nicht beabsichtigt.»); BSK-Birkhäuser, Art. 1 KG N. 31, 35.

5259 So die Einschätzung von DIKE-Kley, Vor Art. 1 KG N. 55.

aus und sahen in Kartellartikel und -gesetzgebung einen «Einbruch in den Grundsatz der privatautonomen Wirtschaftsgestaltung».[5260] Da der Wegfall des Einleitungssatzes insoweit eine Klärung zugunsten der Mehrheitsauffassung gebracht hat,[5261] sollte dem Vorgang insgesamt **fundamentale Bedeutung** zuerkannt werden.

Diese Aussage bezieht sich auf die institutionelle Dimension der Wirtschaftsfreiheit. Vom *Grundsatz* der Wirtschaftsfreiheit (Art. 94 Abs. 1 BV) ist das *Grundrecht* der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) zu unterscheiden. In grundrechtlicher Hinsicht ist Kartellrecht eine Einschränkung der durch Art. 27 BV garantierten Wirtschaftsfreiheit, welche den Anforderungen von Art. 36 BV unterliegt.[5262] Hieraus lässt sich aber nicht ableiten, dass (immer noch) eine – wie auch immer limitierte – «**Kartellfreiheit**» bestünde.[5263] Vielmehr ist das Kartellrecht eines der Beispiele für eine **Kollision zwischen Grundrecht und Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit**.[5264] Kartellrecht ist einerseits eine Grundrechtsbeschränkung; andererseits stützt und stärkt es eine freiheitliche Wettbewerbsordnung und verwirklicht damit den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit.[5265] Der Kartellartikel (Art. 96 Abs. 1 BV) löst diese Ambivalenz auf: Er stellt klar, dass der Schutz wirksamen Wettbewerbs ein öffentliches Interesse i.S.v. Art. 36 Abs. 2 BV ist, so dass der Eingriff in das Grundrecht rechtmässig ist, wenn auch die anderen Voraussetzungen von Art. 36 BV erfüllt sind.[5266] In Bezug auf das geltende Verfassungsrecht kann von **«Kartellfreiheit» deshalb nicht mehr die Rede sein**. 22

Die am 12.12.2017 eingereichte **Volksinitiative «Stop der Hochpreisinsel – für faire Preise (Fair-Preis-Initiative)»** hätte in Art. 96 Abs. 1 BV einen zweiten Satz mit folgendem Wortlaut angefügt: «Er [scil. Der Bund] trifft insbesondere Massnahmen zur Gewährleistung der diskriminierungsfreien Beschaffung von Waren und Dienstleistungen im Ausland sowie zur 23

5260 S. die klare Sezierung des Meinungsspektrums bei Rhinow/Gurovits (2001), S. 595 f.

5261 Vgl. Richli (2007), Rn. 754: «Das bedeutet nichts anderes, als dass sich der Verfassungsgeber der Auffassung angeschlossen hat, welche die Wettbewerbspolitik schon nach der alten BV aus dem Dunstkreis der Abweichungen rückte».

5262 Rhinow/Gurovits (2001), S. 597.

5263 So aber bspw. SGK-Jacobs, Art. 96 BV N. 17; Vallender AJP 1999, 677, 684.

5264 So die treffende Formulierung von Diebold/Rütsche (2023), § 2 Rn. 16.

5265 Heinemann/Kellerhals (2023), S. 7 f.

5266 BSK-Uhlmann, Art. 96 BV N. 9; DIKE-Moeckli, Art. 1 KG N. 19; so bereits Rhinow/Biaggini (1995), S. 99, in Bezug auf die alte Bundesverfassung.

Verhinderung von Wettbewerbsbeschränkungen, die durch einseitiges Verhalten von marktmächtigen Unternehmen verursacht werden.» Eine Übergangsregel in Art. 197 BV hätte den Bundesrat verpflichtet, bis zum Inkrafttreten von Gesetzesänderungen Ausführungsbestimmungen zu erlassen, die u.a. das Konzept der relativen Marktmacht in das Kartellrecht und die Garantie des diskriminierungsfreien Online-Einkaufs in das Recht gegen den unlauteren Wettbewerb eingefügt hätten. Der Gesetzgeber setzte die zentralen Anliegen der Fair-Preis-Initiative durch die Revision des Kartellgesetzes vom 19.3.2021 um (AS 2021 576).[5267] Daraufhin wurde die Initiative am 25.3.2021 zurückgezogen, so dass der Kartellartikel der Bundesverfassung unverändert blieb.

III. KONTEXT

A. Tragweite von Art. 96 Abs. 1 BV

24 Im Mittelpunkt von Art. 96 Abs. 1 BV steht der Wettbewerb als **Institution**.[5268] Dies schliesst es aber nicht aus, der Vorschrift auch eine individualschützende Richtung zu entnehmen.[5269] Hauptsächlich erfolgt der **individuelle Schutz** von Wettbewerbern und anderen Marktteilnehmern aber über Art. 27 BV, der deshalb auch im Ingress des Kartellgesetzes erwähnt wird.[5270] Art. 96 Abs. 1 BV beschränkt sich nicht darauf, dem Bund die Kompetenz für die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Kartellrechts einzuräumen, sondern fügt – im Gegensatz beispielsweise zur Kompetenznorm für das Recht gegen den unlauteren Wettbewerb in Art. 96 Abs. 2 lit. b BV – inhaltliche Vorgaben hinzu: Die zu erlassenden Vorschriften haben sich «gegen volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen

5267 Nämlich insbesondere durch die Einführung des Konzepts der relativen Marktmacht in Art. 4 Abs. 2bis KG, die Bestimmung zum diskriminierungsfreien Einkauf im Ausland in Art. 7 Abs. 2 lit. g KG und die Vorschrift gegen Geoblocking in Art. 3a UWG; die Neuerungen sind am 1.1.2022 in Kraft getreten.

5268 Hänni/Stöckli (2013), Rn. 114; CR-Martenet, Art. 96 Cst. N. 13.

5269 BSK-Uhlmann, Art. 96 BV N. 5. S. auch SGK-Jacobs, Art. 96 BV N. 5: Auch Individualschutz werde gewährleistet, soweit für den Schutz des Wettbewerbs notwendig.

5270 Zu den Hintergründen der Aufnahme von Art. 27 Abs. 1 BV s. Hangartner, AJP 2012, 439, 440 f.; kritisch DIKE-Moeckli, Art. 1 KG N. 14 (nur Kompetenznormen sollten im Ingress aufgeführt werden). Allgemein zur Frage des wettbewerbsrechtlichen Institutions- und Individualschutzes s. Diebold/Rütsche (2023), § 3 Rn. 32 ff.; Martenet/Heinemann (2021), S. 47 f.

Wettbewerbsbeschränkungen» zu richten. Es handelt sich bei Art. 96 Abs. 1 BV folglich um eine **Kompetenzbestimmung mit einer materiellen Direktive**.[5271]

Es ist umstritten, welche Bedeutung dieser Direktive zuzumessen ist. Von einer traditionalistischen Strömung wird hieraus abgeleitet, dass das schweizerische Kartellrecht dem **Missbrauchsprinzip** zu unterliegen habe. Es unterscheide sich damit von den meisten anderen Kartellrechtsordnungen, die dem **Verbotsprinzip** folgen.[5272] Dem stehen Auffassungen gegenüber, nach denen Art. 96 Abs. 1 BV keine Festlegung auf das Missbrauchsprinzip enthält,[5273] oder welche die Unterscheidung zwischen Verbots- und Missbrauchsprinzip für obsolet, wenig bedeutend oder irrelevant halten.[5274] Die bisweilen recht apodiktisch geführte Diskussion[5275] leidet daran, dass teilweise in Verkennung des Missbrauchsbegriffs abweichende Definitionen gewählt werden, die zu Begriffsverwirrung führen. Zunächst ist also die Begrifflichkeit zu klären. 25

B. Die Begriffe «Missbrauchsprinzip» und «Verbotsprinzip»

Ursprünglich bestand Einigkeit über die Bedeutung des Begriffs «Missbrauchsprinzip» im Kartellrecht. So wird beispielsweise in der Botschaft zum Kartellgesetz von 1962 das Missbrauchsprinzip wie folgt umschrieben: «Ein Kartellgesetz muss die Kartelle und ähnlichen Organisationen grundsätzlich zulassen und sich darauf beschränken, die Auswüchse zu 26

5271 BGE 143 II 297 E. 5.3.5.

5272 In diesem Sinn z.B. BSK-Amstutz/Carron, Art. 7 KG N. 45, 141 ff.; BSK-Birkhäuser, Art. 1 KG N. 39 ff.; Kobel, AJP 2004, 1150, 1155; BSK-Reinert, Art. 4 Abs. 1 KG N. 30 ff.; CR-Reymond, Art. 6 LCart N. 21.

5273 Heinemann (2009), S. 49; SGK-Jacobs, Art. 96 BV N. 27; DIKE-Kley, Vor Art. 1 KG N. 55; Stoffel (2023), Rn. 95; SHK-Rubin, Art. 1 KG N. 4; Zäch/Heizmann (2023), Rn. 150 ff., insbesondere 152; s. auch OFK-Borer, Art. 1 KG N. 8: «Welches System – eine Missbrauchsgesetzgebung oder Verbotsgesetzgebung – zur Überprüfung heranzuziehen ist, ist eine Frage der effizienten Ausgestaltung der Gesetzgebung und nicht von künstlich wirkenden Verfassungsinterpretationen».

5274 Schluep (1988), S. 46 f.; Baudenbacher Carl, ZSR 2012 II 419, 641 (mit Bezug auf den Missbrauch marktbeherrschender Stellungen); Diebold/Rütsche (2023), § 3 Rn. 17; Gallmann/Gersbach (2017), S. 33; Marbach/Ducrey/Wild (2017), Rn. 1386 f.; DIKE-Moeckli, Art. 1 KG N. 25; CR-Tercier/Martenet, Droit de la concurrence – Introduction générale N. 220; Sturny (2014), S. 86. Inkonsequent BSK-Amstutz/Carron, Art. 7 KG N. 142, welche mit Emphase die Geltung des Missbrauchsprinzips behaupten, den Unterschied zwischen Missbrauchs- und Verbotsprinzip aber sodann als für die heutige Zeit wenig relevant bezeichnen.

bekämpfen».[5276] Dahinter steht eine **positive Sichtweise der Kartelle**: Sie werden als grundsätzlich gute Ordnungsform der Wirtschaft begrüsst.[5277] Deshalb bleiben sie (genauso wie die anderen Wettbewerbsbeschränkungen) erst einmal erlaubt; lediglich Missbräuche der Kartellbildung sollen bekämpft werden.[5278] Dem Missbrauchsprinzip entspricht es, einen Grundsatz der «**Kartellfreiheit**» anzuerkennen, der lediglich in begründeten Einzelfällen zu durchbrechen sei.[5279] Unter der Herrschaft des Missbrauchsprinzips hat der Wettbewerb einen niedrigen Stellenwert.[5280]

27 Dies hat Konsequenzen auf der **Rechtsfolgenseite**: In einer Kartellrechtsordnung, die dem Missbrauchsprinzip folgt, sind Kartellverträge

---

5275 Keinen Widerspruch in Bezug auf eine angebliche verfassungsrechtliche Verankerung des Missbrauchsprinzips duldend BSK-Amstutz/Carron, Art. 7 KG N. 45, die zur Gegenmeinung folgenden Warnhinweis abgeben: «Dieser Auffassung darf als *dem Schweizer Recht fremdes* Produkt keineswegs gefolgt werden» (Hervorhebung im Original). Diese Aussage verwundert: In keinem der führenden Kommentare zur Bundesverfassung wird Art. 96 Abs. 1 BV eine Festlegung auf das Missbrauchsprinzip entnommen (z.B. keine Erwähnung des Missbrauchsprinzips in den Kommentierungen von Biaggini, Art. 96 BV; CR-Martenet, Art. 96 Cst. und BSK-Uhlmann, Art. 96 BV; ausdrücklich ablehnend, den Spielraum des Gesetzgebers durch die Schlagworte Verbots- und Missbrauchsgesetzgebung einzuschränken, SGK-Jacobs, Art. 96 BV N. 27). Ausserdem verneint ein grosser Teil der kartellrechtlichen Literatur, dass Art. 96 BV eine Festlegung auf das Missbrauchsprinzip zu entnehmen sei (s.o. Fn. 64). Gar von «unbiegsamer Härte» zu sprechen (welche BSK-Amstutz/Carron, Art. 7 KG N. 45, der angeblichen Zugrundelegung des Missbrauchsprinzips attestieren), verkennt den Charakter von Art. 96 Abs. 1 BV als Zielnorm, die beträchtliche Spielräume eröffnet.

5276 Botschaft 1961, S. 559; s. auch bereits die entsprechenden Aussagen in der Botschaft von 1937 zu den neuen Wirtschaftsartikeln oben N. 14.

5277 *S.* Bericht des Bundesrates 1957, S. 364: «Die Kartellbildung ist ein wesentliches Ordnungselement der modernen Wirtschaft, auch wenn sie wie andere Einrichtungen neben Vorteilen auch Nachteile aufweist». Schürmann (1994), S. 469: «Den Kartellen und sogenannten ähnlichen Organisationen billigt die Verfassung aber durchaus Ordnungsvermögen zu».

5278 S. näher Diebold/Rütsche (2023), § 3 Rn. 14 ff.; Heinemann, ZSR 2016 I, 431, 443 ff.; DIKE-Kley, Vor Art. 1 KG N. 55; Zäch, AJP 1992, 857 (860).

5279 S. z.B. BGE 33 II 106, E.5: Eine Ausnahme vom Grundsatz der «Kartellfreiheit» bestehe beispielsweise im Fall «wucherische(r) Preistreiberei». Näher zur «Kartellfreiheit» s. Stoffel (2003), S. 673 ff., Thier (2011), S. 627 ff.; nach der hier vertretenen Auffassung wurde der Grundsatz der «Kartellfreiheit» spätestens durch den neuen Kartellartikel der Bundesverfassung überwunden, s.o. N. 22.

5280 Nach der klaren Analyse von Diebold/Rütsche (2023), § 3 Rn. 280, «führt das Missbrauchsprinzip im Kartellrecht zur Zulässigkeit von Kartellabsprachen und damit zu weniger Wettbewerb».

erst einmal wirksam und werden erst dann nichtig, wenn eine Rechtsanwendungsinstanz das Kartell rechtskräftig untersagt hat (*ex nunc*-Nichtigkeit).[5281] Unter Geltung des Verbotsprinzips sind kartellrechtswidrige Verträge hingegen von Anfang an nichtig (*ex tunc*-Nichtigkeit). Diese Terminologie war dem Gesetzgeber des Kartellgesetzes von 1995 wohl bekannt. In der Botschaft zum KG 1995 heisst es: «Das Missbrauchsprinzip lässt keine Nichtigkeit ex tunc, sondern lediglich eine solche ex nunc zu.»[5282]

Für die **Sanktionierung** folgt hieraus: Da ein Verhalten nach dem Missbrauchsprinzip erst in dem Moment illegal wird, in dem es eine Rechtsanwendungsinstanz rechtskräftig untersagt hat, können keine direkten Sanktionen verhängt werden, da das Kartellverhalten in der Vergangenheit ja legal war. Mit dem Verbotsprinzip sind direkte Sanktionen hingegen vereinbar: Das Verhalten war ja von Anfang an kartellrechtswidrig. 28

Ein Teil der Lehre gibt dem Begriff des Missbrauchs hingegen einen **anderen Sinn**: Mit Missbrauchsprinzip sei die materielle Direktive in Art. 96 Abs. 1 BV gemeint, nach der sich die kartellrechtlichen Vorschriften gegen die schädlichen Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu richten haben.[5283] Für diese Lehrmeinung besteht der Missbrauch also in den negativen Wirkungen eines Wettbewerbsverhaltens. Die begriffliche Verschiebung dient diesem Teil der Lehre offenbar als Notanker, um ihr grundlegendes Problem zu lösen: Art. 96 Abs. 1 BV spricht nicht von «Missbrauch». In Abweichung von der überkommenen Bedeutung messen sie dem Begriff des Missbrauchs eine konsequentialistische Bedeutung zu, die ihrerseits zwar im Verfassungsartikel niedergelegt, nur eben von der Kategorie des «Missbrauchs» zu unterscheiden ist.[5284] 29

Richtigerweise ist zwischen **zwei Kategorienpaaren zu unterscheiden**, nämlich zwischen Verbots- und Missbrauchsprinzip einerseits und 30

5281 Zu kurz greift BSK-Reinert, Art. 4 Abs. 1 KG N. 31 ff., welcher der Gegenmeinung entnimmt, dass sie den Bedeutungsgehalt des Missbrauchsprinzips auf die Frage der ex nunc-/ex tunc-Unzulässigkeit reduziere. Der Autor übersieht, dass das zentrale Merkmal des Missbrauchsprinzips die positive Grundeinstellung zu den Kartellen ist. Die Ausgestaltung der Unzulässigkeitsmodalitäten folgt lediglich hieraus.

5282 Botschaft 1994, S. 553.

5283 BSK-Birkhäuser, Art. 1 KG N. 39 ff.; BSK-Reinert, Art. 4 Abs. 1 KG N. 30 ff.; BSK-Amstutz/Carron, Art. 7 KG N. 141 ff.

formbasiertem und wirkungsorientiertem Ansatz andererseits. Verbots- und Missbrauchsprinzip sagen etwas über die Grundeinstellung zu den Kartellen und zur Wirkungsweise kartellrechtlicher Normen aus (negative vs. positive Einstellung zu den Kartellen; anfängliches vs. nachträgliches Verbot), während der Gegensatz zwischen Form und Wirkung die inhaltlichen Anforderungen in kartellrechtlichen Tatbeständen betrifft (Art der Wettbewerbsbeschränkung vs. Wirkung der Wettbewerbsbeschränkung). Dass die Gleichsetzung von Missbrauchsprinzip und wirkungsorientiertem Ansatz unrichtig ist, zeigt bereits ein Blick auf das US-amerikanische Antitrustrecht: Der weltweit am stärksten ausgeprägte wirkungsbasierte Ansatz wird mit dem Verbotsprinzip kombiniert.[5285]

31 Die Gleichsetzung des Missbrauchsprinzips mit dem wirkungsorientierten Ansatz sorgt für zahlreiche Missverständnisse und gefährdet aufgrund der Verwendung einer eigenwilligen Begrifflichkeit die rechtsvergleichende Anschlussfähigkeit. Im Folgenden wird folglich zwischen zwei Fragen unterschieden. Es ist erstens zu klären, ob Art. 96 Abs. 1 BV dem Gesetzgeber das **Missbrauchsprinzip** vorschreibt (hierzu sofort), und zweitens ist zu bestimmen, inwieweit die verfassungsrechtlichen Vorgaben den Gesetzgeber auf einen **«effects-based approach»** festlegen (hierzu s.u. N. 44 ff.).

C. Festlegung auf das Missbrauchsprinzip?

32 Für das Missbrauchsprinzip ist die positive Grundeinstellung zu den Kartellen charakteristisch. Die Botschaft von 1937 zum alten Kartellartikel (Art. 31bis Abs. 3 lit. d aBV) lag entsprechend dem Geist der damaligen Zeit ganz auf dieser Linie (s.o. N. 14). Allerdings machte sie gleichzeitig deutlich, dass der Frage nicht vorgegriffen werden solle, wie ein allfälliges Kartellgesetz konkret auszugestalten sei.[5286] Es ist also zu unterscheiden zwischen dem grossen

5284 Vgl. Rhinow, Art. 31bis BV N. 215 f.: Die Gesetzgebung habe jede Art von schädlichen Auswirkungen zu bekämpfen, weshalb der Gesetzgeber keineswegs darauf beschränkt sei, «bloss eigentlichen Missbräuchen von Kartell- oder Monopolmacht entgegenzutreten». Denjenigen, die Missbrauchsprinzip und Auswirkungspostulat gleichsetzen, sei empfohlen, mit Rhinow (ibid.) nähere Überlegungen zum Begriff des Missbrauchs in der Rechtsordnung anzustellen; grundlegend zum Begriff des Rechtsmissbrauchs s. die historische und rechtsvergleichende Untersuchung von Baudenbacher (2016), S. 26 ff.

5285 S. näher zu diesen Zusammenhängen DIKE-Heinemann, Nach Art. 1 KG N. 91 ff.; Heinemann ZSR 2023 I 43 53 ff.

5286 Botschaft 1937, S. 889.

Spielraum der Bundesverfassung und der konkreten Ausgestaltung durch den einfachen Gesetzgeber.[5287] Die Kartellgesetze von 1962 und 1985 folgten klar dem Missbrauchsprinzip.[5288] Dem Gesetzgeber des Kartellgesetzes von 1995, das einen Paradigmenwechsel hin zum Schutz wirksamen Wettbewerbs brachte[5289] und damit eine «neue wettbewerbspolitische Ära»[5290] einleitete, kamen erste Zweifel. Die Botschaft zum Kartellgesetz von 1995 enthält einerseits eine Relativierung von Verbots- und Missbrauchsgesetzgebung.[5291] An anderen Stellen bekennt sich die Botschaft aber ausdrücklich zum Missbrauchsprinzip.[5292] Trotz dieser Ambivalenz erscheint es richtig, auch das **Kartellgesetz von 1995 als Missbrauchsgesetzgebung** zu qualifizieren.

33 Nach der hier vertretenen Auffassung ist das Kartellgesetz aber mit der Einführung direkter Sanktionen durch die KG-Revision von 2003 **zum Verbotsprinzip übergegangen**. Wie bereits dargelegt wurde, sind direkte Sanktionen mit dem Missbrauchsprinzip nicht zu erklären (s.o. N. 28). Zudem hat das Bundesgericht die *ex tunc*-Nichtigkeit kartellrechtswidriger Verträge anerkannt,[5293] was ebenfalls für das Verbotsprinzip charakteristisch ist (s.o. N. 27). Mit diesen beiden Änderungen hat das Kartellgesetz also das Missbrauchsprinzip hinter sich gelassen.[5294]

34 Im hier zu behandelnden verfassungsrechtlichen Kontext geht es allerdings nicht darum, welches Prinzip auf der Ebene des einfachen Gesetzes gilt, sondern darum, ob der **Kartellartikel der neuen Bundesverfassung** eine Verbotsgesetzgebung zulässt oder – umgekehrt – eine Festschreibung auf das Missbrauchsprinzip enthält. Zur Beantwortung dieser Frage sind die anerkannten Auslegungsmethoden anzuwenden. Der **Wortlaut** von Art. 96 Abs. 1 BV enthält nicht den Begriff «Missbrauch». **Entstehungsgeschichtlich**

5287 Zum alten Kartellartikel s. beispielsweise Rhinow/Biaggini (1995), S. 107: «die Verfassung belässt dem Gesetzgeber einen *beträchtlichen Wertungs- und Konkretisierungsspielraum*» (Hervorhebung im Original).

5288 S. Heinemann, ZSR 2016 I, 431, 445 f.

5289 Schluep, AJP 1996, 795, 807; Weber/Volz (2023), Rn. 1.15.

5290 Baldi/Borer, WuW 1998, 343.

5291 Zum alten Kartellartikel der Bundesverfassung heisst es in der Botschaft 1994, S. 634: «Die damit anvisierte Gesetzgebung ist gelegentlich als Missbrauchsgesetzgebung charakterisiert und diese in Gegensatz zu einer Verbotsgesetzgebung gestellt worden. Derartige Klassierungen sind indessen zu pauschal und damit wenig aussagekräftig».

5292 Botschaft 1994, S. 469, 489, 551, 553, 555.

5293 BGE 134 III 438 E. 2.2 und 2.3.

5294 Näher Heinemann, ZSR 2016 I, 448 f.; DIKE-Heinemann, Nach Art. 1 KG N. 78 ff.

ist darauf zu verweisen, dass schon Art. 31bis Abs. 3 lit. d aBV, also der Kartellartikel der alten Bundesverfassung, zwar dem Kartellgeist der damaligen Zeit verhaftet war, dem Gesetzgeber aber keine engen Grenzen ziehen wollte. Der neue Kartellartikel in Art. 96 Abs. 1 BV zeigt einerseits Entschlossenheit: Der Erlass von Kartellrecht wird dem Gesetzgeber nicht mehr anheimgestellt, sondern wird zur Pflicht. Und andererseits hält die Botschaft zum neuen Kartellartikel noch klarer als die Botschaft zum alten Kartellartikel fest, dass der Kartellartikel keine Vorgaben zu den «Mitteln der Kartellpolitik» mache, der Gestaltungsspielraum des Kartellgesetzgebers «beträchtlich» sei, und er «auch partiell das Mittel des Kartellverbots» einsetzen könne. Dies ist eine direkte Reaktion auf und eine klare Absage an die früher vertretene Devise «Verbot einer Verbotsgesetzgebung». Es sei lediglich ausgeschlossen, Wettbewerbsabreden als solche generell zu untersagen.[5295] Die Entstehungsgeschichte spricht also dafür, dass der Kartellartikel **in der Prinzipienfrage agnostisch** ist: Der Gesetzgeber ist frei in seiner Entscheidung darüber, ob er dem (zwingend zu erlassenden) Kartellrecht das Missbrauchs- oder das Verbotsprinzip unterlegen möchte. Die Botschaft zur neuen Bundesverfassung erwähnt den Begriff des Missbrauchs (im kartellrechtlichen Kontext) nicht einmal. Es trifft zwar zu, dass sich in der Botschaft zum Kartellgesetz von 1995 die Aussage findet, dass die Bundesverfassung das Missbrauchsprinzip vorgebe, auch wenn diese Aussage an anderen Stellen relativiert wird (s.o. N. 32). Durch eine Aussage im Zusammenhang mit der einfachen Gesetzgebung kann allerdings nicht die Normierung auf Verfassungsebene überspielt werden, durch die dem Kartellgesetzgeber grosser Spielraum einschliesslich der Möglichkeit partieller Verbote eingeräumt wurde. Diejenigen, die der Aussage in der Botschaft zum Kartellgesetz von 1995 absolute Geltung zumessen,[5296] werden der Normenhierarchie nicht gerecht und übersehen zudem, dass sich die Aussage in der KG-Botschaft auf den alten Kartellartikel bezieht, die neuere Lehre und der Verfassungswandel 2000 aber zu einem Paradigmenwechsel hin zu einer kritischen Sichtweise der Kartellwirtschaft geführt haben (s.o. N. 18 ff.).

5295 Botschaft 1996 (BV), S. 301. Nicht überzeugend BSK-Amstutz/Carron, Art. 7 KG N. 142, die ein angebliches verfassungsrechtliches Missbrauchsprinzip auch daraus ableiten, dass Art. 96 Abs. 1 BV kein totales Kartellverbot zulasse; die Verfasser übersehen, dass der Begriff des Verbotsprinzips keine Totalität voraussetzt, der Gesetzgeber sogar gut beraten ist, hinreichend differenzierte Verbote zu formulieren.

5296 So z.B. BSK-Amstutz/Carron, Art. 7 KG N. 142.

In **systematischer Hinsicht** ist festzuhalten, dass die Bundesverfassung an anderen Stellen den Begriff des Missbrauchs durchaus verwendet, z.B. in Art. 13 Abs. 2, 96 Abs. 2 lit. a, 107 Abs. 1, 109 Abs. 1, 119 Abs. 1 und 120 Abs. 1 BV. Wenn der Verfassungsgeber also gewollt hätte, dass der Gesetzgeber lediglich Missbräuche des Kartellwesens unterbinden soll, hätte er dies in Anlehnung an die genannten Vorschriften durchaus so formulieren können, so wie er es beispielsweise bei der Preisüberwachung (Art. 96 Abs. 2 lit. a BV: «Verhinderung von Missbräuchen in der Preisbildung»), aber eben nicht beim Kartellrecht (Art. 96 Abs. 1 BV) gemacht hat. Selbst wenn er dies getan hätte, wären die Konsequenzen allerdings nicht so wie von den Anhängern des Missbrauchsprinzips artikuliert, die Verbote aufgrund des Missbrauchsprinzips für ausgeschlossen halten: So hat beispielsweise die Verpflichtung zum Schutz vor Missbräuchen der Gentechnologie in Art. 120 Abs. 1 BV die Funktion, Zulässiges von Unzulässigem zu scheiden.[5297] Zur Umsetzung kann der Gesetzgeber Verbote erlassen, was er in den Art. 6 ff. GTG auch getan hat. Ein Widerspruch zum verfassungsrechtlich für das Recht der Gentechnologie vorgegebenen Missbrauchsprinzip besteht nicht. Verbote sind ein Instrument, um Missbräuche zu unterbinden.[5298] 35

In **teleologischer Hinsicht** ist von fundamentaler Bedeutung, dass in der neuen Bundesverfassung der Zusatz entfallen ist, dass nötigenfalls von der Handels- und Gewerbefreiheit abgewichen werden könne (s. bereits oben N. 18 ff.). Die Wirtschaftsfreiheit bedarf des Schutzes vor Selbstaufhebung: Nicht mehr das Kartellrecht, sondern die Kartelle werden als Problem identifiziert. Die positive Grundeinstellung zu den Kartellen wird durch die Anerkennung der immanenten Schranken der Wirtschaftsfreiheit abgelöst. Der Gesetzgeber wird neu zum Erlass kartellrechtlicher Vorschriften und damit zum Schutz wirksamen Wettbewerbs verpflichtet. Er ist «aufgefordert, allen privatrechtlichen Machtanmassungen entgegenzutreten».[5299] Auch die Zielsetzung des Kartellartikels spricht also gegen eine Einzwängung des Gesetzgebers in ein Prinzipienkorsett und erst recht gegen eine Verpflichtung auf die kartellfreundliche Missbrauchsdoktrin. 36

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass der Kartellartikel der Bundesverfassung dem Gesetzgeber einen weiten Spielraum einräumt: Art. 96 37

5297 Errass (2006), S. 46 ff.
5298 Heinemann, ZSR 2016 I, 442.
5299 So die treffende Formulierung von DIKE-Kley, Vor Art. 1 KG N. 57.

Abs. 1 BV ist eine **Zielnorm**, die dem Gesetzgeber das Ziel vorgibt, Schäden durch Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen abzuwenden, ihm aber grosse Freiheit bei der Wahl der Mittel belässt.[5300] Eine Festlegung auf das Missbrauchsprinzip findet nicht statt.[5301] Lediglich ein generelles Kartellverbot mit Erlaubnisvorbehalt ist durch die Vorgaben des Kartellartikels ausgeschlossen.[5302] Es wäre also nicht verfassungskonform, ein Anmelde- und Genehmigungssystem einzuführen, wie es in der damaligen Europäischen Gemeinschaft bis 2004 galt.[5303] Dies ändert aber nichts am hohen Stellenwert des Wettbewerbs, den der Bundesgesetzgeber zu schützen hat. Die Annahme einer wie auch immer begrenzten «Kartellfreiheit» ist deshalb abzulehnen. Vielmehr ist dem Gesetzgeber aufgetragen, «sich schützend vor das Gut "Wettbewerb" zu stellen».[5304]

38 Dementsprechend finden Argumente vor Gericht kein Gehör, die allgemein mit dem Missbrauchsprinzip argumentieren. Bundesgericht und Bundesverwaltungsgericht haben zwar noch nicht die Geltung des Verbotsprinzips ausdrücklich anerkannt. Die beiden Gerichte weisen aber Parteivorbringen, das sich auf das Missbrauchsprinzip bezieht, als **irrelevant** zurück.[5305]

5300 Botschaft 1994, S. 501; DIKE-Moeckli, Art. 1 KG N. 25; CR-Tercier/Martenet, Droit de la concurrence – Introduction générale N. 66. Das Verständnis des Kartellartikels als Zielbeschreibung, die sich über die Mittel der Kartellpolitik ausschweigt, findet sich bereits bei Rhinow, Art. 31bis BV N. 113, 208 ff.

5301 So bereits zum alten Kartellartikel Rhinow, Art. 31bis BV N. 215 f.

5302 BGE 135 II 60 E. 3.1.1; näher zu den Spielräumen Biaggini, Art. 96 BV N. 6; Rhinow/Biaggini (1995), S. 101 ff.

5303 Bis 2004 mussten Unternehmen, die an einer wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung beteiligt waren, eine Ausnahme auf Grundlage der Effizienzrechtfertigung bei der Europäischen Kommission beantragen. Seit der am 1. Mai 2004 in Kraft getretenen VO 1/2003 (Verordnung (EG) 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl 2003 L 1/1) gilt hingegen das System der Legalausnahme: Die Unternehmen müssen in eigener Verantwortung prüfen, ob die Voraussetzungen einer Einzelfreistellung vorliegen. Einer Genehmigung durch die Europäische Kommission bedarf es nicht mehr.

5304 Rhinow/Biaggini (1995), S. 127.

5305 S. z.B. BGE 134 III 438 E. 5.3.4; BVGer, RPW 2016/3, 831, E. 7.2.1: «Zu beachten ist zudem, dass die typologische Unterscheidung zwischen schweizerischer „Missbrauchs-“ und europäischer „Verbotsgesetzgebung“ spätestens mit Einführung direkter Sanktionen in der Schweiz sowie dem Wechsel von einem Verbot mit Erlaubnisvorbehalt zu einem Verbot mit Legalausnahme in der Europäischen Union konzeptionell überholt sein dürfte».

D. Fazit

Das Missbrauchsprinzip im Kartellrecht bedeutet, dass Kartelle als **gute Ordnungsform der Wirtschaft** anerkannt werden, und dass man deshalb nur gegen Missbräuche der Kartellbildung vorgehen soll und darf. Nach einem Teil der Lehre soll das Missbrauchsprinzip bis zum heutigen Tag dem Kartellgesetzgeber verfassungsrechtlich vorgegeben sein. Die methodengerechte Auslegung des Kartellartikels der Bundesverfassung ergibt ein anderes Bild: Schon Art. 31bis Abs. 3 lit. d aBV, der Kartellartikel der alten Bundesverfassung, war in dieser Hinsicht offen formuliert. Bei aller Sympathie in der damaligen Zeit für das Kartellwesen sollte die konkrete Ausgestaltung zukünftiger Kartellgesetze nicht vorweggenommen werden. Spätestens mit Art. 96 Abs. 1 BV, also dem neuen Kartellartikel, findet keine Festlegung mehr auf das Missbrauchsprinzip statt. Der Kartellgesetzgeber ist in der Ausgestaltung weitgehend frei, wenn man von der Einführung eines Anmelde- und Genehmigungssystems absieht (s.o. N. 37). 39

IV. KOMMENTAR I.E.S.

A. «erlässt»

Die Kompetenzartikel der Bundesverfassung sind häufig so formuliert, dass eine bestimmte Materie «Sache des Bundes» ist (z.B. Zivil- und Zivilprozessrecht gem. Art. 122 Abs. 1 BV, Straf- und Strafprozessrecht gem. Art. 123 Abs. 1 BV). In anderen Zusammenhängen geht die Verfassung einen Schritt weiter und sieht vor, dass der Bund Regeln zu einem bestimmten Thema «erlässt» (s. z.B. Art. 38 Abs. 2, 74 Abs. 1, 80 Abs. 1 und 98 Abs. 1 und 3 BV). Wenn es beispielsweise in Art. 98 Abs. 1 BV heisst, dass der Bund Vorschriften über das Banken- und Börsenwesen «erlässt», bedeutet dies, dass er **zum Erlass von Vorschriften verpflichtet** ist, und die Nicht-Regulierung keine Option ist.[5306] 40

Ebenso verhält es sich bei Art. 96 Abs. 1 BV. Die Vorschrift *verpflichtet* den Bundesgesetzgeber, kartellrechtliche Vorschriften zu erlassen.[5307] Das **Ob** 41

5306 SGK-Hettich, Art. 98 BV N. 14; dies wird auch durch den Vergleich mit Art. 98 Abs. 2 BV deutlich, wonach der Bund Vorschriften über Finanzdienstleistungen in anderen Bereichen erlassen «kann», also nicht muss. Eine Pflicht kann sich aber auch hier durch eine «Zusammenschau mit anderen Verfassungsnormen» ergeben, s. Biaggini, Art. 98 BV N. 11.

einer Kartellgesetzgebung steht also nicht mehr zu seiner Disposition; ein «laissez faire» in der Wettbewerbspolitik ist folglich ausgeschlossen.[5308] Dahinter steckt die Einsicht, dass Wettbewerb sich nicht von selbst erhält, sondern von Selbstauflösung durch Kartelle und Monopolbildung bedroht ist (s. bereits oben N. 19 f.).[5309] Den Staat trifft deshalb eine Verantwortung dafür, das Wettbewerbssystem aufrechtzuerhalten.[5310]

B. «Vorschriften»

42 Art. 96 Abs. 1 KG verpflichtet den Bundesgesetzgeber zum Erlass kartellrechtlicher «Vorschriften», wobei er **in der Gesetzgebungstechnik frei** bleibt. Die tatsächlich gewählte Lösung, nämlich ein separates Kartellgesetz, ist verfassungsrechtlich nicht vorgegeben. Es wäre verfassungskonform, das Kartellrecht in ein marktumfassendes Gesetz zu integrieren, wie es Frankreich mit dem Code de commerce gemacht hat. Man könnte sich auch ein Gesetz vorstellen, das Kartellrecht i.e.S. und Preisüberwachungsrecht unter einem Dach vereint, so lange im integrierten Kartell- und Preisüberwachungsgesetz ein spezifisches preisüberwachendes Instrumentarium und die Institution des Preisüberwachers/der Preisüberwacherin vorgesehen sind.[5311] Es wäre ebenfalls denkbar, Kartellrecht und Recht gegen den unlauteren Wettbewerb in einem Gesetz zusammenzuführen, wie es manche mittel- und osteuropäischen Länder beim Übergang zur Marktwirtschaft gemacht haben. Die Verfassung eröffnet dem Gesetzgeber in solchen Fragen der Gesetzgebungstechnik einen weiten Spielraum.

43 Der Formulierungsunterschied zwischen Art. 96 Abs. 1 («erlässt Vorschriften») und Abs. 2 («trifft Massnahmen») ist lediglich terminologischer Natur. Damit

---

5307 Botschaft 1996 (BV), S. 301. Anders noch Art. 31bis Abs. 3 aBV: «befugt»; der Gesetzgeber hatte sich damals dann auch 15 Jahre Zeit genommen, um 1962 das erste Kartellgesetz zu erlassen. Zum verpflichtenden Charakter der Vorschrift s. SGK-Jacobs, Art. 96 BV N. 12; CR-Tercier/Martenet, Droit de la concurrence – Introduction générale N. 53.

5308 Vgl. CR-Martenet, Art. 96 Cst. N. 12, 20. Etwas anderes folgt auch nicht daraus, dass Art. 96 BV lediglich eine konkurrierende Zuständigkeit des Bundes vorsieht (s.o. N. 3). Der durch Art. 96 Abs. 1 BV erteilte Auftrag verwehrt dem Bund das Argument, die Kantone sollen die angemessenen Wettbewerbsregeln setzen, s. CR-Martenet, Art. 96 Cst. N. 20 und 47 (mit Bezug auf das Recht gegen den unlauteren Wettbewerb).

5309 So stellte bereits Adam Smith fest: «People of the same trade seldom meet together, even for merriment and diversion, but the conversation ends in a conspiracy against the public, or in some contrivance to raise prices» (Smith, S. 152).

wird nicht etwa zum Ausdruck gebracht, dass der Bund auf dem Gebiet des Kartellrechts (Abs. 1) nur legislatorisch, nicht aber administrativ tätig werden könne. So hat der Gesetzgeber auch die exekutiven Bestimmungen zur Durchsetzung des Kartellrechts durch Bundesbehörden zu Recht auf Art. 96 Abs. 1 BV gestützt.[5312]

C. «Schädliche Auswirkungen»

Der Bund hat gem. Art. 96 Abs. 1 BV Vorschriften gegen die volkswirtschaftlich oder sozial «schädlichen Auswirkungen» von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu erlassen. Während die Botschaft zur Vorgängervorschrift noch darauf hingewiesen hatte, «dass es sich nicht etwa um eine Verhinderung oder Bekämpfung des Kartellwesens an sich handeln kann, sondern lediglich um eine Kontrolle der Kartelle, insbesondere um die Einführung einer gewissen Publizitätspflicht und um die Bekämpfung vorkommender Missbräuche und Auswüchse»,[5313] ist die **Stossrichtung des neuen Kartellartikels** eine andere: «Zu den Mitteln der Kartellpolitik äussert sich Absatz 1 nicht. Der Gestaltungsspielraum des Kartellgesetzgebers ist beträchtlich; unter Umständen kann er auch partiell das Mittel des Kartellverbotes einsetzen».[5314] Er darf nur nicht «Wettbewerbsabreden schon als solche generell» untersagen.[5315] 44

Auch wenn die Formulierung der «schädlichen Auswirkungen» auf die alte Bundesverfassung zurückgeht, hat sich **der Sinn im Kontext der neuen** 45

5311 So auch OK-Kaiser, Art. 96 Abs. 2 lit. a BV N. 7 und N. 26; Richli (2007), Rn. 761. Anders die wohl h.M., s. z.B. Biaggini, Art. 96 BV N. 11; SGK-Jacobs, Art. 96 BV N. 48; CR-Martenet, Art. 96 Cst. N. 32; BSK-Uhlmann, Art. 96 BV N. 26: Eine Integration der Preisüberwachung in die Wettbewerbskommission sei verfassungsrechtlich zulässig. Auch wenn die Botschaft zur neuen Bundesverfassung die Institution des Preisüberwachers/der Preisüberwacherin nicht ausdrücklich erwähnt (die Rede ist aber immerhin davon, «ein bestimmtes preispolitisches Instrument, die Preisüberwachung, einzusetzen», Botschaft 1996 (BV), S. 301), sollte auch die Botschaft zur (am 28.11.1982 von Volk und Ständen angenommenen) Volksinitiative «zur Verhinderung missbräuchlicher Preise» herangezogen werden: Diese hielt fest, dass die Initiative auch auf die Einrichtung eines selbständigen Preisüberwachers abziele, s. Botschaft 1981, S. 362 f.

5310 Vgl. Biaggini, Art. 96 BV N. 2; BSK-Uhlmann, Art. 96 BV N. 13.

5312 Vgl. CR-Martenet, Art. 96 Cst. N. 9 f., 18.

5313 Botschaft 1937, S. 889.

5314 Botschaft 1996 (BV), S. 301.

5315 Ibid.

Bundesverfassung ins Gegenteil verwandelt: Während ursprünglich die Kartelle akzeptiert wurden und sogar von «Kartellfreiheit» die Rede war, geht es nun um die Unterbindung der Kartelle und anderer Wettbewerbsbeschränkungen (s.o. N. 36 f.). Das Kartellgesetz von 1995 hat den wenige Jahre später eintretenden Verfassungswandel antizipiert, indem die Rede von den schädlichen Auswirkungen in Art. 1 KG in einen wettbewerbsfreundlichen Zusammenhang gestellt wurde: Das Ziel des Kartellrechts besteht nach dem Zweckartikel des Kartellgesetzes darin, «den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern». Mit der freiheitlichen Ordnung ist nicht die «Kartellfreiheit», sondern eine umfassende Wettbewerbsfreiheit gemeint. Dieses Verständnis wurde in der Verfassungsrechtslehre bereits für den alten Kartellartikel entwickelt, ist aber spätestens mit dem neuen Kartellartikel geltendes Verfassungsrecht.[5316] Kartelle und der Missbrauch von Monopolmacht sind grundsätzlich unzulässig, weil sie schädliche Wirkungen hervorbringen.[5317] Dabei darf es sich nicht um beliebig geringfügige Wirkungen handeln.[5318] In Übereinstimmung hiermit verlangt das Gesetz deshalb im Zusammenhang mit Wettbewerbsabreden zumindest eine «erhebliche» Beeinträchtigung des Wettbewerbs (Art. 5 Abs. 1 KG). Für die Zusammenschlusskontrolle gilt ein besonderes Eingriffskriterium (Art. 10 Abs. 2 KG).[5319] Für den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung ist hingegen keine besondere Qualifikation erforderlich, da der Wettbewerb in solchen Fällen gerade wegen der marktbeherrschenden Stellung bereits geschwächt ist und die betroffenen Märkte deshalb gegen jegliche weitere Beeinträchtigung zu schützen sind.[5320]

46 Einige Stimmen in der Literatur gehen hierüber hinaus, indem sie der Vorgabe in Art. 96 Abs. 1 BV entnehmen, dass der Gesetzgeber nur ein Verhalten untersagen könne, bei dem **im Einzelfall schädliche Auswirkungen** nachgewiesen wurden.[5321] Die Verfassung verpflichte Gesetzgeber und Rechtsanwender auf einen «effects-based approach».[5322] Der Verfassung wird

5316 Vgl. CR-Martenet, Art. 96 Cst. N. 1: «contexte constitutionnel favorable à la concurrence».

5317 Vgl. DIKE-Kley, Vor Art. 1 KG N. 54 ff.

5318 Rhinow/Biaggini (1995), S. 101; Rhinow/Gurovits (2001), S. 601; OFK-Borer, Art. 1 KG N. 13 f.; DIKE-Moeckli, Art. 1 KG N. 24; BSK-Uhlmann, Art. 96 BV N. 12.

5319 Nach geltendem Recht ist dies der qualifizierte Marktbeherrschungstest, der im Rahmen der hängigen KG-Revision durch den SIEC-Test abgelöst werden könnte, s. Botschaft 2023, N. 4.1.1.

5320 DIKE-Stäuble/Schraner, Art. 7 KG N. 82 ff.; a.A. David/Jacobs (2012), Rn. 718, 721.

also eine Vorgabe zur Lösung von Einzelfällen durch Gesetzgeber und Rechtsanwendungsinstanzen entnommen bzw. zugeschrieben.[5323]

Diese Sichtweise verkennt die Funktion des Kartellartikels als verfassungsrechtliche Kompetenznorm.[5324] Ausweislich der Materialien wird dem Gesetzgeber ein **weiter Spielraum zuerkannt**, der die Möglichkeit von Verboten einschliesst (s.o. N. 34). Der «effects-based-approach» ist ein Ansatz, der in den USA von den Vertretern der *Chicago School* entwickelt und ab den 1970er Jahren verbreitet wurde. Dem schweizerischen Verfassungsgeber, sowohl dem der neuen Wirtschaftsartikel von 1947 (also als es noch gar keine *Chicago School* gab!) als auch dem der Bundesverfassung 2000 lag es fern, eine konkrete wettbewerbspolitische Theorie in der Bundesverfassung zu verankern.[5325] Im Übrigen lag die Hauptstossrichtung der *Chicago School* darin, mehr ökonomische Analyse im Hinblick auf vertikale Wettbewerbsabreden, einseitige Verhaltensweisen und die Fusionskontrolle anzuwenden.[5326] Das *per se*-Verbot für klassische Kartelle im US-amerikanischen Antitrust-Recht blieb hierdurch unberührt und wird weiterhin konsequent durchgesetzt.[5327] Es ist also nicht statthaft, aus dem 47

5321 S. z.B. BSK-Birkhäuser, Art. 1 KG N. 30 und 39; BSK-Reinert, Art. 4 Abs. 1 KG N. 39, 483, 530 sowie 549 (unter Verkennung des Unterschieds zwischen bezweckter und bewirkter Wettbewerbsbeschränkung, so zu Recht Künzler, S. 333); zur irrigen Anrufung des Missbrauchsprinzip in diesem Zusammenhang s. bereits oben N. 29 f.

5322 SGK-Jacobs, Art. 96 BV N. 17, 28 (wobei nicht zu hohe Anforderungen an den Nachweis der Schädlichkeit gestellt werden dürften, ibid. N. 19); BSK-Birkhäuser, Art. 1 KG N. 39, 55 ff. Fragend BSK-Uhlmann, Art. 96 BV N. 5. S. aber auch BSK-Amstutz/Carron, Art. 7 KG N. 133 ff.: Die Autoren stimmen zwar im Grundsatz der Auffassung zu, dass das KG auf einem «effects-based approach» fusse, äussern aber Zweifel, ob dies direkt aus dem Kartellartikel der Bundesverfassung abgeleitet werden könne (ibid., N. 136).

5323 S. SGK-Jacobs, Art. 96 BV N. 28 f.

5324 Gegen eine aus der Verfassung abzuleitende Wirkungsprüfung z.B. Baldi, AJP 2016, 316, 322; Baudenbacher Laura, Jusletter 30. Mai 2022, Rn. 40; DIKE-Moeckli, Art. 1 KG N. 33.

5325 Vgl. Rhinow/Biaggini (1995), S. 107 («Der Gesetzgeber wird durch den Kartellartikel nicht auf ein bestimmtes wettbewerbstheoretisches Konzept verpflichtet»); Biaggini, Art. 96 BV N. 3; OFK-Borer, Art. 1 KG N. 15 ff.; BSK-Uhlmann, Art. 96 BV N. 5 («Die Bundesverfassung bekennt sich nicht zu einer bestimmten ökonomischen Schule.»).

5326 Vgl. Botschaft 1994, S. 509.

5327 Sullivan/Grimes/Sagers (2016), S. 235 (trotz der Bedeutungszunahme der *truncated rule of reason*). Selbst Hauptvertreter der *Chicago School* haben unter Hinweis auf die Unmöglichkeit eines solchen Unterfangens niemals eine umfassende Wirkungsprüfung verlangt, s. z.B. Bork (1993), S. 117.

Kartellartikel mit dem Begriff des «effects-based approach» eine Bedeutung herauszulesen, die dem Verfassungsgeber fremd war.

48 Für eine zurückhaltende Auslegung spricht auch die Grundsatzdiskussion über die **Ziele des Kartellrechts**. Zu unterscheiden ist hier zwischen utilitaristischen Ansätzen, die das Ziel der Effizienz in den Mittelpunkt stellen, und deontologischen oder systemischen Konzeptionen, bei denen der Wettbewerb an sich geschützt wird («Theorie der Wettbewerbsfreiheit»).[5328] Der «effects-based approach» ist ein effizienzorientierter Ansatz, der den utilitaristischen Zielbeschreibungen zuzuordnen ist und der seit den 1990er Jahren unter dem Schlagwort des «more economic approach» von der Europäischen Kommission vorangetrieben (aber nicht verabsolutiert) worden ist.[5329] Auch Jahrzehnte später ist unklar, in welchem Ausmass das Effizienzkriterium in den kartellrechtlichen Tatbeständen zu rezipieren ist. Selbst führende Vertreter der *Chicago School* waren der Ansicht, dass eine Übertreibung des Effizienzkriteriums zu vermeiden ist.[5330] Vieles spricht dafür, dass eine Synthese zwischen den Grundsatzpositionen möglich und empfehlenswert ist.[5331] Es liegt völlig fern, dass der Verfassungsgeber den wettbewerbspolitischen Grundsatzstreit lösen und den Kartellgesetzgeber auf eine bestimmte Denkschule verpflichten wollte.[5332] Auch aus der Diskussion über die Ziele des Kartellrechts lässt sich also ableiten, dass die Verfassung keine allgemeine Verpflichtung auf einen «effects-based approach» vorgibt.

49 Der Schlüssel für die richtige Auslegung des Begriffs der «schädlichen Auswirkungen» findet sich in der Botschaft zum Kartellgesetz von 1995:

5328 S. eingehend die Untersuchungen von Künzler (2008) und Meier (2021), S. 101 ff.

5329 S. die Beiträge in Zimmer (2012). So hat der *more economic approach* nichts an der primärrechtlich vorgegebenen Unterscheidung in Art. 101 Abs. 1 AEUV von bezweckten und bewirkten Wettbewerbsbeschränkungen geändert; eingehend zur Sichtweise form- und wirkungsbasierter Ansätze nicht als Gegensatz, sondern als Kontinuum s. Heinemann/Picht (2025), S. 159 Rn. 6 ff.

5330 Posner (2001), S. 29: «Efficiency is the ultimate goal of antitrust, but competition a mediate goal that will often be close enough to the ultimate goal to allow the courts to look no further».

5331 S. den Vorschlag bei Heinemann, ZSR 2016 I, 436 ff.

5332 Ganz im Gegenteil hegt die Botschaft zum Kartellgesetz Sympathie für eine synkretistische Sicht der verschiedenen Wettbewerbsschulen, s. Botschaft 1994, S. 504 ff., insbesondere S. 511: «Dabei hat sich einmal mehr gezeigt, dass sich unterschiedliche wettbewerbstheoretische Denkschulen durchaus kombinieren lassen und sich der Gesetzgeber auf keine bestimmte Doktrin festlegen muss».

Hiernach stellt der Kartellartikel der Bundesverfassung klar, dass die Wettbewerbsgesetzgebung **nicht beliebige Zwecke verfolgen darf**, sondern vor den negativen Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen schützen soll.[5333] Die nach den Kartellgesetzen von 1962 und 1985 geltende Saldotheorie, die nicht-wettbewerbliche Zielsetzungen des öffentlichen Interesses anerkannte,[5334] wird hiermit ausgeschlossen. Im Übrigen bringt die Rede von den schädlichen Wirkungen eine Selbstverständlichkeit zum Ausdruck: Der Gesetzgeber sieht sich bei der Formulierung kartellrechtlicher Tatbestände vor die Aufgabe gestellt, zwischen schädlichen und unschädlichen Wettbewerbsbeschränkungen zu unterscheiden.[5335] Diese Aufgabe ist so selbstverständlich, dass der Kartellartikel «nachgerade unnötigerweise»[5336] die schädlichen Auswirkungen erwähnt.

Es ist die Aufgabe des einfachen Gesetzgebers, den Auftrag des Kartellartikels auszuführen. International ist es üblich, dass die kartellrechtlichen Tatbestände eine **Mischung von formbasierten und wirkungsbezogenen Faktoren** vorsehen.[5337] Dahinter steht die Erfahrung, dass besonders wettbewerbsfeindliche Verhaltensweisen existieren, bei deren Vorliegen eine nähere Wirkungsanalyse unverhältnismässig wäre.[5338] Die Lösung des schweizerischen Kartellgesetzgebers, nämlich ein System von allgemeinen Tatbeständen, Vermutungen und Anwendungsbeispielen, schreibt sich in diese Entwicklung ein. Dies ist mit den Vorgaben des Kartellartikels der Bundesverfassung vereinbar.[5339] Es ist die Gegenansicht, die verfassungsrechtlich bedenklich ist: Die Forderung, eine umfassende Wirkungsanalyse in jedem Einzelfall vorzunehmen, setzt sich über die Einsicht hinweg, dass besonders gefährliche Verhaltensweisen existieren, bei deren Vorliegen eine nähere Wirkungsanalyse entbehrlich ist. Die Bindung

50

5333 Botschaft 1994, S. 501.

5334 Hierzu z.B. Botschaft 1994, S. 477 f.

5335 Stoffel (2003), S. 686, spricht denn auch zu Recht von einer «Leerformel». Die Formulierung unterscheidet damit auch nicht das schweizerische Kartellrecht von verwandten Kartellrechtsordnungen im Ausland: Überall dort, wo das Kartellrecht auf den Schutz wirksamen Wettbewerbs ausgerichtet ist, sollen Schäden verhindert werden, die von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen ausgehen.

5336 DIKE-Kley, Vor Art. 1 KG N. 57.

5337 S. den rechtsvergleichenden Überblick bei DIKE-Heinemann, Nach Art. 1 KG N. 6 ff.

5338 Zur Relevanz der Kosten der Kartellrechtsanwendung s. BSK-Amstutz/Carron, Art. 7 KG N. 137 ff.

kartellbehördlicher Ressourcen für eine Wirkungsprüfung in solchen Fällen reduziert das Potential zur Verfolgung anderer Wettbewerbsbeschränkungen. Die Verabsolutierung der Wirkungsanalyse torpediert damit die von Art. 96 Abs. 1 BV gemachte Vorgabe, effektive Instrumente zum Schutz des Wettbewerbs zur Verfügung zu stellen und hierdurch eine **«funktionierende Wettbewerbsordnung»**[5340] zu gewährleisten.

51 Zusammenfassend ergibt sich, dass die Zielnorm des Art. 96 Abs. 1 BV nicht zur Vornahme einer Prüfung schädlicher Auswirkungen in jedem Einzelfall verpflichtet, sondern dem Gesetzgeber den Auftrag erteilt, kartellrechtliche Vorschriften zu erlassen, die einen **wirksamen Schutz des Wettbewerbs** garantieren, um hierdurch Schaden von Wirtschaft und Gesellschaft abzuwenden. Der Gesetzgeber hat einen grossen Spielraum bei der Wahl oder Kombination form- und wirkungsbasierter Elemente und kann auch partielle Verbote vorsehen. Ein generelles Kartellverbot mit Erlaubnisvorbehalt (s.o. N. 37), das freilich niemand einführen möchte, wird durch den Kartellartikel allerdings ausgeschlossen.

D. «volkswirtschaftlich oder sozial» schädlich

52 Die Diskussion um die schädlichen Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen wird in aller Regel in ökonomischer Hinsicht geführt. Dabei geht vergessen, dass der Kartellartikel alternativ auf **«sozial schädliche Auswirkungen»** abstellt.[5341] In den früheren Kartellgesetzen

5339 Nach Rhinow/Biaggini (1995), S. 108 f., ist es «dem Gesetzgeber aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht verwehrt [...], sich des *Handlungsinstruments des Verbots* zu bedienen und bestimmte kartellistische Verhaltensweisen, deren Schädlichkeit anerkannt ist, in genereller Weise zu untersagen» (Hervorhebung im Original); zweifelnd an der Verfassungsmässigkeit einer Kombination verschärfender Elemente in Gegenwart und Zukunft (wie z.B. selektiver Per-se-Verbote, Regeln zur Beweislastverteilung, Bussenhöhe) BSK-Uhlmann, Art. 96 BV N. 11. Was die aktuelle Rechtslage betrifft, ist festzuhalten, dass die grundsätzliche Erheblichkeit von Vermutungstatbeständen i.S. der Gaba-Rechtsprechung (BGE 143 II 297) nicht als Per-se-Verbot zu qualifizieren ist, da der Grundsatz der Erheblichkeit ja Ausnahmen erlaubt, s. Heinemann ZSR 2023 I, 43, 57; Diebold/Rütsche (2023), § 3 Rn. 110. Auch können aus der Verfassung nicht Vorgaben für Einzelteile der kartellrechtlichen Vorschriften abgeleitet werden; alle Einzelteile in ihrem Zusammenspiel müssen vielmehr den Anforderungen von Art. 96 BV gerecht werden, s. BGE 143 II 297 E. 5.1.5.

5340 Botschaft 1994, S. 500 (Hervorhebung hinzugefügt).

5341 Skeptisch gegenüber einer Abgrenzung von volkswirtschaftlicher und sozialer Schädlichkeit OFK-Borer, Art. 1 KG N. 13.

spielten soziale Aspekte eine grosse Rolle, da nach der damals geltenden Saldotheorie soziale Aspekte in einen umfassenden *bilan économique et social* einzustellen und mit volkswirtschaftlichen Belangen und Wettbewerbsaspekten abzuwägen waren. So nannte Art. 29 KG 1985, in dem die Saldotheorie positivrechtlich verankert worden war, die Auswirkungen auf die Landesteile und die Interessen der betroffenen Arbeitnehmer und Konsumenten als abwägungspflichtige Rechtsgüter. Mit der Abschaffung der Saldotheorie wurden die sozialen Aspekte aus dem ordentlichen Kartellverfahren entfernt, so dass sie nur noch im Zusammenhang mit dem Verfahren der ausnahmsweisen Zulassung durch den Bundesrat genannt werden.[5342]

Eine solche Bedeutungsverengung wird der allgemeinen Vorgabe in Art. 96 Abs. 1 BV nicht gerecht.[5343] Das Kriterium der sozialen Schädlichkeit gilt allgemein für das Wettbewerbsrecht. Es unterstreicht die über die wirtschaftlichen Funktionen hinausgehende **gesellschaftspolitische Funktion des Kartellrechts**: Dieses soll die Bündelung und die Konzentration wirtschaftlicher Macht in den Händen einzelner verhindern, da Kartelle und Monopole sowie ihre Vertreter erfahrungsgemäss auch grossen Einfluss auf die politische Willensbildung nehmen.[5344] Die Unterbindung von wettbewerbsbeschränkenden Abreden, Marktmachtmissbräuchen und wettbewerbsbeschränkenden Zusammenschlüssen hat also auch eine gesellschaftliche Dimension. 53

Insbesondere schafft bereits die Vereinbarung und nicht erst die Umsetzung von Kartellvereinbarungen eine **kartellfreundliche Atmosphäre**, die Gift für die Wettbewerbswirtschaft ist.[5345] So hat das Bundesgericht in verfassungskonformer Auslegung (nämlich unter Heranziehung von Art. 96 BV) entschieden: «Mit Vereinbarungen und nicht erst mit der Praktizierung der Abredetypen nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG wird ein Klima der Wettbewerbsfeindlichkeit geschaffen, das "volkswirtschaftlich oder sozial 54

5342 Art. 8 und 11 KG erlauben die Zulassung von Wettbewerbsabreden, Marktbeherrschungsmissbräuchen und Zusammenschlüssen aus überwiegenden öffentlichen Interessen, wozu gerade auch soziale Schutzgüter gehören.

5343 Vgl. Heizmann (2005), Rn. 87; DIKE-Moeckli, Art. 1 KG N. 24: Aus dem Adjektiv «sozial» folge, «dass die Schädlichkeit nicht auf ökonomische oder gar monetär messbare Effekte reduziert werden darf».

5344 Vgl. Heizmann (2005), Rn. 87; Zäch/Heizmann (2023), Rn. 41.

5345 Heinemann (2016), Erheblichkeit, S. 24.

schädlich" für das Funktionieren des normalen Wettbewerbs ist».[5346] Es ist also auch der potentielle Wettbewerb zu schützen.[5347]

55 Letztlich stellt der Verweis auf die sozialen Schäden der Kartellbildung eine Verbindung zwischen kartellfreier Marktwirtschaft und direkter Demokratie her: Die Entscheidungen sollen dezentral getroffen werden, in der Wirtschaft durch die einzelnen Akteure auf Ebene der Märkte, in der politischen Sphäre in letzter Instanz durch die Bürgerinnen und Bürger.[5348] Die soziale Dimension des Kartellrechts stellt also eine Verbindung zu grundlegenden Staatsprinzipien her und unterstreicht, wie wichtig der Auftrag in Art. 96 Abs 1 BV an den Gesetzgeber ist, ein wettbewerbsfreundliches Umfeld zu schaffen.

E. «von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen»

56 Im **alten Kartellartikel** war lediglich von «Kartellen und ähnlichen Organisationen» die Rede. Ursprünglich sollte die Gesetzgebung deshalb nur Kartelle im eigentlichen Sinn (d.h. wettbewerbsbeschränkende Abreden zwischen Wettbewerbern, also horizontale Wettbewerbsabreden) und vergleichbare Organisationen erfassen. Nach der Botschaft zu den neuen Wirtschaftsartikeln sollten hierdurch beispielsweise auch die Trusts einbezogen werden.[5349] Im Lauf der Zeit wurde die Vorschrift weiter ausgelegt. Der Gesetzgeber des Kartellgesetzes von 1995 war beispielsweise der Ansicht, dass die Formulierung ganz allgemein Massnahmen «gegen private Wettbewerbsbeschränkungen» erlaube.[5350] Dies schloss Regeln gegen vertikale Wettbewerbsabreden (nämlich solche zwischen Unternehmen auf verschiedenen Marktstufen, z.B. Vertriebsverträge), den Missbrauch von Marktmacht sowie gegen wettbewerbswidrige Zusammenschlüsse ein, also

5346 BGE 143 II 297 E. 5.4.2; bestätigt z.B. in BGE 144 II 194 E. 4.3.2; BGer 2C_785/2022 vom 16.4.2024 E. 5.6.2.2.

5347 CR-Martenet, Art. 96 Cst. N. 28. A.A. BSK-Birkhäuser, Art. 1 KG N. 57; s. auch BSK-Reinert, Art. 4 Abs. 1 KG N. 494: Die Nichtumsetzung einer Kartellvereinbarung spreche, «wenn schon, für das Vorliegen von lebhaftem Wettbewerb und nicht für dessen Fehlen». Der Verfasser übersieht, dass die Gründe für die Nichtumsetzung einer Kartellvereinbarung vielfältig sein können, und seine Deutung berücksichtigt nicht die kritische Bewertung des Kartellwesens durch den neuen Kartellartikel. Haltlos der Vorwurf des «Gesinnungsstrafrecht(s)» (ibid.): Erfasst wird die Kartellvereinbarung, nicht die Kartellgesinnung.

5348 Zu diesen Zusammenhängen s. Heinemann (2013), S. 121 ff.

5349 Botschaft 1937, S. 889.

5350 Botschaft 1994, S. 474.

Wettbewerbsbeschränkungen, die nicht unbedingt auf den ersten Blick unter den Begriff «Kartelle und ähnliche Organisationen» fallen.

Im **neuen Kartellartikel** wurde die organisationsrechtliche Engführung vollends überwunden.[5351] Das Kartellrecht soll sich nicht mehr auf «Kartelle und ähnliche Organisationen» beschränken, sondern allgemein «Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen» regeln. Von dieser Formulierung sind alle Verhaltensweisen umfasst, die üblicherweise unter den Begriff des Kartellrechts gefasst werden, also Regeln über (horizontale und vertikale) Wettbewerbsabreden, den Missbrauch von Marktmacht sowie die Zusammenschlusskontrolle.[5352] Darüber hinaus ist die Formulierung hinreichend weit, um neue Vorgaben aufzunehmen, soweit es um unternehmensbezogene Normen geht, die sich gegen funktionswidrige Beschränkungen des Wettbewerbs richten. Die Vorschrift wäre auch als Grundlage für eine wettbewerbspolitische Preisüberwachung tauglich, wenn hierfür nicht mit Art. 96 Abs. 2 lit. a BV eine eigene Kompetenzgrundlage zur Verfügung stehen würde, die als die speziellere Regel vorgeht.[5353] Dies schliesst nicht aus, dass preisbezogene Wettbewerbsbeschränkungen auch unter das allgemeine Kartellrecht fallen, beispielsweise bei Preiskartellen oder Preishöhenmissbräuchen von Marktbeherrschern. Funktionswidrige Fairnessverstösse sind hingegen Angelegenheit des Rechts gegen den unlauteren Wettbewerb. Hierfür ist Art. 96 Abs. 2 lit. b BV die richtige Kompetenzgrundlage. 57

Das EU-Recht sieht in den Art. 107 ff. AEUV eine **Kontrolle staatlicher Beihilfen** vor, die als vierter Pfeiler des europäischen Wettbewerbsrechts (neben den Vorgaben für wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen, den Missbrauch marktbeherrschender Stellungen und die Zusammenschlusskontrolle) im Kapitel über die «Wettbewerbsregeln» verankert ist. Die Beihilfenkontrolle richtet sich aber nicht an die Unternehmen, sondern an die subventionierenden Mitgliedstaaten bzw. deren Untergliederungen und ist deshalb kein Kartellrecht im eigentlichen Sinn. Wenn der Bundesgesetzgeber eine Subventionskontrolle einführen möchte, wäre Art. 96 Abs. 1 BV deshalb keine geeignete Kompetenzgrundlage.[5354] Für 58

5351 BSK-Uhlmann, Art. 96 BV N. 15; a.A. BSK-Birkhäuser, Art. 1 KG N. 31.

5352 CR-Tercier/Martenet, Droit de la concurrence – Introduction générale N. 55; DIKE-Moeckli, Art. 1 KG N. 36.

5353 Vgl. SGK-Jacobs, Art. 96 BV N. 31; OK-Kaiser, Art. 96 Abs. 2 lit. a BV N. 6, und oben N. 2.

die kantonalen und kommunalen Subventionen kommt aber eine Gesetzgebungskompetenz nach Art. 95 Abs. 2 BV in Betracht; für Bundessubventionen ist eine stillschweigende Bundeskompetenz anzunehmen.[5355]

59 Aus der Pflicht des Bundesgesetzgebers zum Erlass kartellrechtlicher Vorschriften (s.o. N. 40 f.), kombiniert mit der Konjunktion «und» zwischen den «Kartellen» und «anderen Wettbewerbsbeschränkungen» in Art. 96 Abs. 1 BV, folgt, dass der Gesetzgeber Regelungen zu **allen anerkannten Feldern des Kartellrechts** erlassen muss. Er könnte sich also nicht mit Regeln zu den Kartellen begnügen, aber die vertikalen Wettbewerbsabreden auslassen. Ebenso ist er dazu verpflichtet, Vorschriften über einseitiges Unternehmensverhalten und zur Zusammenschlusskontrolle zu erlassen.

60 Schädliche Auswirkungen von «Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen» lassen sich nur dann vermeiden, wenn die kartellrechtlichen Regeln wirksam sind. Sowohl die materiell-rechtlichen Regeln als auch die Vorgaben zu den Institutionen und zu den Verfahren müssen also so ausgestaltet sein, dass die volkswirtschaftlichen und sozialen Schäden von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen vermieden oder aber repariert werden. Was das materielle Recht betrifft, so dürfen die Tatbestände keine überzogenen Anforderungen an die Rechtsanwendungsinstanzen stellen. Bei Institutionen und Verfahren ist zwischen **public** und **private enforcement** zu unterscheiden. Für die öffentlich-rechtliche Durchsetzung müssen ausreichend ausgestattete und mit den nötigen Befugnissen versehene Behörden und Gerichte zur Verfügung stehen, die dem materiellen Recht innert angemessener Frist Geltung verschaffen können. Eine wirksame zivilrechtliche Durchsetzung setzt u.a. voraus, dass keine systemwidrigen Einschränkungen der Aktivlegitimation existieren und dass die Zivilgerichte auf die besonders grossen Beweisschwierigkeiten im Kartellzivilrecht mit Ausschöpfung der Spielräume bei Beweismass und Beweisführung reagieren.[5356] Auch wenn Art. 96 Abs. 1

5354Dumont/Trüten (2023), Rn. 1105.

5355S. CR-Martenet, Art. 96 Cst. N. 26.

5356Der aktuelle Rechtszustand erfüllt diese Voraussetzungen nicht. Es liegt ein einziger Gerichtsentscheid vor, mit dem kartellrechtlicher Schadenersatz zugesprochen wurde, nämlich HGer AG vom 13.2.2003, RPW 2003/2, 451 – Allgemeines Bestattungsinstitut/Kanton Aargau. Zum legislatorischen Verbesserungsbedarf im Kartellzivilrecht s. Botschaft 2023, N. 4.1.2.

BV dem Gesetzgeber einen grossen Spielraum einräumt, muss er sich doch immer daran orientieren, dass die kartellrechtlichen Vorschriften einen **wirksamen Schutz des Wettbewerbs** zu gewährleisten haben. Aus dem Kartellartikel ist also als verbindliche Vorgabe für den Gesetzgeber und die Gesetzesanwender der **Effektivitätsgrundsatz** abzuleiten: Das materielle Recht und das Verfahrensrecht sind so auszugestalten, zu interpretieren und anzuwenden, dass die tatsächliche Durchsetzung des Kartellrechts auf verwaltungs- und privatrechtlichem Weg nicht praktisch unmöglich gemacht oder übermässig erschwert wird.

F. «gegen»

Die zu erlassenden Vorschriften sollen sich «gegen» die volkswirtschaftlich oder sozial schädlichen Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen richten. Der Gesetzgeber hat im Titel des Kartellgesetzes diese Präposition nicht aufgegriffen, sondern die Formulierung «Bundesgesetz *über* Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen»[5357] gewählt. Das Verhältniswort «über» wurde aus den Kartellgesetzen von 1962 und 1985 übernommen, stammen also aus einer Zeit, in der eine positive Grundeinstellung zur Kartellwirtschaft bestand. Das Kartellgesetz von 1995 hat zwar einen grundlegenden Richtungswechsel hin zum Schutz wirksamen Wettbewerbs vollzogen, diese Stossrichtung aber nicht im Titel des Kartellgesetzes zum Ausdruck gebracht. Die schädlichen Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen bekämpft man dadurch, dass man Regeln «gegen» sie ergreift, so wie es der Kartellartikel der Bundesverfassung vorgibt. Der Gesetzgeber ist also aufgerufen, den Titel des Gesetzes in «Bundesgesetz gegen Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen» zu ändern, so wie das UWG ja auch «Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb» heisst.[5358] 61

G. Ausblick

Der Kartellartikel 2000 hat die wettbewerbspolitischen Vorzeichen umgekehrt: Die Kartelle werden nicht mehr als gute Organisationsform anerkannt, sondern als Abweichung von der Wirtschaftsfreiheit und damit als Bedrohung der freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung eingestuft. 62

5357 Hervorhebung hinzugefügt.
5358 Heinemann, ZSR 2023 I, 64 f.

Traditionalistische Kreise bestreiten den Bedeutungswandel und hängen kartellfreundlichen Prinzipien nach, die sie aus Formulierungen in Art. 96 Abs. 1 BV ableiten (nämlich den «schädlichen Auswirkungen»), welche die Bundesverfassung 2000 in der Tat aus der Kartellzeit übernommen hat. Um solche Fehldeutungen von vornherein zu vermeiden, ist es an der Zeit, **Art. 96 Abs. 1 BV zu ändern**. Es empfiehlt sich, die Vorschrift etwa wie folgt zu formulieren: «Die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Kartell- und Wettbewerbsrechts ist Sache des Bundes.»[5359] Es ist dann die Aufgabe des Gesetzgebers, die Regeln so auszugestalten, dass das fundamentale öffentliche Interesse an einer funktionierenden Wettbewerbswirtschaft den angemessenen Stellenwert erhält.

Zum Autor

Prof. Dr. iur. Andreas Heinemann, Diplom-Ökonom, DIAP (ENA, Paris), ist Inhaber eines Lehrstuhls für Handels-, Wirtschafts- und Europarecht an der Universität Zürich und ständiger Gastprofessor an der Universität Lausanne. Sein Forschungsschwerpunkt ist das schweizerische, europäische und internationale Wirtschaftsrecht mit besonderem Interesse am Kartell- und Immaterialgüterrecht. Er ist Mitglied in Vorstand und Leitendem Ausschuss des Europainstituts an der Universität Zürich (EIZ). Von 2011 bis 2022 gehörte er der schweizerischen Wettbewerbskommission an, seit 2018 als ihr Präsident.
Der Verfasser freut sich über Feedback zum vorliegenden Artikel an andreas.heinemann@ius.uzh.ch.

WEITERE EMPFOHLENE LEKTÜRE

Biaggini Giovanni, BV Kommentar, OFK – Orell Füssli Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2017 (zu Art. 96 BV).

Diebold Nicolas/Rütsche Bernhard, Wettbewerbsrecht und Marktregulierung, Band 1: Grundlagen, Zürich 2023.

Gerber David J., Law and Competition in Twentieth Century Europe, Oxford 1998.

5359 So Heinemann (2018), S. 179, auch mit Vorschlag einer Neuformulierung von Absatz 2 der Vorschrift.

Heinemann Andreas, Konzeptionelle Grundlagen des Schweizer und EG-Kartellrechts im Vergleich, in: Weber Rolf H./Heinemann Andreas/Vogt Hans-Ueli (Hrsg.), Methodische und konzeptionelle Grundlagen des Schweizer Kartellrechts im europäischen Kontext, Bern 2009, S. 43–73.

Heinemann Andreas, Artikel 96 Bundesverfassung – Schutz des Wettbewerbs, in: Weerts Sophie u.a. (Hrsg.), Révision imaginaire de la Constitution fédérale – Mélanges en hommage au prof. Luzius Mader, Basel 2018, S. 179–184.

Heinemann Andreas, Fortschritt und Rückschritt im schweizerischen Kartellrecht, ZSR 2023 I, 43–66.

Jacobs Reto, Art. 96 BV, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar, Die schweizerische Bundesverfassung, 4. Aufl., Zürich 2023.

Kley Andreas, Vor Art. 1 KG, in: Zächer Roger/Arnet Ruth/Baldi Marino/Kiener Regina/Schaller Olivier/Schraner Felix/Spühler Adrian (Hrsg.), KG – Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, DIKE-Kommentar, Zürich/St. Gallen 2018.

Martenet Vincent, Art. 96 LCart, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Commentaire Romand, Constitution fédérale, Basel 2021.

Rhinow René, Art. 31bis BV, in: Aubert, Jean-François u.a. (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Basel 1991.

Rhinow René/Biaggini Giovanni, Verfassungsrechtliche Aspekte der Kartellgesetzrevision, in: Zäch Roger/ Zweifel Peter (Hrsg.), Grundfragen der schweizerischen Kartellrechtsreform, St. Gallen 1995, S. 93–144.

Rhinow René/Gurovits András A., Gutachten über die Verfassungsmässigkeit der Einführung von direkten Sanktionen im Kartellgesetz, RPW 2001/3, 592–617.

Schluep Walter R., Entwicklungslinien des schweizerischen Kartellrechts, AJP 1996, 795–810.

Stoffel Walter, Wirtschaftsfreiheit oder Kartellfreiheit? Der Wandel eines Begriffes im Spiegel der schweizerischen Kartellrechtsrevisionen, in: Hänni Peter (Hrsg.), Mensch und Staat, FS Thomas Fleiner, Freiburg 2003, S. 673–688.

Uhlmann Felix, Art. 96 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Bundesverfassung – Basler Kommentar, Basel 2015.

Zäch Roger, Schweizerisches Wettbewerbsrecht wohin?, AJP 1992, 857–866.

LITERATURVERZEICHNIS

Amstutz Marc/Carron Blaise, Art. 7 KG, in: Amstutz Marc/Reinert Mani (Hrsg.), Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2. Aufl., Basel 2021.

Baldi Marino, «Zweimal hü und zweimal hott» beim Schweizer Kartellgericht, AJP 2016, 316–322.

Baldi Marino/Borer Jürg, Das neue schweizerische Kartellgesetz, WuW 1998, 343–356.

Baudenbacher Carl, Swiss Economic Law Facing the Challenges of International and European Law, ZSR 2012 II 419–673.

Baudenbacher Laura Melusine, Vom gemeineuropäischen zum europäischen Rechtsmissbrauchsverbot, Baden-Baden 2016.

Baudenbacher Laura Melusine, Schweizer KG-Reform als europapolitischer Slalomlauf?, Jusletter 30. Mai 2022.

Biaggini Giovanni, BV Kommentar, OFK – Orell Füssli Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2017.

Birkhäuser Nicolas, Art. 1 KG, in: Amstutz Marc/Reinert Mani (Hrsg.), Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2. Aufl., Basel 2021.

Borer, Jürg, Orell Füssli Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2011.

Bork Robert H., The Antitrust Paradox – A Policy at War with Itself, New York 1993.

David Lucas/Jacobs Reto, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, 5. Aufl., Bern 2012.

Dumont, Janine/Trüten, Dirk, Divergierende wirtschaftsverfassungsrechtliche Grundentscheidungen, in: Kellerhals Andreas/Trüten Dirk (Hrsg.), Subventionen in der Schweiz – Implikationen einer Übernahme des EU-Beihilferechts in ausgewählten Sektoren, Zürich 2023, S. 508–516.

Errass Christoph, Öffentliches Recht der Gentechnologie im Ausserhumanbereich, Bern 2006.

Gallmann Robert/Gersbach Andreas, Repetitorium Wettbewerbsrecht, 2. Aufl., Zürich 2017.

Giacometti Zaccaria, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 1949.

Gygi Fritz, Die Schweizerische Wirtschaftsverfassung, ZSR 1970 II 265–389.

Hänni Peter/Stöckli Andreas, Schweizerisches Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bern 2013.

Hangartner Yvo, Revision des Kartellgesetzes: Mühe mit der individuellen Wirtschaftsfreiheit, AJP 2012, S. 439–441.

Heinemann Andreas, Demokratie und Marktwirtschaft – Direkte und indirekte Formen dezentraler Organisation, in: Good Andrea/Platipodis Bettina (Hrsg.), Direkte Demokratie – Herausforderungen zwischen Politik und Recht, Festschrift für Andreas Auer zum 65. Geburtstag, Bern 2013, S. 121–134.

Heinemann Andreas, Die Erheblichkeit bezweckter und bewirkter Wettbewerbsbeschränkungen, in: Hochreutener Inge/Stoffel Walter/Amstutz Marc (Hrsg.), Grundlegende Fragen zum Wettbewerbsrecht – Questions fondamentales en droit de la concurrence, Bern 2016, S. 7–33 (zit. Heinemann (2016), Erheblichkeit).

Heinemann Andreas, Marktwirtschaft und Wettbewerbsordnung: Der Zweck des Kartellrechts, ZSR 2016 I, S.v431–455.

Heinemann Andreas, Wettbewerbsrechtlicher Konsumentenschutz, in: Heiss Helmut / Loacker Leander D. (Hrsg.), Grundfragen des Konsumentenrechts, Zürich/Basel/Genf 2020, S. 295–331.

Heinemann Andreas/Kellerhals Andreas, Wettbewerbsrecht in a nutshell, 3. Aufl., Zürich 2023.

Heinemann Andreas/Picht Peter G., Kartellrechtliche Methoden und wettbewerbspolitische Implikationen – ein Streifzug, in: Altwicker Tilman/Babusiaux Ulrike/Heiss Helmut/Hermstrüwer Yoan/Thier Andreas (Hrsg.), Festgabe aus Anlass des Schweizerischen Juristentags 2025 in Zürich, Zürich 2025, S. 159–184.

Heizmann Reto A., Der Begriff des marktbeherrschenden Unternehmens im Sinne von Art. 4 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 7 KG, Zürich 2005.

Hettich Peter, «Wirksamer Wettbewerb» – Theoretisches Konzept und Praxis, Bern 2003.

Hettich Peter, Art. 98 BV, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar, Die schweizerische Bundesverfassung, 4. Aufl., Zürich 2023.

Hilty Reto M., Art. 1 UWG, in: Hilty Reto M./Arpagaus Reto (Hrsg.), Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Basler Kommentar, Basel 2013.

Kaiser Patricia S., Art. 96 Abs. 2 lit. a BV, in: Schlegel Stefan/Ammann Odile (Hrsg.), Onlinekommentar zur Bundesverfassung, https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/bv96abs2a (besucht am 15.8.2025)

Kobel Pierre, Sanctions du droit des cartels et problèmes de droit administratif pénal, AJP 2004, S. 1150–1162.

Künzler Adrian, Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit?, Tübingen 2008.

Marbach Eugen/Ducrey Patrik/Wild Gregor, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 4. Aufl., Bern 2017.

Martenet Vincent/Heinemann Andreas, Droit de la concurrence, 2. Aufl., Genf 2021.

Meier Martin, Ein «More Realistic Approach»?, Tübingen 2021.

Posner Richard A., Antitrust Law, 2. Aufl., Chicago 2001.

Reinert Mani, Art. 4 Abs. 1 KG, in: Amstutz Marc/Reinert Mani (Hrsg.), Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2. Aufl., Basel 2021.

Reymond Jean-Marc, Art. 6 LCart, in: Martenet Vincent/Bovet Christian/Tercier Pierre (Hrsg.), Commentaire Romand, Droit de la concurrence, 2. Aufl., Basel 2013.

Rhinow René/Schmid Gerhard/Biaggini Giovanni/Uhlmann Felix, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., Basel 2011.

Richli Paul, Grundriss des schweizerischen Wirtschaftsverfassungsrechts, Bern 2007.

Rubin Bernhard, Art. 1 KG, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, Kartellgesetz, Bern 2007.

Schluep Walter R.: in Schürmann Leo/Schluep Walter R., Kommentar zum Kartellgesetz und Preisüberwachungsgesetz, Zürich 1988

Schott Markus, Staat und Wettbewerb – Der Schutz des institutionellen und des wirtschaftlichen Wettbewerbs vor staatlichen Beeinträchtigungen in der Schweiz und in der Europäischen Union, Zürich 2010.

Schürmann Leo, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 3. Aufl., Bern 1994.

Smith Adam, An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations (Erstausgabe von 1776), Washington D.C. 1998.

Stoffel Walter R., Wettbewerbsabreden, in: Ducrey Patrik/Zimmerli Daniel (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht (SIWR), Band V/2: Kartellrecht, 2. Aufl., Basel 2023, S. 69 – 192.

Sturny Monique, Der Einfluss des EU-Rechts auf das schweizerische Kartellrecht – Historische Entwicklung und Analyse, Bern 2014.

Sullivan Lawrence A./Grimes Warren S./Sagers Christopher L., The Law of Antitrust: An Integrated Handbook, 3. Aufl., St. Paul 2016.

Tercier Pierre/Martenet Vincent, Introduction générale, in: Martenet Vincent/Bovet Christian/Tercier Pierre (Hrsg.), Commentaire Romand, Droit de la concurrence, 2. Aufl., Basel 2013.

Thier Andreas, Schweizerische Kartellrechtstradition und «more economic approach», in: Sethe Rolf u.a. (Hrsg.), Kommunikation – Festschrift für Rolf H. Weber, Bern 2011, S. 621–645.

Thouvenin Florent, Funktionale Systematisierung von Wettbewerbsrecht (UWG) und Immaterialgüterrechten, Köln 2007.

Vallender Klaus A., Grundzüge der «neuen» Wirtschaftsverfassung, AJP 1999, S. 677–686.

Vallender Klaus A./Hettich Peter, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), Vorbemerkungen zur Wirtschaftsverfassung (vor Art. 94 BV), St. Galler Kommentar, Die schweizerische Bundesverfassung, 4. Aufl., Zürich 2023.

Weber Rolf H./Volz Stephanie, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht, 2. Aufl., Zürich 2023.

Winistörfer Marc M., Die Wirtschaftsfreiheit als Grundlage der Wirtschaftsverfassung – Grundrecht und Grundsatz im Lichte der Verfassungsdogmatik und der ökonomischen Theorie, Zürich 2021.

Zäch Roger, Schweizerisches Wettbewerbsrecht wohin?, AJP 1992, S. 857–866.

Zäch Roger/Heizmann Reto, Schweizerisches Kartellrecht, 3. Aufl., Bern 2023.

Zimmer Daniel (Hrsg.), The Goals of Competition Law, Cheltenham 2012.

MATERIALIENVERZEICHNIS

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über eine Partialrevision der Wirtschaftsartikel der Bundesverfassung vom 10.9.1937, BBl 1937 II 833 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1937/2_833_829_719/de, besucht am 15.8.2025.

Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung über das Volksbegehren gegen den Missbrauch wirtschaftlicher Macht vom 8.2.1957, BBl 1955 I 347 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1955/1_365__/de, besucht am 15.8.2025.

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über Kartelle und andere Organisationen vom 18.9.1961, BBl 1961 II 553 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1961/2_553_549_1381/de, besucht am 15.8.2025.

Botschaft zur Volksinitiative «zur Verhinderung missbräuchlicher Preise» vom 9.9.1981, BBl 1981 III 342 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1981/3_342_314_295/de, besucht am 15.8.2025.

Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23.11.1994, BBl 1995 I 468 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1995/1_468_472_389/de, besucht am 15.8.2025.

Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20.11.1996, BBl 1997 I 1 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1997/1_1_1_1/de, besucht am 15.8.2025.

Botschaft zur Teilrevision des Kartellgesetzes vom 24.5.2023, BBl 2023, 1463 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2023/1463/de besucht am 15.8.2025.

Preisbildungskommission, Kartell und Wettbewerb in der Schweiz, 31. Veröffentlichung der Preisbildungskommission des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements, Bern 1957.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 96 Abs. 2 lit. a BV

Eine Kommentierung von Patricia S. Kaiser

ZITIERVORSCHLAG

Patricia S. Kaiser, Kommentierung zu Art. 96 Abs. 2 lit. a BV, in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (Hrsg.), Onlinekommentar zur Bundesverfassung

Kurzzitat: OK-Kaiser, Art. 96 Abs. 2 lit. a BV N. XXX.

Art. 96 Wettbewerbspolitik

[2] Er trifft Massnahmen:

a. zur Verhinderung von Missbräuchen in der Preisbildung durch marktmächtige Unternehmen und Organisationen des privaten und des öffentlichen Rechts

GLIEDERUNG

I. Kontext 1263
Entstehungsgeschichte 1263
A. Erste Preisüberwachungen 1263
B. Volksinitiative «zur Verhinderung missbräuchlicher Preise» 1264
1. Volksinitiative und Gegenentwurf des Bundesrats 1264
2. Erster Verfassungstext 1264
C. Verfassungsrevision und neue BV 1265
II. Kommentar i.e.S. 1266
A. Marktmacht und Missbräuche in der Preisbildung (Preismissbrauch) 1266
1. Terminologie der Marktmacht 1266
a. Verfassungsrechtliche Anhaltspunkte 1266
b. Gesetzliche Anhaltspunkte 1266
2. Unterscheidung von Marktmacht und Marktbeherrschung 1268
3. Missbräuche in der Preisbildung (Preismissbrauch) 1269
a. Unbestimmter Rechtsbegriff 1269
b. Preis – Kasuistik 1270
c. Missbrauchsprüfung 1271
d. Tiefe Preise 1271
B. Unternehmen und Organisationen des privaten und des öffentlichen Rechts .. 1272
C. Organisationsform 1272
Weitere empfohlene Lektüre 1275
Literaturverzeichnis 1277

I. KONTEXT

Art. 96 BV bildet die Kompetenzgrundlage für drei unterschiedliche Bundeskompetenzen: Das Kartellrecht (in Abs. 1), das Preisüberwachungsrecht (in Abs. 2 lit. a) und das Recht des unlauteren Wettbewerbs (in Abs. 2 lit. b). Es handelt sich zwar bei allen drei Kompetenzen um wirtschaftsrechtliche Materien, aber dennoch um unterschiedliche Regulierungsbereiche. Vor der Totalrevision der Bundesverfassung waren diese denn auch auf unterschiedliche Artikel verteilt.[5360] Sie werden hier in drei separaten Kommentierungen besprochen.[5361] 1

ENTSTEHUNGSGESCHICHTE

A. Erste Preisüberwachungen

Bereits in der Zwischenkriegszeit, während des Zweiten Weltkrieges und danach kannte die Schweiz eine Preisüberwachung. Diese war **konjunkturpolitisch** ausgestaltet. Der Bundesbeschluss von 1972[5362] sollte der damaligen Konjunkturüberhitzung, die zu einem Nachfrageüberhang führte und damit eine erhebliche Inflation hervorrief, Herr werden.[5363] Ohne ordentliche Verfassungsgrundlage war die Geltungsdauer dieses – folglich extrakonstitutionellen (Art. 89bis Abs. 1 und 3 aBV) – Bundesbeschlusses bis Ende 1975 befristet.[5364] So folgte der nächste Bundesbeschluss[5365], der jedoch eine veränderte Situation zu meistern hatte: Die Wirtschaftslage hatte sich in eine Rezession abgekühlt, wobei weiterhin eine verhältnismässig hohe Inflation in den Griff zu kriegen war.[5366] 2

5360 Zum Ganzen, siehe OK-Heinemann, Art. 96 Abs. 1 BV.

5361 Vgl. OK-Heinemann, Art. 96 Abs. 1 BV; die Kommentierung zu Art. 96 Abs. 2 lit. b ist bei Veröffentlichung dieser Kommentierung noch nicht erschienen.

5362 Bundesbeschluss betreffend Überwachung der Preise, Löhne und Gewinne vom 20.12.1972 (AS 1972 2955, 3059; Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über zusätzliche Massnahmen zur Dämpfung der Überkonjunktur vom 4.12.1972, BBl 1972 II 1541, Bundesbeschluss ab 1570 ff.).

5363 Botschaft, BBl 1972 II 1541, S. 1554 f. und 1570.

5364 Richli, S. 49.

5365 Bundesbeschluss über die Preisüberwachung vom 19.12.1975 (AS 1975 2509, 2552 ff.; Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Bundesbeschluss über die Preisüberwachung vom 29. September 1975, BBl 1975 II 1601 ff.).

B. Volksinitiative «zur Verhinderung missbräuchlicher Preise»

1. Volksinitiative und Gegenentwurf des Bundesrats

3 Beflügelt vom guten Abstimmungsergebnis des Bundesbeschlusses von 1975 in der Volksabstimmung, lancierten die Konsumentenschutzorganisationen eine **Volksinitiative zur dauerhaften Einrichtung der Preisüberwachung** und zwar nicht (mehr) als konjunkturpolitische, sondern als wettbewerbspolitisch motivierte Massnahme. Der Bundesrat hingegen stellte der Volksinitiative einen Gegenentwurf mit einer konjunkturpolitisch motivierten und auf inflationäre Phasen beschränkte Preisüberwachung entgegen.[5367] In der Volksabstimmung vom 28. November 1982 sprach sich die Mehrheit von Volk und Ständen jedoch für die Volksinitiative und damit für eine **wettbewerbspolitische Motivierung** aus.[5368]

2. Erster Verfassungstext

4 Der – damals – neue Art. 31^{septies} aBV lautete wie folgt:

«Zur Verhinderung von Missbräuchen in der Preisbildung erlässt der Bund Vorschriften für eine Überwachung der Preise und Preisempfehlungen für Waren und Leistungen marktmächtiger Unternehmungen und Organisationen, insbesondere von Kartellen und kartellähnlichen Gebilden, des öffentlichen und privaten Rechts. Soweit es der Zweck erfordert, können solche Preise herabgesetzt werden.»

5 Der Zweck besagter Verfassungsnorm war,[5369] erhöhte Preise von Kartellen und marktmächtigen Unternehmen sowie Organisationen aufgrund von fehlendem wirksamem Wettbewerb zu verhindern, **nicht aber Wettbewerb herzustellen**. Gemäss Botschaft handelt es sich also «um eine Art

---

5366 Richli, S. 49.

5367 So hätte im Konjunkturartikel (Art. 31^{quinquies}) folgender Absatz 2bis eingeführt werden sollen: «Reichen die Massnahmen nach den Absätzen 1 und 2 nicht aus, so ist der Bund befugt, eine Preisüberwachung und die Herabsetzung ungerechtfertigter Preise, insbesondere für Kartelle und ähnliche Organisationen, anzuordnen. Solche Massnahmen sind zu befristen und bei Beruhigung der Preisentwicklung ausser Kraft zu setzen»; vgl. hierzu die Botschaft zur Volksinitiative «zur Verhinderung missbräuchlicher Preise» vom 9. September 1981, BBl 1981 III 342, S. 374 ff.

5368 Bovet, N. 3; Rhinow, Art. 31^{septies} aBV N. 12.

5369 Die Neuformulierung in der aktuellen BV verfolgt weiterhin den gleichen Zweck.

Wettbewerbsersatz-Politik [,] [...] die den anerkannt besten Preisüberwacher», nämlich den Wettbewerb, ablöst.[5370]

Die Herstellung von Wettbewerb war dem Kartellartikel (Art. 31bis Abs. 3 lit. d aBV) und der Ausführungsgesetzgebung vorbehalten. Diese Verfassungsnorm hätte auch für die Einrichtung einer **wettbewerbspolitischen Preisüberwachung** genügt, da sie gegen jegliche Form volkswirtschaftlich oder sozial schädlicher Auswirkungen von Kartellen und marktmächtigen Unternehmen eine Grundlage bot.[5371] Es bestand eine «parallele» Kompetenz des Bundes.[5372] Allerdings übertrug die neu geschaffene Grundlage von Art. 31^{septies} aBV dem Bundesgesetzgeber einen **spezifischen Gesetzgebungsauftrag:** Die Gewährleistung der wirksamen und raschen Überwachung der Preise marktmächtiger Gebilde. Dies verlangte einen **spezifischen Auftrag** und somit ein ganz **bestimmtes Instrument**.[5373] 6

C. Verfassungsrevision und neue BV

Die beiden separaten Artikel wurden in der BV vom 18. April 1999 in Art. 96 Abs. 1 sowie Abs. 2 lit. a überführt. Letztgenannter Absatz gibt dem Bundesgesetzgeber wiederum den **verbindlichen Auftrag**, zusätzlich zum kartellrechtlichen Instrument **ein spezifisches wettbewerbspolitisches Instrumentarium,** nämlich die Preisüberwachung, einzusetzen.[5374] Dabei handelt es sich bei Art. 96 Abs. 2 lit. a BV um eine Gesetzgebungskompetenz mit nachträglich derogatorischer Wirkung.[5375] 7

Aufgrund der allgemeingültigen Regeln zur Auslegung von Verfassungsartikeln ist weiterhin von der **Gleichrangigkeit** von Kartell- und Preisüberwachungsartikel auszugehen.[5376] Somit hat die Totalrevision der Bundesverfassung an der eigenständigen Bedeutung der beiden Artikel für die 8

5370 Botschaft zu einem Preisüberwachungsgesetz (PüG) vom 30.5.1984, BBl 1984 II 755, S. 795.

5371 Lanz (2020), N. 15; Rhinow, Art. 31^{septies} aBV N. 13 ff.; für die gleiche Geltung unter der neuen BV SGK-SGK-Jacobs, Art. 96 BV N. 28.

5372 Rhinow, Art. 31^{septies} aBV N. 16.

5373 Rhinow, Art. 31^{septies} aBV N. 16.

5374 Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20.11.1996, BBl 1997 I 1, S. 301.; vgl. hierzu auch unten C. Organisationsform.

5375 Biaggini, Art. 96 BV N. 8.

5376 Botschaft zum PüG, BBl 1984 II 755, S. 768: Gleichrangigkeit von Verfassungsnormen, sofern diese nicht selbst ein Unterordnungsverhältnis zum Ausdruck bringen. So auch Lanz (2020), N. 18.

Schweizer Wirtschaftsverfassung nichts geändert und der alte Rechtszustand wurde beibehalten.[5377]

II. KOMMENTAR I.E.S.

A. Marktmacht und Missbräuche in der Preisbildung (Preismissbrauch)

1. Terminologie der Marktmacht

a. Verfassungsrechtliche Anhaltspunkte

9 Voraussetzung für das staatliche Tätigwerden gegen die missbräuchliche Preisbildung bildet die **Marktmacht eines Unternehmens oder einer Organisation**. Der Begriff Marktmacht (bzw. das Adjektiv «marktmächtig») wird von der BV nur in besagtem Absatz verwendet. Darüber hinaus findet der Markt jedoch kaum Nennung und wird einzig in der Landwirtschaft (Art. 104) verwendet. Auch der Wortteil «Macht» findet in der BV keine Parallele. So ist einzig im Zusammenhang mit «machtpolitischer oder kriegerischer Bedrohung» im Rahmen der Landesverteidigung (Art. 102) davon die Rede.

b. Gesetzliche Anhaltspunkte

10 Auf gesetzlicher Ebene wiederholt das KG den Begriff der Marktmacht im Geltungsbereich, führt ihn aber nicht weiter aus. Hingegen erwähnt es in Art. 4 Abs. 2 «marktbeherrschende Unternehmen» und umschreibt deren Status damit, dass **in wesentlichem Umfang unabhängiges Verhalten** von andern Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) ihrerseits möglich ist.

11 Das Preisüberwachungsgesetz (PüG)[5378] geht in seinem Geltungsbereich (Art. 1 f.) ebenfalls nicht auf den Begriff der Marktmacht ein und wiederholt bloss, dass es auf «marktmächtige Unternehmen des privaten und des öffentlichen Rechts» Anwendung findet. Beim wettbewerbspolitischen Grundsatz von Art. 12 enthält es in Abs. 1 jedoch die Aussage, dass Preismissbrauch nur vorliegen könne, «wenn die Preise auf dem betreffenden Markt nicht das Ergebnis

5377 Bovet, N. 4; Lanz (2020), N. 18.
5378 SR 942.20, 20.12.1985.

wirksamen Wettbewerbs sind».[5379] Der **Zusammenhang von der Begrifflichkeit der Marktmacht mit dem fehlenden Wettbewerbsdruck** bzw. die inhaltliche Erschliessung über den Wettbewerb hat auch das Bundesverwaltungsgericht festgestellt, indem es festhielt, dass im Grundsatz Preise, die das Ergebnis von wirksamem Wettbewerb sind, nicht missbräuchlich sind.[5380] Und es hat weiter ausgeführt: «Dieses wirtschaft[s]systematische Grundverständnis ergibt sich aus der Bundesverfassung. So ist die Zuständigkeit des Bundes, Massnahmen gegen missbräuchliche Preise zu treffen, ausdrücklich beschränkt auf Missbräuche in der Preisbildung durch marktmächtige Unternehmen und Organisationen (vgl. Art. 96 Abs. 2 lit. a BV). Diese Kompetenzdefinition sowie die Grundrechte der Eigentumsgarantie (Art. 26) und der Wirtschaftsfreiheit (27 BV) beruhen auf einem wirtschaftssystematischen Grundverständnis, das impliziert, dass missbräuchliche Preise nur vorliegen können, sofern auf dem betroffenen Markt kein wirksamer Wettbewerb herrscht. Durch wirksamen Wettbewerb werden die Preisfestsetzungsspielräume automatisch auf ein nicht missbräuchliches Niveau beschränkt [...].»[5381] Auch wenn der «wirksame Wettbewerb» somit als wettbewerbspolitisches Leitbild gilt, ist für das PüG die Präzisierung zu beachten, dass sich die Auswirkungen des Wettbewerbs auf die Preisbildung beziehen müssen.[5382]

12 Während Art. 94 BV – der Grundsatz der Wirtschaftsordnung – den privaten Wettbewerb vor staatlicher Deformation schützt, bezieht sich Art. 96 BV in erster Linie auf den Schutz des Wettbewerbs vor Privaten: Verbindendes Element der beiden Verfassungsnormen im gemeinsamen Abschnitt Wirtschaft stellt folglich der Schutz des Wettbewerbs dar (vgl. jedoch sogleich N. 13). Die Bestimmungen lassen sich nicht lupenrein trennen und komplementieren sich.[5383] Die von Art. 96 BV intendierte Wettbewerbspolitik soll eine **wettbewerbsorientierte Wirtschaftsordnung** sicherstellen, womit sie mit dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit (Art. 94 BV) grundsätzlich harmoniert.[5384] Die in Art. 96 BV geregelte Wettbewerbspolitik

5379 Vgl. zum Begriff des Wettbewerbs Biaggini, Art. 96 BV N. 3 sowie SGK-Jacobs, Art. 96 BV N. 19.
5380 Urteil des BVGer, B-8800/2010, 21.11.2012, E. 3.8.
5381 Ebenda.
5382 Lanz (2020), N. 26.
5383 Vgl. für Einzelheiten BSK-Uhlmann, Art. 96 BV N. 7.
5384 Biaggini, Art. 96 BV N. 1.

steht zudem mit dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) in Einklang.[5385] So kann erstere – wettbewerbsrechtlich motivierte Massnahmen – letztere – grundrechtlich geschützte Positionen – auch einschränken: Massstab bildet Art. 36 BV.[5386] Diese Systematik erhellt, dass die Wettbewerbspolitik i.S.v. Art. 96 BV ein taugliches Interesse gemäss Art. 36 Abs. 2 BV und somit zur Einschränkung des Individualrechts darstellt. Daraus leitet die Lehre mehrheitlich ab, dass auch der Absatz zur Preisüberwachung den Wettbewerb schütze und somit der Schutz des Wettbewerbs ein legitimes Interesse i. S. v. Art. 36 Abs. 2 BV darstelle.[5387]

13 M. E. schützt der Absatz zur Preisüberwachung hingegen die Kehrseite des wirksamen Wettbewerbs: Die privaten und kommerziellen Nachfragerinnen und Nachfrager sind **vor den Folgen des fehlenden Wettbewerbs** zu schützen. Der Absatz zur Preisüberwachung und folglich das PüG kommen eben genau dann zur Anwendung, wenn der Wettbewerb nicht ausreichend spielt, was primär aus rechtlichen (gesetzliche Monopole, z. B. Gebäudeversicherung) oder faktischen Gründen (natürliche Monopole wie z. B. das Gasnetz) der Fall ist. Allerdings ist es irrelevant, ob der Wettbewerb aus übergeordneten öffentlichen Interessen nicht erwünscht ist (wie bspw. im Bereich der Landwirtschaft) oder aber nicht gelingt (wobei der Markt theoretisch spielen könnte, wie bspw. bei den Transaktionsgebühren von Wordline vgl. unten N. 18). Somit ist die Abwesenheit von wirksamem Wettbewerb Einfallstor des Staates für Eingriffe gemäss Art. 36 Abs. 2 BV.

2. Unterscheidung von Marktmacht und Marktbeherrschung

14 Das BVGer hat festgehalten, dass zwischen der preisüberwachungs- und der kartellrechtlichen Missbrauchsabklärung ein kleiner, aber wesentlicher Unterschied bestehe.[5388] Weil die WEKO Preisausbeutungen im Gegensatz zum Preisüberwacher mit Verwaltungssanktionen belegen kann (Art. 49a Abs. 1 KG), hat der Gesetzgeber für sie auch «eine bedeutend höhere Eingriffsschwelle festgelegt».[5389] Aus diesem Grund genügt für die Intervention des Preisüberwachers bei Vorliegen von Marktmacht die

5385 Vgl. für Einzelheiten BSK-Uhlmann, Art. 96 BV N. 8.
5386 Biaggini, Art. 96 BV N. 1; BSK-Uhlmann, Art. 96 BV N. 9.
5387 So SGK-Jacobs, Art. 96 BV N. 7; BSK-Uhlmann, Art. 96 BV N. 9.
5388 Urteil des BVGer B-2050/2007, 24.2.2010, E. 11.3.3.
5389 Ebenda.

Abwesenheit von wirksamem Wettbewerb. Marktbeherrschung als qualifizierte Marktmacht[5390] ist für die WEKO hingegen Eingriffsvoraussetzung nach Art. 7 KG.[5391] Insofern ist Marktmacht i. S. v. Art. 2 Abs. 1 KG Aufgreif-, nicht aber Eingriffskriterium. Das bedeutet, dass das KG auf Marktmacht angewendet wird (Art. 2 Abs. 1), der Tatbestand von Art. 7 KG jedoch erst bei Vorliegen von Marktbeherrschung (neben relativer Marktmacht) i.V.m. einer tatbestandlich erfassten unzulässigen Verhaltensweise greift. Dies im Unterschied zum PüG, für welches die Marktmacht massgebender Unterstellungstatbestand und Eingriffsvoraussetzung darstellt.[5392] Die Marktmacht liegt folglich «zwischen normalem Markteinfluss und Marktbeherrschung»[5393].

3. Missbräuche in der Preisbildung (Preismissbrauch)

a. Unbestimmter Rechtsbegriff

Beim im Verfassungstext weiter genannten Preismissbrauch («Missbräuchen in der Preisbildung») handelt es sich um einen **unbestimmten Rechtsbegriff**.[5394] Wie bereits erwähnt, kennt das PüG keine Legaldefinition des Preismissbrauchs, verbindet diesen jedoch mit wirksamem Wettbewerb und schliesst Preismissbrauch bei dessen Vorliegen aus (Art. 12 Abs. 1 PüG). 15

5390 Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) vom 23.11.1994, BBl 1995 I 468, S. 547 f., in diesem Sinne auch Lanz (2020), N. 20 und Künzler/Lötscher, Art. 2 PüG N. 2; a. M. und somit von Deckungsgleichheit von Marktbeherrschung und Marktmacht gehen folgende Autoren aus: SGK-Jacobs, Art. 96 BV N. 33; BSK-Uhlmann, Art. 96 BV N. 17. Unklar Biaggini, Art. 96 BV N. 9 und Weber, Art. 2 PüG N. 7, weil für ihn der Marktmachtbegriff «eine Erweiterung erfahren» habe, in der Praxis «die meisten Untersuchungen des Preisüberwachers» jedoch «marktmächtige Unternehmen» betreffen.

5391 Lanz (2020), N. 21 ff.

5392 Lanz (2020), N. 21 ff., der darauf hinweist, dass diese Auslegung gerichtlich bestätigt ist und der Praxis von WEKO und der Person des Preisüberwachers bzw. der Preisüberwacherin entspreche; vgl. REKO WEF GB/2001-1, E. 6; BGE 130 II 449 E. 5.1 f. und 5.8; BVGer, 24. 2. 2010, 2050/2007, E. 11.3 und E. 11.3.3.4; indirekt bestätigt habe das BVGer das Verfügungsrecht der Person des Preisüberwachers bzw. der Preisüberwacherin bei marktmächtigen Unternehmen auch in den Fällen B-5436/2011 und B-3863/2013 (Quellen für die Gerichtspraxis) und RPW 2004/4, 1277 ff. N. 9; RPW 2005/4, 718 ff. N. 13 m. w. H.; Lanz (2020), N. 20 ff.

5393 Lanz (2020), N. 20.

5394 Lanz (2020), N. 28.

b. Preis – Kasuistik

16 Das PüG «gilt für **Preise von Waren und Dienstleistungen** einschliesslich der Kredite. Ausgenommen sind Löhne und andere Leistungen aus dem Arbeitsverhältnis sowie die Kredittätigkeit der Schweizerischen Nationalbank» (Art. 1).[5395]

17 Ökonomisch betrachtet bildet der Preis «den **in Geldeinheiten ausgedrückten Tauschwert eines Gutes**»[5396]. Er ist ein «Knappheitsindikator»[5397]. Daraus erhellt, dass Steuern als voraussetzungslos geschuldete Abgaben keine Preise im Sinne der Verfassungsnorm und damit auch des PüG sein können. Genauso wenig ist bspw. eine privatrechtliche Mahngebühr oder eine Busse ein Preis. Bei Gemengsteuern ist die Frage zu klären, ob der fiskalische Anteil der Abgabe dominiert: in diesem Fall stellen sie ebenfalls keinen Preis dar.[5398] Hingegen fallen Benützungsgebühren aller Art als Entgelt für die Beanspruchung einer Leistung eines öffentlichen Betriebs, einer Anlage oder einer Einrichtung in den sachlichen Geltungsbereich des PüG. Dabei handelt es sich bspw. um kommunale Versorgungs- und Entsorgungsbetriebe (Elektrizitätswerke, Gas- und Wasserwerke, Kehrichtverbrennungs- sowie Abwasseranlagen), Taxen für Park- und Marktgebühren sowie Verkehrsbetriebe oder Flughafengebühren. In der Praxis sind folglich stets die Eigenart und der Charakter der fraglichen Abgabe sowie der gegenüberstehenden Leistung zu prüfen.

18 Schliesslich handelt es sich auch **beim Entgelt von Waren und Dienstleitungen marktmächtiger Unternehmen** um tatbestandlich erfasste Preise. Beispiele dafür sind Brief- oder Paketporti durch die Schweizerische Post AG, Transaktionsgebühren der Worldline Schweiz AG (vor November 2021 SIX Payment Services AG) oder Vorleistungspreise von Telekommunikationsunternehmen wie der Swisscom AG.

19 Einen guten Überblick über die verschiedenen, von der Person des Preisüberwachers bzw. der Preisüberwacherin überwachten Preise, bietet die

---

5395 Hervorhebung durch die Verfasserin.

5396 Gabler Wirtschaftslexikon, «Preis», https://wirtschaftslexikon.gabler.de/definition/preis-46701, besucht am 15.1.2023.

5397 Richli, S. 55.

5398 Lanz (2020), N. 50 f.

Sammlung Recht und Politik des Wettbewerbs (RPW), die **im fünften Teil jeweils die Jahresberichte** der Preisüberwachung enthält.[5399]

c. Missbrauchsprüfung

Art. 13 PüG liefert eine Liste mit Beurteilungselementen für die Missbrauchsprüfung bei Erhöhung oder Beibehaltung von Preisen. Diese ist nicht abschliessend («insbesondere») und die einzelnen Elemente stehen auch nicht in einem hierarchischen Verhältnis zueinander. Im Übrigen steht der Person des Preisüberwachers bzw. der Preisüberwacherin in ihrer Auswahl und Abwägung **ein grosses Ermessen** zu.[5400] So hat die «Annäherung an den Begriff [...] deshalb von der generellen Zweckbestimmung einer wettbewerbspolitischen Preisüberwachung auszugehen».[5401] Denn diese Kriterien eignen sich auch für das verfassungsrechtliche Verständnis des Preismissbrauchs.[5402] 20

Mit dem Erfordernis eines Missbrauchs kommt zum Ausdruck, dass es um eine gewisse «Überhöhung» des Preises geht.[5403] Dabei soll den Unternehmen weiterhin **ein «angemessener Gewinn»** (Art. 13 Abs. 1 lit. b PüG) zustehen. Gemäss Bundesgericht muss der Gewinn eine übliche Verzinsung auf dem Eigenkapital und eine marktgerechte Risikoprämie umfassen.[5404] Anhaltspunkte für übermässig hohe Gewinne bilden die Höhe der Rückstellungen und Reserven sowie der Gewinnausschüttungen an die Kapitalgeber.[5405] 21

d. Tiefe Preise

Missbräuchlich tiefe Preise werden vom Tatbestand hingegen nicht erfasst. Diese können entweder Ausdruck einer Lockvogelpolitik im Sinne des UWG oder Ausdruck von Nachfragemacht darstellen und somit in den 22

5399 Abrufbar unter www.preisueberwacher.admin.ch, > Dokumentation > Publikationen > Jahresberichte > besucht am 21.1.2023.

5400 BGE 130 II 449 E. 6.1; Botschaft zum PüG, BBl 1984 II 773, S. 787 f.; Schürmann/Schluep, Art. 13 PüG N. 4; Weber, Art. 13 PüG N. 8.

5401 Lanz (2020), N. 29.

5402 BSK-Uhlmann, Art. 96 BV N. 24.

5403 BSK-Uhlmann, Art. 96 BV N. 24; SGK-Jacobs, Art. 96 BV N. 38, spricht gar von «qualifizierte Form überhöhter Preise».

5404 BGE 130 II 449 E. 6.8.1.

5405 Lanz (2020), N. 79.

Anwendungsbereich des KG fallen.[5406] Nachfragemacht kann folglich nicht unter Art. 96 Abs. 2 lit. a BV subsumiert werden, was sich bereits aus den Materialien ergibt.[5407]

B. Unternehmen und Organisationen des privaten und des öffentlichen Rechts

23 Wie aus dem Verfassungstext klar hervorgeht, ist der **erfasste Personenkreis äusserst weit**: Die Preisüberwachung umfasst selbst staatlich beherrschte Unternehmen sowie das Gemeinwesen und damit bestimmte öffentliche Abgaben (siehe N. 17).[5408] Die Formulierung orientiert sich am Kartellrecht.

24 Eingeschränkt werden die Kompetenzen der Person des Preisüberwachers bzw. der Preisüberwacherin in diesem Bereich aus **direkt-demokratischen Überlegungen** hingegen vom PüG. Sofern ein Preis von einer staatlichen Behörde festgesetzt oder genehmigt wird, steht der Person des Preisüberwachers bzw. der Preisüberwacherin einzig ein verschärftes Empfehlungsrecht zu (Art. 14 f. PüG).

C. Organisationsform

25 Uneinheitlich wird in der Lehre die Frage beantwortet, ob die **Person des Preisüberwachers bzw. der Preisüberwacherin (Art. 3 PüG) und somit das Instrumentarium der Preisüberwachung von der Verfassung vorgeschrieben** werden. So wird teilweise vertreten, dass sich die Aufgabenteilung historisch zwar mit der Person des Preisüberwachers bzw. der Preisüberwacherin etabliert habe, diese jedoch auch abgeschafft werden könnte. Der Gesetzgeber sei frei, die Aufgabenteilung zwischen WEKO und Preisüberwachung festzulegen.[5409] Begründet wird dies nicht zuletzt mit «schwierigen Abgrenzungsfragen», da sich Art. 16 Abs. 2 PüG und Art. 3 Abs. 3

5406 SGK-Jacobs, Art. 96 BV N. 39; Lanz (2020), N. 30, Rhinow, Art. 31^{septies} aBV N. 36.

5407 Botschaft zum PüG, BBl 1984 II 755, S. 767; Biaggini, Art. 96 BV N. 9; SGK-Jacobs, Art. 96 BV N. 34; Lanz (2020), N. 30; BSK-Uhlmann, Art. 96 BV N. 19.

5408 Biaggini, Art. 96 BV N. 10; SGK-Jacobs, Art. 96 BV N. 32, 36; BSK-Uhlmann, Art. 96 BV N. 22; vgl. zu den administrierten Preisen zudem den Bericht der Preisüberwachung, Administrierte Preise: Rechtssituation, Ökonomie und Inventarisierung: Ein Bericht der Preisüberwachung an das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement vom April 2005 https://www.preisueberwacher.admin.ch/dam/pue/de/dokumente/studien/administrierte_preise.pdf.download.ppd/administrierte_preise.pdf, besucht am 21.1.2023.

KG, welche die Aufgabenteilung der beiden Behörden regeln, teilweise widersprechen und zu aufwändigen Parallelverfahren und Widersprüchen in der Rechtsanwendung führen würden.[5410] Im Behördenalltag ist von dieser Tragik wenig bis nichts zu spüren. So arbeiten die Person des Preisüberwachers bzw. der Preisüberwacherin und die WEKO nicht nur zusammen (Art. 5 Abs. 1 PüG), sondern orientieren sich auch über wichtige Entscheidungen. In diesem Sinne beteiligt sich die Person des Preisüberwachers bzw. der Preisüberwacherin mit beratender Stimme auch an den Sitzungen der WEKO.[5411] Darüber hinaus übergeben sich die beiden Behörden Fälle zur Bearbeitung, je nachdem, wie sich der Sachverhalt gestaltet und welche Aspekte im Vordergrund stehen.[5412]

M. E. ist die Ansicht wenig überzeugend, dass die Person des Preisüberwachers bzw. der Preisüberwacherin von der geltenden Verfassungsbestimmung nicht verlangt werde. Sie reduziert sich auf eine rein grammatikalische Auslegung. **Systematisch und historisch betrachtet erhellt die separate Funktion** der Preisüberwachung mit der Person des Preisüberwachers bzw. der Preisüberwacherin an ihrer Spitze schon nur deshalb, weil mit der Totalrevision der Bundesverfassung inhaltlich keine Anpassungen intendiert waren und das Instrument der wettbewerbspolitischen Preisüberwachung klar vorgegeben war.[5413] Im Unterschied zu anderen Verwaltungsbereichen im Generellen und der WEKO im Besonderen, ist die Person des Preisüberwachers bzw. der Preisüberwacherin eine mit «grosser Ausstrahlungskraft», die versuchen soll, «in Gesprächen einen Beitrag zu einer einvernehmlichen Regelung zu leisten».[5414] Art. 9 PüG – die Norm zur Suche einer einvernehmlichen Regelung 26

5409 So Biaggini, Art. 96 BV N. 11; SGK-Jacobs, Art. 96 BV N. 43; BSK-Uhlmann, Art. 96 BV N. 26; während aber BSK-Uhlmann am Instrument der Preisüberwachung nicht zweifelt, hält Jacobs fest, dass die geltende Verfassung auf die Vorgabe jeglichen Instruments verzichte. Auch er muss jedoch zugestehen, dass eine gewisse Form der Überwachung für die Umsetzung der Verfassungsvorgabe (wirksame Massnahmen gegen Preismissbräuche) erforderlich ist, weshalb «[d]ie Konsequenzen dieser Änderung (...) allerdings nicht überschätzt werden [dürfen]» A. M. Botschaft über eine neue Bundesverfassung, BBl 1997 I 1, S. 301; Lanz (2020), N. 17.

5410 SGK-Jacobs, Art. 96 BV N. 45; auch Dietrich/Bürgi plädieren dafür, dass unter der geltenden Rechtsordnung die Person des Preisüberwachers bzw. der Preisüberwacherin nur noch für administrierte Preise zuständig sei.

5411 Vgl. für Einzelheiten Lanz (2020), N. 39 ff.

5412 Vgl. hierzu tiefgreifend Lanz (2021).

5413 Lanz (2020), N. 17 m.w.N.

zwischen der Person des Preisüberwachers bzw. der Preisüberwacherin und den Betroffenen – kommt somit sowohl eine präventive als auch pädagogische Funktion zu. Diese vermittelnde Funktion kann nicht von einem Gremium wie eine Wettbewerbsbehörde ausgeführt werden, sondern verlangt eine Mediatoren-Persönlichkeit. So hat die Person des Preisüberwachers bzw. der Preisüberwacherin aufgrund seiner bzw. ihrer Historie eine besondere Stellung inne. Art. 9 PüG – der Kern des PüG – führt die Grundsätze weiter, welche die notrechtliche konjunkturpolitische Preisüberwachung von 1973–1978 prägte. Daraus erhellt, dass die Person des Preisüberwachers bzw. der Preisüberwacherin im Fokus steht. Sie befindet sich wie eine Art Delegierte im Zentrum zwischen den betroffenen Unternehmen und den Konsumentinnen und Konsumenten.[5415] Zudem sei noch folgender Aspekt erwähnt: Für die zur Volksinitiative «zur Verhinderung missbräuchlicher Preise» vom 9. September 1981 zeitgleich stattfindende Revision des Kartellgesetzes hatte die Expertenkommission die Integration von Preisüberwachungsartikeln und deren Vollzug durch die WEKO vorgeschlagen. Nach der Vernehmlassung hat der Bundesrat diese jedoch unter Verweis auf die hängige Volksinitiative sowie parlamentarische Vorstösse gestrichen.[5416] Dieser Vorgang untermauert m. E. den Umstand, dass die Preisüberwachung nicht von einem Gremium oder einer Behörde (WEKO oder Preisüberwachung) – alleine – umgesetzt werden soll und kann. Selbst wenn diese Funktion also – ausschliesslich systematisch betrachtet – erst im Gesetz angelegt werden könnte, ist es das Zusammenspiel aus Systematik und Historie, welches diesen Fehlschluss untersagt.

Zu der Autorin

Dr. iur. Patricia S. Kaiser, LL.M., studierte an den Universitäten Basel, Freiburg i.B. und Strassburg Recht. Danach arbeitete sie während sechs Jahren im Bundesamt für Justiz und betreute mehrheitlich das Dossier der fürsorgerischen Zwangsmassnahmen und Fremdplatzierungen vor 1981. Berufsbegleitend verfasste sie eine Dissertation im Völkerrecht und spezialisierte sich im Verwaltungsrecht. Nach Abschluss ihrer Mediationsausbildung wechselte sie in den Rechtsdienst des Preisüberwachers, den sie heute leitet.

5414 Weber, Art. 9 PüG N. 2.
5415 Kaiser, 174.
5416 Vgl. Richli, 1984, 49 ff. für Einzelheiten.

Die Autorin freut sich über Feedback zum vorliegenden Artikel aufpatricia.kaiser@pue.admin.ch.

WEITERE EMPFOHLENE LEKTÜRE

Aeberhard Kurt, Der Preismissbrauch im schweizerischen Kartellrecht, Diss., Bern 1979.

Bonvin Jacques/Olivier Schaller, in Martenet, Bovet, Tercier (éditeurs), Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2e édition, Helbing & Lichtenhahn, Bâle 2012, ad Art. 12 et 13 LSPr, p. 1739 ss.

Decker Christopher, Modern Economic Regulation, An Introduction to Theory and Practice Illustrated, 2. Aufl., Cambridge 2023.

Preisüberwachung, Netznutzungsentgelte, Ermittlung der risikogerechten Kapitalverzinsung der schweizerischen Elektrizitätsnetzbetreiber, Erste Fassung, Gekürzte Version ohne Vorwort, Bern 2006 https://www.preisueberwacher.admin.ch/dam/pue/de/dokumente/studien/netznutzungsentgelte.pdf.download.pdf/netznutzungsentgelte.pdf, besucht am 15.5.2023.

Preisüberwachung, Praxis des Preisüberwachers bei der Prüfung von (akut-)stationären Spitaltarifen, Aktualisierte Version Bern 2022 https://www.preisueberwacher.admin.ch/dam/pue/de/dokumente/studien/praxis_des_preisueberwachers_bei_der_pruefung_von_akut_stationaeren_spitaltarifen.pdf.download.pdf/Praxis%20des%20Preis%C3%BCberwachers%20bei%20der%20Pr%C3%BCfung%20von%20(akut-)station%C3%A4ren%20Spitaltarifen.pdf, besucht am 15.5.2023.

Preisüberwachung, Schweizer Gasmarkt und Kosten des Netzzugangs, Ermittlung der risikogerechten Kapitalverzinsung für schweizerische Gasnetze, Erste Fassung, Bern 2011 https://www.preisueberwacher.admin.ch/dam/pue/de/dokumente/studien/schweizer_gasmarktundkostendesnetzzugangs.pdf.download.pdf/schweizer_gasmarktundkostendesnetzzugangs.pdf, besucht am 15.5.2023.

Richli Paul, Erste Eindrücke von der Praxis zum Preisüberwachungsgesetz, in: Peter Nobel/Robert E. Leu (Hrsg.), Wirtschaft und Recht, Zeitschrift für

Wirtschaftspolitik und Wirtschaftsrecht mit Einschluss des Sozial- und Arbeitsrechtes, Jg. 41, Heft 4/1989, S. 191–209.

Schluep Walter R., «Wirksamer Wettbewerb», Schlüsselbegriff des neuen schweizerischen Wettbewerbsrechts, Bern 1987.

Surveillance des Prix, Le marché suisse du gaz et la rétribution de l'utilisation du réseau, Détermination de la rémunération du capital conforme au risque pour les gestionnaires du réseau gazier en Suisse, première version, Bern 2011 https://www.preisueberwacher.admin.ch/dam/pue/fr/dokumente/studien/schweizer_gasmarktundkostendesnetzzugangs.pdf.download.pdf/le_marche_suissedugazetlaretributiondelutilisationdureseau.pdf, besucht am 15.5.2023.

Surveillance des Prix, Pratique du Surveillant des prix dans l'examen des tarifs hospitaliers des soins stationnaires (aigus), version mise à jour, décembre 2022, https://www.preisueberwacher.admin.ch/dam/pue/fr/dokumente/studien/praxis_des_preisueberwachers_bei_der_pruefung_von_akut_stationaeren_spitaltarifen.pdf.download.pdf/Pratique%20du%20Surveillant%20des%20prix%20dans%20l%E2%80%99examen%20des%20tarifs%20hospitaliers%20des%20soins%20stationnaires%20(aigus).pdf, besucht am 15.5.2023.

Surveillance des Prix, Rétribution de l'utilisation du réseau, Détermination de la rémunération du capital conforme au risque pour les gestionnaires du réseau électrique en Suisse, première version, https://www.preisueberwacher.admin.ch/dam/pue/fr/dokumente/studien/netznutzungsentgelte.pdf.download.pdf/retribution_de_lutilisationdureseau.pdf, besucht am 15.5.2023.

Toller Marco, Die Preisüberwachung als Mittel der schweizerischen Wettbewerbspolitik, Diss., Zürich 1983.

Viscusi W. Kip/Harrington Jr. Joseph E./Sappington David E. M., Economics of Regulation and Antitrust, 5. Aufl., Cambridge/London 2018.

Volkart Rudolf/Wagner Alexander F., Corporate Finance, Grundlagen von Finanzierung und Investition, 7. Aufl., Zürich 2018.

LITERATURVERZEICHNIS

Biaggini Giovanni, Art. 96 BV, in: Biaggini Giovanni, BV Kommentar, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017.

Bovet Christian, Introduction à la Loi fédérale concernant la surveillance des prix (LSPr) du 20 décembre 1985 (RS 942.20), in : Martenet Vincent/Bovet Christian/Tercie Pierre, 2. Aufl., Basel 2013.

Dietrich Marcel/Bürgi Alexander, Abgrenzung der Zuständigkeiten von Wettbewerbskommission und Preisüberwacher, in: Amstutz Marc/Berger Mathis/Borer Jürg/Hilty Reto M./La Spada Anne-Virginie/Mathys Roland/Rigamonti Cyrill P./Thouvenin Florent/de Werra Jacques/Wild Gregor, Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht, sic! 2005, S. 179–88.

Jacobs Reto, Art. 96, in: Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A., Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014.

Kaiser Patricia S., Kooperatives und konsensuales Verwaltungshandeln, Zürich/St. Gallen 2023.

Künzler Adrian/Richard Lötscher, Nr. 4 PüG, in: Matthias Oesch/Rolf H. Weber/Roger Zäch, Wettbewerbsrecht II Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2021, S. 276–278.

Lanz Rudolf, Die wettbewerbspolitische Preisüberwachung, in: Cottier Thomas/Oesch Matthias (Hrsg.), Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band XI, Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht, 3. Aufl., Basel 2020, S. 873–923.

Lanz Rudolf, Art. 3 Abs. 3 KG, in: Amstutz Marc/Reinert Mani (Hrsg.), Kartellgesetz, Basler Kommentar, 2. Aufl., Basel 2021.

Rhinow René, Art. 31^{septies}, in: Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Band II, Basel/Zürich/Bern 1991.

Richli Paul, Zum Gesetzgebungsauftrag für die Preisüberwachung, in: Revue de droit suisse, Band 103, 1984, cahier 1.

Schürmann Leo/Schluep Walter R., Kartellgesetz + Preisüberwachungsgesetz, Zürich 1988.

Uhlmann Felix, Art. 96 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Schweizerische Bundesverfassung, Basler Kommentar, Basel 2015.

Weber Rolf H., Preisüberwachungsgesetz (PüG), Bern 2009.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 108 BV

Eine Kommentierung von Fabian Mösching

ZITIERVORSCHLAG

Fabian Mösching, Kommentierung zu Art. 108 BV, in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (Hrsg.), Onlinekommentar zur Bundesverfassung

Kurzzitat: OK-Mösching, Art. 108 BV N. XXX.

8. Abschnitt: Wohnen, Arbeit, soziale Sicherheit und Gesundheit

Art. 108 Wohnbau- und Wohneigentumsförderung

[1] Der Bund fördert den Wohnungsbau, den Erwerb von Wohnungs- und Hauseigentum, das dem Eigenbedarf Privater dient, sowie die Tätigkeit von Trägern und Organisationen des gemeinnützigen Wohnungsbaus.

[2] Er fördert insbesondere die Beschaffung und Erschliessung von Land für den Wohnungsbau, die Rationalisierung und die Verbilligung des Wohnungsbaus sowie die Verbilligung der Wohnkosten.

[3] Er kann Vorschriften erlassen über die Erschliessung von Land für den Wohnungsbau und die Baurationalisierung.

[4] Er berücksichtigt dabei namentlich die Interessen von Familien, Betagten, Bedürftigen und Behinderten.

GLIEDERUNG

I. Entstehungsgeschichte 1281
II. Entwicklung des Wohnungsmarktes in der Schweiz 1283
A. Wohnungsknappheit und deren Ursachen 1283
B. Perspektive bis 2040 1285
C. Strategie des Bundes 1287
III. Kommentar im engeren Sinne 1289
A. Stellung in der Bundesverfassung 1289
B. Auftrag zur Förderung des Wohnungsbaus und des Wohneigentums (Abs. 1) 1289
1. Wohnungsbau 1290
2. Wohneigentumsförderung 1290
3. Träger und Organisation des gemeinnützigen Wohnungsbaus 1292
4. Zusätzliche Handlungspflichten? 1292
C. Einzelne Förderungsmassnahmen (Abs. 2) 1293
1. Einteilung 1293
2. Aktuell bestehende Massnahmen 1293
3. Zielkonflikte 1295
D. Erschliessung und Baurationalisierung (Abs. 3) 1296
1. Erschliessung 1296
2. Baurationalisierung 1297
E. Berücksichtigung der Interessen bestimmter Bevölkerungsgruppen / Soziale Verpflichtung (Abs. 4) 1299
IV. Fazit 1299
Weitere empfohlene Lektüre 1300
Literaturverzeichnis 1301

I. ENTSTEHUNGSGESCHICHTE

Nachdem während des zweiten Weltkriegs der Bund drei Wohnbauaktionen zur Förderung der stagnierenden Wohnbautätigkeit in die Wege leitete, fand kurz nach Kriegsende mit **Art. 34quinquies aBV** eine erste Bestimmung zum Wohnungsbau Eingang in die Bundesverfassung. Diese Bestimmung wurde als Gegenvorschlag zur später zurückgezogenen Volksinitiative «Für die Familie» entworfen und vom Stimmvolk am 25. November 1945 mit 76.3% Ja-Stimmen sowie von allen Ständen mit Ausnahme eines Halben angenommen.[5417] Absatz 3 der Bestimmung befugte den Bund, auf dem Gebiet des Siedlungs- und Wohnungswesens Bestrebungen zugunsten der Familie zu unterstützen, wobei ein Bundesgesetz die an die Bundesbeiträge geknüpften Bedingungen regeln sollte.[5418] In der Folge erliess der Gesetzgeber gestützt auf diese Bestimmung verschiedene Bundesbeschlüsse und Gesetze zur Umsetzung des Vorhabens. Sie befassten sich unter anderem mit finanziellen Beiträgen des Bundes an die Kantone zur Bekämpfung der Wohnungsnot, der Förderung des sozialen Wohnungsbaus sowie speziellen Massnahmen zur Verbesserung der Wohnverhältnissen in den Bergen.[5419] 1

Als Gegenvorschlag zur Initiative der Denner AG, welche den Bund verpflichten wollte, einen schweizerischen Wohnbaufonds zu bilden, der günstige Hypothekardarlehen gewähren sollte,[5420] wurde der bisherige Art. 34quinquies Abs. 3 aBV 1972 aufgehoben und durch einen neuen Art. 34sexies aBV ersetzt.[5421] Dieser beendete die Einschränkung der Wohnbauförderung auf die Familie[5422] und bildete auch die Grundlage für die heute bestehende Regelung.[5423] Gestützt auf Art. 34sexies aBV trat am 1. Januar 1975 das **Wohnbau- und Eigentumsförderungsgesetz** vom 4. Oktober 1974 (WEG; SR 843) in Kraft, mit welchem zwischen 1976 und 2001 mehr als 107'000 Wohnungen gefördert wurden.[5424] Zusätzlich diente Art. 34sexies aBV nach einer Gesetzesänderung ebenfalls als neue Grundlage für das Bundesgesetz 2

5417.BBl 1945 II 818; s.a. BSK-Cardinaux Art. 108 BV N. 5.
5418Botschaft für die Familie, S. 1082.
5419Ausführlich dazu BSK-Cardinaux Art. 108 BV N. 6; SGK-Alvarez/Streiff Art. 108 BV N. 2 f.
5420Botschaft Wohnbauförderung, S. 1712 f.; BSK-Cardinaux Art. 108 BV N. 7.
5421BBl 1972 I 1311 (Erwahrungsbeschluss).
5422Botschaft Wohnbauförderung, S. 1675 ff.; BSK-Cardinaux Art. 108 BV N. 7.
5423Botschaft BV, S. 318.
5424Botschaft WFG, S. 2898 f.; Biaggini Art. 108 BV N. 2.

vom 20. März 1970 über die Verbesserung der Wohnverhältnisse in Berggebieten (VWBG; SR 844).[5425]

3 Mit der **Totalrevision der Verfassung** wurde aus Art. 34^{sexies} aBV der aktuelle Art. 108 BV. Dabei wurde die Bestimmung präziser formuliert sowie die Absätze 4 und 5 entfernt, inhaltlich ergaben sich jedoch keine Änderungen.[5426] Bereits gestützt auf Art. 108 BV wurde das Bundesgesetz vom 21. März 2003 über die Förderung von preisgünstigem Wohnraum (WFG; SR 842) erlassen. Während das WEG und insbesondere auch seine planungsrechtlichen Vorschriften in Kraft bleiben, wird ab Inkrafttreten des WFG am 1. Oktober 2003 die Bundeshilfe nur noch nach neuem Recht zugesichert,[5427] wobei für die altrechtlichen Förderhilfen weiterhin das WEG gilt.[5428] Mit der Einführung des WFG erfolgte eine Einschränkung des Förderbereichs und ein Verzicht auf allgemeine Massnahmen zur Förderung des Wohnungsbaus (vgl. hinten N. 22). Zudem wurden im Rahmen des Bundesgesetzes vom 19. Dezember 2003 über das Entlastungsprogramm 2003 die sozial- und eigentumspolitisch motivierten WFG-Massnahmen zur Reduktion der Wohnkosten von Eigentümer- und Mieterhaushalten bis 2008 sistiert[5429] und seither durch Bundesratsbeschluss nicht angewendet.[5430] Bis anhin sind somit keine direkten Finanzhilfen in Form von Darlehen nach Art. 12 und 24 WFG gewährt worden. Ebenso werden seit der Neugestaltung des Finanzausgleichs (NFA) keine Finanzhilfen gemäss VWBG mehr zugesichert (Art. 21 VWBG).

4 Vermutlich auch aufgrund der überschaubaren eigenen Bemühungen des Bundes im Bereich Wohnbau- und Wohneigentumsförderung wurde in den letzten Jahren über **verschiedene Volksinitiativen** abgestimmt. So wurde die «Bauspar-Initiative» am 11. März 2012 verworfen,[5431] während die Initiative «Eigene vier Wände dank Bausparen» dasselbe Schicksal am 17. Juni 2012 ereilte.[5432] Auch die Volksinitiative «Sicheres Wohnen im Alter» fand am 23. September 2012 keine Gnade vor den Augen des Verfassungsgebers,[5433]

5425 AS 2001 1406.
5426 SGK-Alvarez/Streiff Art. 108 BV N. 6; BSK-Cardinaux, Art. 108 BV N. 9.
5427 Botschaft WFG, S. 2885; vgl. Art. 65 Abs. 5 WEG.
5428 Botschaft WFG, S. 2880; vgl. Art. 59 WFG.
5429 AS 2004 1633, 1645.
5430 BSK-Cardinaux, Art. 108 N. 10.
5431 BBl 2012 6623, für Details der Vorlage vgl. Botschaft Bausparen.
5432 BBl 2012 7685, für Details der Vorlage vgl. Botschaft Bausparen.

ebenso wie die Volksinitiative «Mehr bezahlbare Wohnungen» am 9. Februar 2020,[5434] zu welcher der Bundesrat immerhin einen Gegenentwurf ausarbeitete. Dieser betraf einen Rahmenkredit im Umfang von 250 Millionen Franken, aus dem ab 2020 während zehn Jahren der für die Darlehensgewährung an gemeinnützige Wohnträger bestehende Fonds de Roulement (vgl. hinten N. 15 und N. 29) nach dem WFG aufgestockt werden soll, und der nach Ablehnung der Volksinitiative «Mehr bezahlbare Wohnungen» gesprochen wurde.[5435] An der in der dazugehörigen Botschaft dargestellten Situation des Schweizer Wohnungsmarkts orientiert sich auch der vorliegende Kommentar. Die ursprüngliche Botschaft zu Art. 34^{sexies} aBV beruht auf dem Wohnungsmarkt, wie er sich vor mittlerweile fast 60 Jahren präsentierte, weshalb sich m.E. daraus nur noch beschränkt Rückschlüsse auf die heutige Situation ziehen lassen.

II. ENTWICKLUNG DES WOHNUNGSMARKTES IN DER SCHWEIZ

A. Wohnungsknappheit und deren Ursachen

Bereits die Einführung der ersten Verfassungsnormen zum Wohnungsbau erfolgte vor dem Hintergrund der **Wohnungsknappheit** aufgrund des 2. Weltkriegs.[5436] Gründete diese auf einer wirtschaftlichen Krise und Mangellage, war die Wohnungsnot in den 1960er- und 1980er Jahren in gegenteiliger Weise auf die damals bestehende Hochkonjunktur zurückzuführen.[5437] 5

Erst 1994 überschritt die **Leerwohnungsziffer** die Marke von 1.0% und erreichte 1998 einen Höchststand von 1.85%, um anschliessend wieder stark zu sinken.[5438] Wie der Bundesrat in seiner Botschaft zur Volksinitiative «Mehr bezahlbare Wohnungen» ausführt, war die Entwicklung des Schweizer 6

5433 BBl 2013 1135, für Details der Vorlage vgl. Botschaft Sicheres Wohnen im Alter.
5434 BBl 2020 4377.
5435 Botschaft Wohnungen, S. 2215.
5436 SGK-Alvarez/Streiff Art. 108 BV N. 1.
5437 https://www.srf.ch/news/schweiz/wohnen-kaum-mehr-bezahlbar-wohnungsnot-ein-altes-problem-weitet-sich-aus, besucht am 1.5.2026.
5438 https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/bau-wohnungswesen/wohnungen/leerwohnungen.html Bundesamt für Statistik, besucht am 1.5.2026.

Wohnungsmarktes ab der Jahrtausendwende bis 2015 durch einen Nachfrageüberhang geprägt. Insbesondere in städtischen und touristischen Regionen führte dieser zu einer Verknappung und teilweise zu einem starken Anstieg der Angebotspreise von Mietwohnungen und Eigentumsobjekten.

7 Ein wichtiger Treiber war neben der allgemein guten Wirtschaftslage das **Bevölkerungswachstum** im Nachgang zur Einführung der vollen Personenfreizügigkeit zwischen der EU und der Schweiz. Zur Deckung dieser zusätzlichen Nachfrage wäre jährlich eine Angebotserweiterung von rund 50'000 Wohnungen nötig gewesen, jedoch kamen zwischen 2007 und 2012 im Schnitt jährlich nur rund 43'000 Wohnungen neu auf den Markt.[5439] Folglich fiel die Leerwohnungsziffer bis 2012 auf 0.95% und stieg erst ab 2013 wieder, als über 50'000 Wohnungen erstellt wurden, und erreichte 2021 1.54%.[5440]

8 Insbesondere die Tief- bzw. Negativzinspolitik der Schweizerischen Nationalbank führte dazu, dass die institutionellen Anleger mangels rentabler Alternativen in den **Wohnungsbau** investierten. Allerdings entstanden die Wohnungen vor allem in den Agglomerationen und auf dem Land, wo die Landreserven einfach erhältlich waren, und nicht in den Städten.[5441] Seither steigt die Zahl der Haushalte jedoch wieder stärker als der Wohnungsbestand an und die Leerwohnungsziffer sinkt dementsprechend.

9 2022 verstärkte sich dieser Trend aufgrund der 60'000 Personen aus der Ukraine, die vor dem russischen Angriffskrieg Schutz in der Schweiz suchten. Die Gesamtbevölkerung nahm 2022 um 158'000 Personen zu, wodurch sich aufgrund der in der Schweiz zurzeit üblichen durchschnittlichen Haushaltsgrösse ein zusätzlicher Bedarf von rund 72'000 Wohnungen ergibt. Der Wohnungsbestand nahm aber nur um 66'000 zu.[5442] Das Bundesamt für Wohnungswesen (BWO) geht davon aus, dass momentan **jährlich 5'000 bis 10'000 Wohnungen fehlen**.[5443] 2025 fiel die Leerwohnungsziffer schliesslich auf 1.00%,[5444] was noch nicht aussergewöhnlich ist, lag sie doch von 2001 bis 2015 mehrheitlich unter 1%. Jedoch kann sie auf einzelnen regionalen Märkten, insbesondere in den Städten, noch viel tiefer ausfallen.[5445]

5439 Botschaft Wohnungen, S. 2220.
5440 Willimann et al., S. 48.
5441 Martel; Botschaft Wohnungen, S. 2230.
5442 Willimann et al., S. 48.
5443 Martel; Aktionsplan Wohnungsknappheit, S. 5.
5444 Tschirren, S. 24.

Das Bevölkerungswachstum ist aber nicht der alleinige Treiber für die Wohnungsknappheit in der Schweiz; die sinkende Haushaltsgrösse und die grösser werdenden Wohnungen tragen ebenso dazu bei.[5446] Die durchschnittliche Personenzahl pro Haushalt ging in der Schweiz von 2.31 im Jahre 2001 auf 2.26 im Jahre 2015 und schliesslich auf 2.17 im Jahre 2023 zurück.[5447] Die Durchschnittsgrösse einer 3.5 Zimmerwohnung wiederum nahm von 2015 bis 2021 von 79.6 m^2 um einen Quadratmeter zu, in ähnlicher Weise wuchsen die Flächen von Wohnungen mit vier und mehr Zimmern. Ohne diese Flächenzunahme hätten auf derselben Nutzfläche landesweit in sechs Jahren 40'000 zusätzliche Wohneinheiten erstellt werden können.[5448] Bei beiden Phänomenen handelt es sich um **Wohlstandsgewinne** und es ist nur schwer vorstellbar, dass die Schweizer Bevölkerung freiwillig auf Wohnraum verzichten wird,[5449] weshalb die Wohnungsknappheit wohl in erster Linie über die Angebotsseite, d.h. mehr Wohnungen, gelöst werden muss.[5450] Jedoch bremsen gegenwärtig die Verteuerung von Baumaterialien, die Zinssteigerung, der Fachkräftemangel sowie die Verknappung des Baulandes den Wohnungsbau.[5451] 10

B. Perspektive bis 2040

Für die nächsten 15 Jahre (Planungshorizont gemäss Art. 15 RPG) ab 2025, geht das Bundesamt für Statistik von einem **Bevölkerungswachstum von ca. 1 Mio.** (Referenzszenario) bis 1.5 Mio. Personen (hohes Szenario) aus,[5452] für welche es Wohnraum zu erstellen gilt. Aufgrund des Verdichtungsgebots sollte dieses Wachstum primär im urbanen Raum erfolgen, wo aber bereits jetzt das Angebot mit der Nachfrage nicht mithalten kann, weil sich der Wohnungsbau gerade in bereits überbautem Gebiet besonders anspruchsvoll gestaltet.[5453] 11

5445 Tschirren, S. 24 und 26; Willimann et al., S. 49; Aktionsplan Wohnungsknappheit, S. 4.

5446 Vgl. für eine anschauliche Übersicht des Themas, Bundesamt für Wohnungswesen BWO, https://www.bwo.admin.ch/de/indikatoren-des-wohnungsmarkts, besucht am 1.5.2026.

5447 Martel; Willimann et al., S. 49; s.a. Tschirren, S. 24.

5448 Willimann et al., S. 49.

5449 So weist Aubert Art. 108 BV N. 2 darauf hin, dass bereits in den Jahren 1950 bis 1990 1.5 Mio. neue Wohnungen nur für 1'650'000 zusätzliche Einwohner reichten.

5450 Martel; Aktionsplan Wohnungsknappheit, S. 5.

5451 Aktionsplan Wohnungsknappheit, S. 4.

5452 Bundesamt für Statistik, https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/bevoelkerung/zukuenftige-entwicklung/schweiz-szenarien.html, besucht am 1.5.2026.

5453 Martel; Botschaft Wohnungen, S. 2230.

Bei einer weiterhin bestehenden Wohnungsnot,[5454] dürfte der Ruf nach zusätzlicher Einzonung von Bauland nicht ausbleiben.[5455] Die aktuell noch unüberbauten Bauzonen bieten zwar theoretisch Platz für 0.9 bis 1.6 Mio. Personen, sie sind aber in einigen Kantonen und Regionen zu gross und müssen teilweise zurückgezont werden.[5456] Es ist deshalb absehbar, dass zusätzliches Bauland an zentralen Lagen ausgeschieden werden muss, zumal nicht davon auszugehen ist, dass die noch vorhandenen Kapazitäten in den Bauzonen optimal ausgenützt werden können. Der Zielkonflikt mit der haushälterischen Nutzung des Bodens gemäss Art. 75 BV liegt auf der Hand.

12 Die Befriedigung der Nachfrage nach Wohnungen wird sich dementsprechend in absehbarer Zukunft weiterhin schwierig gestalten, insbesondere für Personen, die auf der Suche nach günstigem Wohnraum sind. Die **angespannte Lage auf dem Wohnungsmarkt** führt zu steigenden Angebotsmieten, während sich die Bestandesmieten insbesondere aufgrund der Inflation und des Referenzzinssatzes erhöhten. Hinzu kommen die steigenden Energiepreise, welche das Wohnen allgemein verteuern.[5457] Die bestehende Wohnungsknappheit ist in der Folge insbesondere für das unterste Einkommensfünftel problematisch, bei welchen der Wohnkostenanteil seit 2000 erheblich zugenommen hat und mittlerweile gut ein Drittel des Einkommens und damit 6% mehr ausmacht. Beim nächsten Fünftel beträgt der Wohnkostenanteil nur knapp über 20% und liegt damit leicht tiefer als im Jahre 2000. Wohnraum wird somit insbesondere auch für den tiefen Einkommensbereich geschaffen werden müssen, wobei erschwerend hinzukommt, dass in naher Zukunft zahlreiche alte Wohnungen renoviert oder durch Neubauten ersetzt werden, wodurch preisgünstiger Wohnraum verschwindet.[5458] Aufgrund der hohen Baukosten werden aktuell jedoch vornehmlich Wohnungen im oberen Preissegment erstellt.[5459] Als effiziente Massnahmen zur Schaffung von mehr günstigem Wohnraum insbesondere für einkommensschwache Personen bieten sich die Erhöhung

5454 Gemäss WBF liegt eine Wohnungsnot vor, wenn die Leerwohnungsziffer unterhalb der 1%-Marke liegt. Bei einer Leerwohnungsziffer zwischen 1 und 1.5% besteht Wohnungsknappheit (Aktionsplan Wohnungsknappheit, S. 17).

5455 Martel.

5456 Bundesamt für Raumentwicklung (ARE), https://www.are.admin.ch/are/de/home/raumentwicklung-und-raumplanung/grundlagen-und-daten/raumbeobachtung/siedlung/bauzonen.html, besucht am 1.5.2026.

5457 Aktionsplan Wohnungsknappheit, S. 11.

5458 Willimann et al., S. 51.

der Ausnützungsziffer, die Förderung des gemeinnützigen Wohnungsbaus mittels Anteilen an Kostenmiete sowie die Subjektförderungen, d.h. die direkte Unterstützung anspruchsberechtigter Haushalte, an.[5460]

C. Strategie des Bundes

Der Bundesrat will die Wohnraumversorgung weiterhin primär durch die **Privatwirtschaft** nach marktwirtschaftlichen Kriterien sicherstellen. Die öffentliche Hand ist zuständig für die Marktregeln, der Bund in erster Linie für das Mietrecht über das OR, wobei er gestützt auf Art. 109 BV insbesondere Vorschriften gegen Missbräuche im Mietwesen erlassen kann. Zudem soll der Bund im Rahmen der Wohnraumförderung marktergänzend weiter zu Schliessung von Angebotslücken beitragen und zu diesem Zweck die bestehende Partnerschaft mit den Organisationen des gemeinnützigen Wohnungsbaus fortsetzen.[5461] Daneben besteht auch eine eigenständige Wohnungspolitik in einzelnen Kantonen und Gemeinden, primär durch Finanzierungshilfen.[5462] 13

Zusätzliche Massnahmen wie mietrechtliche Eingriffe in die Preisbildung, die bessere Zugänglichmachung von Grundstücken des Bundes und bundesnaher Betriebe für den preisgünstigen oder den gemeinnützigen Wohnungsbau, ein Vorkaufsrecht der Gemeinden zugunsten des preisgünstigen Wohnungsbaus oder eine Anpassung des Gebäudeprogramms von Bund und Kantonen zur Förderung von energetischen Sanierungen, die den Erhalt von preisgünstigem Wohnraum begünstigen würden**, wurden vom Bundesrat verworfen**.[5463] 14

Angesichts des grossen Bedarfs ist ersichtlich, dass die Wohnungen des **gemeinnützigen Wohnbaus,** welche knapp 4% aller Wohnungen in der Schweiz ausmachen,[5464] kaum ausreichend sein werden, um den 15

5459 Botschaft Wohnungen, S. 2230. Aktuelle Zahlen bietet der vierteljährlich erscheinende Bericht des Bundesamtes für Wohnungswesen BWO «Der Wohnungsmarkt auf einen Blick» abrufbar unter, https://www.bwo.admin.ch/bwo/de/home/Wohnungsmarkt/marktwirtschaftliche-wohnungsversorgung/wmaeb.html, besucht am 1.5.2026.

5460 Wüest Partner, S. 5; vgl. auch Aktionsplan Wohnungsknappheit, S. 11 f.

5461 Botschaft Wohnungen, S. 2223.

5462 Botschaft Wohnungen, S. 2223 mit Übersicht zu den tätigen Gemeinwesen und den einzelnen Fördermassnahmen.

5463 Botschaft Wohnungen, S. 2224.

5464 BWO Statistik, S. 10; Botschaft Wohnungen, S. 2231.

Nachfrageüberhang zu decken. Der bereits angesprochene Fonds de Roulement (vorne N. 4) erlaubte dem Bund in der Zeit seit 2003 die jährliche Unterstützung von durchschnittlich knapp 1'500 Wohnungen. Durch die Aufstockung des Fonds um 250 Millionen erwartete der Bund, dass er ab dem Jahre 2020 zuerst 1'600 Wohnungen werde fördern können und sich diese Zahl durch Rückzahlungen von Darlehen bis ins Jahr 2029 auf 1'900 Wohnungen erhöhen lasse. Ab 2030 ist eine konstante Förderung auf tieferem Niveau, d.h. 1'200 Wohnungen, vorgesehen.[5465]

16 Um dem Problem der Wohnungsknappheit Herr zu werden, hat der Vorsteher des Eidgenössischen Departements für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF), Bundesrat Guy Parmelin, Vertreterinnen und Vertreter der Kantone, der Städte und Gemeinden sowie der Immobilien- und Baubranche zu einem «Runden Tisch» eingeladen, in dessen Folge ein Aktionsplan erstellt und im Februar 2024 veröffentlicht wurde. Da der Rückgang der Bautätigkeit als wesentlicher Faktor für die sich abzeichnende Wohnungsknappheit erkannt wurde, setzt der **Aktionsplan** primär auf der Angebotsseite an, zumal staatliche Massnahmen zur Steuerung der Nachfrage nach Wohnraum in vielen Fällen mit einschneidenden gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Eingriffen verbunden wären.[5466] Die verschiedenen vorgesehenen Massnahmen sollen dazu beitragen, die Siedlungsentwicklung nach innen zu erleichtern und dabei eine hohe Qualität zu erreichen, sowie die Planungs- und Baubewilligungsverfahren zu stärken und zu beschleunigen. Dadurch soll schliesslich genügend preisgünstiger und bedarfsgerechter Wohnraum entstehen.[5467] Die Massnahmen stehen grösstenteils im Einklang mit der bisherigen Strategie des Bundesrates zur Wohnraumversorgung und versuchen primär die marktwirtschaftlichen Rahmenbedingungen zu optimieren. Aufgrund der angespannten Finanzlage wurde auf die Reaktivierung von direkten Finanzhilfen in Form von Darlehen (vgl. vorne N. 3 a.E.) oder gar A-fonds-perdu-Beiträgen verzichtet.

5465 Botschaft Wohnungen, S. 2236.
5466 Aktionsplan Wohnungsknappheit, S. 5.
5467 Aktionsplan Wohnungsknappheit, S. 15.

III. KOMMENTAR IM ENGEREN SINNE

A. Stellung in der Bundesverfassung

Art. 108 BV befindet sich im 3. Titel (Bund, Kantone und Gemeinden), 2. Kapitel (Zuständigkeiten), 8. Abschnitt, welcher die Kompetenzen und Aufgaben definiert, die dem Bund in den Bereichen «Wohnen, Arbeit, soziale Sicherheit und Gesundheit» zukommen. Zusammen mit den Sozialzielen von Art. 41 BV stellt dieser Abschnitt die sog. Sozialverfassung dar.[5468] Mit Art. 109 BV (Mietwesen) widmet sich Art. 108 BV dem **Aufgabenbereich «Wohnen»** und ist diesem über das gemeinsame Anliegen der Behebung der Wohnungsknappheit verbunden.[5469] Die beiden Bestimmungen präzisieren das in Art. 41 Abs. 1 lit. e BV genannte Sozialziel, gemäss welchem sich Bund und Kantone in Ergänzung zu persönlicher Verantwortung und privater Initiative dafür einsetzen, dass Wohnungssuchende für sich und ihre Familie eine angemessene Wohnung zu tragbaren Bedingungen finden können. Wie auch Nahrung, Sicherheit oder Bildung gehört Wohnen zu den elementaren Grundbedürfnissen der Menschen und der Staat muss sich für Personen einsetzen, die nicht in der Lage sind, dieses Bedürfnis aus eigener Kraft zu erfüllen. Soweit die Wohnraumförderung über die Minimalgarantie eines «Dachs über dem Kopf» hinaus geht,[5470] rechtfertigt der Bund seine Tätigkeit damit, dass gute Wohnverhältnisse das individuelle Wohlergehen und Leistungsfähigkeit fördere und zum sozialen Frieden sowie der Integration der Generationen und der ausländischen Bevölkerung beitrage. Dadurch würden nicht nur die Fürsorge und Sozialwerke entlastet, sondern auch der Wirtschaftsstandort Schweiz gestärkt.[5471] 17

B. Auftrag zur Förderung des Wohnungsbaus und des Wohneigentums (Abs. 1)

Art. 108 Abs. 1 BV erteilt dem Bund den grundsätzlichen Auftrag zur Wohnbauförderung und zur Wohneigentumsförderung, die vorher in Art. 18

5468 BSK-Cardinaux Art. 108 BV N. 1; vgl. auch CR-Défago Gaudin Art. 108 BV N. 8; Biaggini 8. Abschnitt BV N. 1.

5469 Aubert Art. 108 BV N. 2; Biaggini Art. 108 BV N. 1; ausführlich zum Ganzen BSK-Cardinaux Art. 108 BV N. 2.

5470 BGE 139 I 272 E. 3; BSK-Cardinaux Art. 108 BV N. 3.

5471 Botschaft WFG, S. 2830; vgl. auch SGK-Alvarez/Streiff Art. 108 N. 11.

34sexies aBV nur beiläufig erwähnt wurde.[5472] Es handelt sich um eine **verpflichtende Förderungskompetenz**, die auch die Gesetzgebungsbefugnisse für das WEG, WFG und VWBG beinhaltet.[5473] Die Kompetenz ist umfassend,[5474] verdrängt aber kantonale Kompetenzen nicht (sog. parallele Kompetenz).[5475] Kantonen und Gemeinden bleibt es somit unbenommen, gleichgelagerte oder weitergehende Wohnungsbau- und Wohneigentumsförderung vorzusehen.[5476]

19 Es werden **drei Förderungsobjekte** durch Abs. 1 genannt, nämlich «Wohnungsbau», «Erwerb von Wohnungs- und Hauseigentum, das dem Eigenbedarf Privater dient» und «die Tätigkeit von Trägern und Organisationen des gemeinnützigen Wohnungsbaus». Jedem der drei Förderanliegen kommt der gleiche Stellenwert zu.[5477]

1. Wohnungsbau

20 Wohnungsbau meint die **Schaffung und Erhaltung von Wohnraum** und umfasst neben dem Neubau von Wohnungen auch die Erneuerung des Altbestandes.[5478] Der Wohnraum kann dabei sowohl für eine Vermietung als auch für eine Eigentumsübertragung erstellt werden, nicht aber für eine Nutzung als Zweitwohnung.[5479] Die Förderung des Wohnungsbaus erfolgt über die in Abs. 2 genannten Förderinstrumente. Angesichts der aktuellen Situation auf dem Wohnungsmarkt (s. vorne N. 5 ff.), entspricht die Schaffung von zusätzlichem Wohnraum sicherlich einem öffentlichen Interesse.[5480]

2. Wohneigentumsförderung

21 Förderungswürdig ist allein der Erwerb von **Wohneigentum zum Eigenbedarf** oder zu gemeinnützigen Zwecken,[5481] wobei es sich sowohl um

5472 Botschaft BV, S. 318.
5473 Biaggini Art. 108 BV N. 3; BSK-Cardinaux Art. 108 BV N. 12.
5474 SGK-Alvarez/Streiff Art. 108 BV N. 14; BSK-Cardinaux Art. 108 BV N. 12.
5475 SKG-Alvarez Streiff Art. 108 BV N. 14; Biaggini Art. 108 BV N. 3. Zum Begriff der parallelen Kompetenz s. Tschannen, N. 767. Die Ausführungen in der Botschaft BV, S. 318 sind unter diesem Gesichtspunkt missverständlich wie Biaggini Art. 108 BV N. 3 zutreffend festhält.
5476 BSK-Cardinaux Art. 108 BV N. 21.
5477 Botschaft Wohnungen, S. 2220.
5478 Botschaft BV, S. 318.
5479 BSK-Cardinaux Art. 108 N. 17.

Stockwerkeigentum als auch um Mehr- und Einfamilienhäuser handeln kann.[5482] Wie sich aus der Formulierung «Eigenbedarf Privater» ergibt, zielen die Fördermassnahmen nur auf natürliche Personen, die mit dem Wohneigentum das Grundbedürfnis «Wohnen» decken, was bei Zweitwohnungen nicht der Fall ist.[5483] Die Wohneigentumsförderung verfolgt das politische Ziel, den Zugang zu selbstgenutztem Wohneigentum in der Schweiz zu erleichtern.[5484] Der Bund kommt diesem Auftrag insbesondere mit der vorteilhaften Ausgestaltung der Eigenmietwertbesteuerung sowie den steuerlich begünstigten Vorbezugsmöglichkeiten aus den Säulen 2 und 3a nach.[5485] Auch die steuerlichen Abzugsmöglichkeiten von Investitionen in den Bereichen Energiesparen und Umweltschutz haben einen fördernden Charakter.[5486] Jüngst wurde nun die Abschaffung der Eigenmietwertbesteuerung durch den Souverän beschlossen,[5487] ein Umstand von dem zumindest Personen profitieren, die bereits über Wohneigentum verfügen.[5488]

Cardinaux 22

vertritt die Auffassung, dass mit der Förderung des Wohneigentums **kein sozialer Zweck** oder öffentliches Interesse (mehr) verfolgt werde, da ein grosser Teil der voraussichtlich dauerhaft in der Schweiz wohnenden Bevölkerung bereits über Wohneigentum verfüge.[5489] Neben dem genannten hohen Anteil an ausländischer Bevölkerung, die nicht für immer in der Schweiz bleiben möchte, bestehen verschiedene weitere Gründe für die im Vergleich zu anderen europäischen Ländern tiefe Eigentumsquote in der Schweiz (aktuell rund 36%). Erwähnt werden u.a. die Verstädterung, die späte Einführung des Stockwerkeigentums im Jahr 1965 und das liberale Mietrecht, welches zu einem (grundsätzlich) grossen Angebot an Mietwohnungen führt.[5490] Zumindest aus volkswirtschaftlicher Sicht erscheint es nicht notwendig,

---

5480 So auch BSK-Cardinaux Art. 108 BV N. 14.

5482 BSK-Cardinaux, Art. 108 BV N. 18.

5483 BGE 139 II 243 E. 10.1; 132 I 157 E. 5.3; BSK-Cardinaux Art. 108 BV N. 18.

5484 SGK-Alvarez/Streiff Art. 108 BV N. 15.

5485 Botschaft Wohnungen, S. 2221 mit ausführlicher Darstellung der Funktionsweise. Vgl. auch BSK-Cardinaux Art. 108 BV N. 34.

5486 Botschaft Wohnungen, S. 2221.

5487 https://www.bk.admin.ch/ch/d/pore/va/20250928/index.html, besucht am 1.5.2026.

5488 Dies gilt zumindest so lange, wie das Zinsniveau tief bleibt. Vgl. Erläuterungen Liegenschaftssteuer, S. 13; Stellungnahme Objektsteuer, S. 2101, Ziff. 2.3

5489 BSK-Cardinaux Art. 108 BV N. 15.

5490 Friedli; BWO Wohneigentum, S. 3.

eine weitere Erhöhung der Eigentumsquote anzustreben. Zwar ist Wohneigentum – momentan – günstiger als mieten und der Eigentümer kann an der Wertsteigerung des Bodens teilhaben. Jedoch reduziert Wohneigentum auch die Mobilität, bindet einen Grossteil des Vermögens, führt zur Verschuldung und fördert die Zersiedelung und ist nicht generell gegenüber der Miete vorzuziehen.[5491] Trotzdem bleibt der Umstand, dass Wohneigentum für kapitalschwache Familien und Einzelpersonen in früheren Lebensabschnitten kaum erschwinglich ist, unbefriedigend, da ihnen die freie Wahl ihrer Wohnform verwehrt bleibt.[5492]

3. Träger und Organisation des gemeinnützigen Wohnungsbaus

23 Träger und Organisation des gemeinnützigen Wohnungsbaus sind vor allem die **Wohnbaugenossenschaften**.[5493] Gestützt auf das WFG wird deren Unterstützung indirekt über schweizweite tätige Organisationen umgesetzt.[5494]

24 Die drei Förderanliegen wurden, wie gesehen (vorne N. 3), bis 2001 durch das WEG umfassend vollzogen. Mit dem daran anschliessenden WFG erfolgte eine **Einschränkung des Förderbereichs** und auf allgemeine Massnahmen zur Förderung des Wohnungsbaus wurde verzichtet.[5495]

4. Zusätzliche Handlungspflichten?

25 Angesichts der in den letzten Jahren zahlreich abgelehnten Initiativen, welche die zusätzliche Förderung des Wohnbaus und des Wohneigentums angestrebt haben (vorne N. 4), sieht der Verfassungsgeber momentan offensichtlich **keinen Anlass,** um von der gewählten Strategie des Bundesrates im Bereich des Wohnungswesens, die vom Parlament gestützt wird, abzuweichen. Diese Einschätzung gilt es zu respektieren. Die aktuelle Vorgehensweise steht m.E. auch nicht in Widerspruch zu den geäusserten Absichten bei der Schaffung des ursprünglichen Art. 34^{sexies} aBV anfangs der 1970er Jahren. Bereits damals

---

5491 Friedli; BWO Wohneigentum, S. 4.

5492 Vgl. SGK-Alvarez/Streiff Art. 108 BV N. 12. Medienmitteilung Bundesrat vom 9. Juli 2021, https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-84387.html, besucht am 1.5.2026. Zumindest diesen Aspekt anerkennt auch Cardinaux.

5493 BSK-Cardinaux Art. 108 BV N. 19.

5494 Botschaft Wohnungen, S. 2222.

5495 Botschaft Wohnungen, S. 2220.

wurde dem Bundesgesetzgeber ein weiter Gestaltungsspielraum zugestanden,[5496] welcher mit der Überführung in Art. 108 BV nicht abgeändert wurde.[5497] Weder die frühere noch die aktuelle Lehre sehen darin aus verfassungsrechtlicher Sicht einen Grund zur Beanstandung.[5498] In der Rechtsprechung des Bundesgerichts finden sich wiederum keine Urteile, die wesentlich über die wörtliche Wiedergabe von Art. 108 BV resp. Art. 34[sexies] aBV hinausgehen.

C. Einzelne Förderungsmassnahmen (Abs. 2)

1. Einteilung

Abs. 2 präzisiert den Förderungsauftrag von Abs. 1.[5499] Er enthält in einer nicht abschliessenden Aufzählung **fünf Förderungsmassnahmen**.[5500] Sie lassen sich in bodenseitige («Beschaffung und Erschliessung von Land für den Wohnungsbau») und bauseitige Massnahmen («Rationalisierung und Verbilligung des Wohnungsbaus») sowie die Verbilligung der Wohnkosten einteilen. 26

Die **bodenseitigen Massnahmen** waren im WEG mit der Förderung des vorsorglichen Landerwerbs (Art. 21 ff. WEG) und der Erschliessungshilfe (Art. 12 ff. WEG) zwar vorgesehen, wurden aber kaum angewandt[5501] und dementsprechend nicht in das WFG überführt.[5502] Zu den **bauseitigen Massnahmen** wie die Förderung der Bauforschung und Baurationalisierung bestehen im WEG verschiedene Vorschriften (Art. 28 ff. WEG), währenddem sich das WFG mit der blossen Erwähnung der Förderungsgrundsätze begnügt (Art. 5 WFG). 27

2. Aktuell bestehende Massnahmen

Von Bedeutung sind nurmehr die Verbilligung der Wohnkosten, auch wenn das Verbilligungsregime des WEG, welches objektbezogene 28

5496 Botschaft Wohnbauförderung, S. 1677 f.
5497 Botschaft BV, S. 318.
5498 Junod Art. 34[sexies] aBV N. 3 respektive Biaggini Art. 108 BV N. 5.
5499 Biaggini Art. 108 BV N. 4.
5500 SGK-Alvarez/Streiff Art. 108 BV N. 18; BSK-Cardinaux Art. 108 BV N. 22.
5501 Aubert Art. 108 BV N. 10.
5502 BSK-Cardinaux Art. 108 BV N. 23.

Finanzierungshilfen ergänzt durch subjektbezogene Zusatzverbilligung vorsah, ebenfalls nicht in das WFG übernommen wurde.[5503] Dieses sieht nun zur Bereitstellung preisgünstiger Mietwohnungen (Art. 10 ff. WFG) und zur Förderung von preisgünstigem Wohneigentum (Art. 22 ff. WFG) Finanzierungshilfen in Form von zinslosen oder zinsgünstigen Darlehen und Bürgschaften vor. Allerdings wurden diese direkten Finanzhilfen bereits vor längerer Zeit sistiert (vorne N. 3 a.E.),[5504] sodass der Bund aktuell praktisch nur noch eine **indirekte Wohnbauförderung** an die Träger und die Organisationen des gemeinnützigen Wohnungsbaus betreibt, die sich auf die allgemeine Förderungskompetenz nach Abs. 1 stützt.

29 Seit langer Zeit besteht der mit Bundesgeldern geäufnete **Fonds de Roulement** (vorne N. 4, N. 15), aus welchem den gemeinnützigen Wohnbauträgern verzinsliche und rückzahlbare Darlehen zur Verfügung gestellt werden (Art. 34 lit. c; Art. 37 WFG). Weiter verbürgt der Bund Anleihen der Emissionszentrale für gemeinnützige Wohnbauträger (EGW), die eine langfristige Kapitalaufnahme der EGW-Mitglieder zu günstigen Zinskonditionen erlaubt (Art. 34 lit. a; Art. 35 WFG). Zudem gewährt der Bund Rückbürgschaften an die Hypothek-Bürgschaftsgenossenschaft schweizerischer Bau- und Wohnbaugenossenschaften (HBG), wodurch die Wohnbaufinanzierung erleichtert und eine geringere Zinsbelastung ermöglicht wird (Art. 34 lit. b; Art. 36 WFG).[5505] Diese Massnahmen haben sich gemäss WBF bewährt und sollen weitergeführt und gezielt verbessert werden.[5506]

30 Die Tragweite von Abs. 2 erscheint unter den erwähnten Umständen als beschränkt, da die Beispiele, die dieser Absatz zur Veranschaulichung der Massnahmen formuliert, welche gestützt auf der Grundlage des allgemeinen Auftrags von Abs. 1 ergriffen werden können, mittlerweile zum grössten Teil **toter Buchstabe** sind.[5507] Der Gesetzgeber legt Art. 108 BV eng aus und stützt auf diesen nur die unmittelbare Wohnbau- und Wohneigentumsförderung. Wie gesehen (vorne N. 13 ff.), will sich auch der Bundesrat – wenn möglich –

5503 BSK-Cardinaux Art. 108 BV N. 25.

5504 SGK-Alvarez/Streiff Art. 108 BV N. 22; BSK-Cardinaux Art. 108 BV N. 25 führt an, die Finanzierungshilfen wären aufgrund des Tiefzinsumfeldes sowie der behördlichen Mietzinskontrolle bei Inanspruchnahme ohnehin kaum nachgefragt gewesen.

5505 Botschaft Wohnungen, S. 2222.

5506 Aktionsplan Wohnungsknappheit, S. 11.

5507 CR-Défago Gaudin Art. 108 BV N. 26.

weiterhin auf die indirekte Förderung des Wohnungsbaus konzentrieren. Wie bereits erwähnt (vorne N. 25), schöpft er mit diesem Vorgehen seine Kompetenzen, die ihm durch Art. 108 BV gewährt werden, nicht in mangelhafter Weise aus. Diese Erkenntnis betreffend die allgemeinen Bestimmungen gilt selbstverständlich auch hinsichtlich der besonderen Förderungsmassnahmen.

Unter diesem Aspekt existieren **zahlreiche weitere staatliche Massnahmen**, die Auswirkungen auf den Wohnungsbau und das Wohneigentum haben.[5508] Bereits erwähnt wurde die Wohneigentumsförderung durch die vorteilhafte Ausgestaltung der Eigenmietwertbesteuerung, welche mittlerweile sogar ganz abgeschafft worden ist (vorne N. 21), sowie den steuerlich begünstigten Vorbezugsmöglichkeiten in der Vorsorge. Auch die Gewährung der Ergänzungsleistungen durch AHV und IV berücksichtigt die Wohnkosten und geht gezielt an wirtschaftlich schlechter gestellte Personen. Diese Ergänzungsleistungen sind ebenfalls zu den Wohnförderungsmassnahmen zu zählen und als Subjekthilfe zu werten.[5509] Zudem können die Kantone – wie bereits gesehen – ebenfalls in der Wohnraumförderung tätig werden. Ihnen ist es darüber hinaus gestützt auf ihre Kompetenzen im Raumplanungs- und Baurecht (Art. 75 BV) möglich, den gemeinnützigen Wohnungsbau auch mit raumplanerischen Mitteln zu fördern, bspw. durch Abtretung von Bauland oder Gewährung von Nutzungsprivilegien.[5510] 31

3. Zielkonflikte

Gerade im Bereich der **Raumplanung** bestehen – wie bereits angetönt – jedoch erhebliche Zielkonflikte angesichts der Bevölkerungsentwicklung und der Vorgabe der haushälterischen Nutzung des Bodens (Art. 75 BV). Ein funktionierendes Zusammenspiel zwischen der Wohnbau- und Eigentumsförderung und der Verdichtung nach innen ist unbedingt notwendig.[5511] Berührungspunkte stehen auch bei der Erschliessung (hinten Abs. 3). Keine unmittelbare Auswirkung auf die Wohnbau- und 32

5508 BSK-Cardinaux Art. 108 BV N. 28.

5509 SKG-Alvarez/Streiff Art. 108 BV N. 27.

5510 BSK- Cardinaux Art. 108 BV N. 31 mit weiteren Beispielen. Ausführlich zum Ganzen Bühlmann/Spori.

5511 Vgl. auch BSK-Cardinaux Art. 108 BV N. 30.

Wohneigentumsförderung hat Art. 75b BV, welcher sich nur auf die Zweitwohnungen, nicht aber auf die Grundversorgung bezieht.[5512] Die tatsächlichen Effekte dieser Bestimmung und des darauf beruhenden ZWG auf den Erstwohnungsmarkt sind umstritten.[5513] Gleiches gilt für die aktuell bestehenden Auswirkungen der «Lex Koller». M.E. sind jene von untergeordneter Bedeutung, da unter den Anwendungsbereich der «Lex Koller» nur ein äusserst geringer Teil der hiesigen Immobilientransaktionen fällt.[5514]

D. Erschliessung und Baurationalisierung (Abs. 3)

33 Abs. 3 gewährt dem Bund eine auf die Bereiche der Erschliessung von Bauland und die Baurationalisierung beschränkte Gesetzgebungskompetenz mit nachträglich derogatorischer Wirkung (**konkurrierende Kompetenz**).[5515] Die Kompetenz ist nicht verpflichtend;[5516] schöpft der Bund sie aber aus, so kann er diese Bereiche umfassend regeln und ist (anders als in der Raumplanung) nicht auf die Bestimmung von Grundsätzen beschränkt.[5517]

1. Erschliessung

34 Die Gesetzgebungskompetenz zur Erschliessung von **Land für den Wohnungsbau** überschneidet sich mit der Raumplanung (Art. 75 BV), der eine Kompetenz für denselben Gegenstand enthält.[5518] Das WEG verfügt über ein eigenes Kapitel zum Erschliessungsrecht (Art. 4 ff. WEG), welches weiterhin Gültigkeit besitzt. Die vorgesehenen Massnahmen wurden jedoch

---

5512. So auch SGK-Alvarez/Streiff Art. 108 BV N. 29.

5513. OK-Mösching Art. 75b BV N. 53 ff.; SGK-Alvarez/Streiff Art. 108 BV N. 29.

5514. So auch Wüest Partner, S. 5 sowie ausführlich S. 63 f.; RFA Änderungen BWG, Ziff. 3, 8.1 und 8.4 oder bereits die Botschaft Aufhebung Lex Koller S. 5752 ff. Eine Lektüre lohnt sich, um die tatsächlichen Auswirkungen der Lex Koller auf den Schweizer Immobilienmarkt zu verstehen und verschiedenen gängigen Missverständnissen vorzubeugen; a.A. BSK-Cardinaux Art. 108 BV N. 38 der davon ausgeht, dass dieses Gesetz viele potenzielle Interessenten, die nicht hier wohnen, vom Schweizer (Erst-) Wohnungsmarkt fernhalte und dadurch zusätzlichen Nachfrage-/Preisdruck verhindere. Belege oder gar eine Quantifizierung dieses Effekts werden leider nicht genannt.

5515. Aubert Art. 108 BV N. 15; Biaggini Art. 108 BV N. 6; BSK-Cardinaux Art. 108 BV N. 40; SGK-Alvarez/Streff Art. 108 N. 31; CR-Défago Gaudin Art. 108 BV N. 32.

5516. Biaggini Art. 108 BV N. 6; BSK-Cardinaux Art. 108 BV N. 39. Vgl. die «kann» Formulierung.

5517. Botschaft BV, S. 318.

5518. Botschaft BV, S. 318.

nur wenig verwendet und nicht in das WFG übernommen.[5519] Das Verhältnis der Bestimmungen des WEG zu Art. 19 RPG, welcher die Erschliessung in der Raumplanung regelt, ist umstritten.

Gemäss Art. 19 Abs. 1 RPG ist Land erschlossen, wenn die für die betreffende Nutzung hinreichende Zufahrt besteht und die erforderlichen Wasser-, Energie- sowie Abwasserleitungen so nahe heranführen, dass ein Anschluss ohne erheblichen Aufwand möglich ist. Art. 4 WEG präzisiert den Begriff der Erschliessung für den Wohnungsbau, wobei er zwischen Grob- und Feinerschliessung unterscheidet.[5520] Art. 4 bis 6 WEG, obschon zeitlich vor dem RPG datierend, können grundsätzlich als **Konkretisierungen** der beiden ersten Absätzen von Art. 19 RPG interpretiert werden.[5521] Die Bestimmungen des WEG zur Baulandumlegung (Art. 7 ff.) wiederum gehen als *lex specialis* dem allgemeinen Grundsatz der Landumlegung nach Art. 20 RPG vor.[5522] 35

2. Baurationalisierung

Baurationalisierung heisst, Bauten von bestimmtem Wert mit geringerem Aufwand und mit geringeren Kosten herzustellen oder mit bestimmtem Aufwand mehr oder Besseres zu bauen. Dieses Ziel kann durch **Verbesserungen planerischer, organisatorischer und technischer Art** erreicht werden.[5523] Das WEG sieht dazu einige allgemeine Bestimmungen vor (Art. 28 ff. WEG), insb. dass der Bundesrat Richtlinien über die Baurationalisierung (Art. 31 WEG) und – soweit nötig – die für die Baurationalisierung unerlässlichen rechtlichen Vorschriften erlässt (Art. 32 WEG). Diese Bestimmungen ohne inhaltliche Festlegung sind weiterhin in Kraft, das WFG sieht hingegen keine (eigenen) Vorschriften zur Baurationalisierung mehr vor.[5524] Der Bund hat aber bis heute keine für die Baurationalisierung unerlässlichen Bauvorschriften erlassen.[5525] Der Bundesrat verortet das Planungs- und Baurecht nicht im Verantwortungsbereich des Bundes, jedoch seien auf 36

5519 SGK-Alvarez/Streiff Art. 108 BV N. 32; BSK-Cardinaux Art. 108 BV N. 41.

5520 Urteil 1C_667/2017 vom 18. Juni 2018 E. 2.1.

5521 Ausführlich dazu Jeannerat Art. 19 RPG N. 10.

5522 BGE 118 Ib 417 E. 1c; BSK-Cardinaux Art. 108 BV N. 41; von einem generellen Vorrang spricht Aubert Art. 108 BV N. 13.

5523 Botschaft WEG, S. 703 mit weiteren Ausführungen; vgl. auch BSK-Cardinaux Art. 108 BV N. 42; CR-Défago Gaudin Art. 108 BV N. 30.

kantonaler Ebene Harmonisierungsbestrebungen seit längerem im Gang und eine formelle Harmonisierung der wichtigsten im kantonalen Recht verwendeten Baubegriffe und Messweisen habe stattgefunden. Der Interkantonalen Vereinbarung vom 22. September 2005 über die Harmonisierung der Baubegriffe (IVHB) sind bis anhin 16 Kantone beigetreten.[5526] Zudem hat das ARE eine Musterstruktur für ein kantonales Baugesetz vorgelegt, welche zur Vereinheitlichung der verschiedenen kantonalen Baugesetze beitragen und die Effizienz beim Bauen erhöhen soll.[5527] Im Zuge des Aktionsplans Wohnungsknappheit will sich nun der Bund auch bei der effizienteren Gestaltung der Planungs- und Baubewilligungsverfahren zumindest unterstützend einbringen.[5528] Die technische Baurationalisierung bleibt schliesslich grösstenteils privaten Initiativen überlassen.[5529]

37 Zusammen mit der Baurationalisierung wurde in Art. 34^{sexies} Abs. 2 lit. c aBV auch die Forschung erwähnt und Art. 25 ff. WEG widmete der Wohnungsmarktforschung, Bauforschung und Baurationalisierung einen gemeinsamen Titel. **Art. 108 BV verzichtet auf die ausdrückliche Erwähnung der Förderung der Wohnungsmarkt- und Bauforschung.** Die Kompetenz zur Grundlagenbeschaffung sei in den verschiedenen Sachkompetenzen des Bundes jeweils implizit enthalten.[5530] Zudem besteht mit Art. 64 BV eine umfassende Kompetenz zur Förderung der Forschung, worauf sich die gesetzlich vorgesehenen Forschungsaufträge zur Wohnbau- und Wohneigentumsförderung ebenfalls abstützen können. Im WFG sind die Bestimmungen zur Forschungsförderung allgemeiner gehalten als im WEG. Die vom Bundesamt für Wohnungswesen unterstützte Forschung soll vor allem dazu dienen, die Markttransparenz zu erhöhen sowie Grundlagen für eine Verbesserung des Wohnraumangebots und des Wohnumfelds zu

5524 Gemäss BSK-Cardinaux Art. 108 BV N. 42 entsprechen die allgemeinen Förderungsgrundsätzen von Art. 5 lit. a und b WFG (haushälterischer Umgang mit Ressourcen wie Boden und Energie; hohe bauliche Qualität und hoher Gebrauchswert des Wohnraums) immerhin den Zielen der Baurationalisierung (vgl. dazu auch SGK-Alvarez/Streiff Art. 108 BV N. 36).

5525 Botschaft WFG, S. 2836; SGK-Alvarez/Streiff Art. 108 BV N. 37.

5526 Botschaft Wohnungen, S. 2230; SGK-Alvarez/Streiff Art. 108 BV N. 37.

5527 Botschaft Wohnungen, S. 2230

5528 Aktionsplan Wohnungsknappheit, S. 9 f.

5529 SGK-Alvarez/Streiff Art. 108 BV N. 38.

5530 Botschaft BV, S. 319.

erarbeiten (Art. 41 Abs. 1 WFG). Darüber hinaus kann die Bauforschung auch als bauseitige Fördermassnahme nach Massgabe von Art. 108 Abs. 2 BV verstanden werden.[5531]

E. Berücksichtigung der Interessen bestimmter Bevölkerungsgruppen / Soziale Verpflichtung (Abs. 4)

Abs. 4 hebt in **allgemeiner Weise** die soziale Verpflichtung der Wohnbau- und Eigentumsförderung hervor,[5532] ohne dabei eine Kompetenz begründen.[5533] Die Aufzählung nennt ausdrücklich Familien, Betagte, Bedürftige und Behinderte, ohne dabei Prioritäten festzulegen.[5534] Den erwähnten Personengruppen ist gemeinsam, dass sie sich aus finanziellen oder anderen Gründen mit besonderen Herausforderungen auf dem Wohnungsmarkt oder beim Erwerb von Wohneigentum konfrontiert sehen.[5535] Da die Aufzählung nicht abschliessend ist, dürfen auch die Interessen anderer Personengruppen berücksichtigt werden, z.B. Jugendliche, die nicht ausdrücklich aufgeführt sind.[5536] 38

IV. FAZIT

Der Bund nimmt seine Kompetenzen im Bereich der Wohnbau- und Wohneigentumsförderung mit **grosser Zurückhaltung** war. Er beschränkt seine Tätigkeit grösstenteils darauf, die marktwirtschaftlichen Rahmenbedingungen für eine ausreichende Versorgung mit Wohnungen sicherzustellen. Trotz früheren und der momentan bestehenden Wohnungsknappheit ist die Strategie im Grossen und Ganzen gut aufgegangen, zumal die Schweiz immer wieder einen grossen Bevölkerungszuwachs zu absorbieren hatte. Auch wenn die mangelnde Ausschöpfung der Kompetenz von verschiedener Seite bedauert wird und zusätzliche Eingriffe in den Wohnungsmarkt gefordert werden, wäre ein Erfolg nicht garantiert. Schon nur aufgrund der schieren Grösse des 39

5531 BSK-Cardinaux Art. 108 BV N. 27.
5532 Botschaft BV, S. 319.
5533 SGK-Alvarez/Streiff Art. 108 N. 40; BSK-Cardinaux Art. 108 BV N. 43; CR-Défago Gaudin Art. 108 BV N. 34.
5534 Biaggini Art. 108 BV N. 7.
5535 SGK-Alvarez/Streiff Art. 108 BV N. 39.
5536 SGK-Alvarez/Streiff Art. 108 BV N. 40 f.; CR-Défago Gaudin Art. 108 BV N. 34.

Wohnungsmarktes ist die staatliche Einflussnahme – nicht nur aufgrund finanzieller Engpässe – begrenzt. Insgesamt ist das gewählte Vorgehen nicht zu beanstanden und insbesondere besteht für die Kantone und Gemeinden die Möglichkeit, vor Ort ergänzend einzugreifen. Dies tun sie auch immer wieder, bessere Resultate vermögen sie bis anhin jedoch nicht vorzuzeigen bzw. sind solche nicht belegt.[5537]

Zum Autor

Dr. iur. Fabian Mösching, Rechtsanwalt, LL.M. (University of Sydney), ist Gerichtsschreiber an der I. öffentlich-rechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts in Lausanne. Er hat seine Dissertation über Massnahmen zur Beschränkung von Zweitwohnungen verfasst.

WEITERE EMPFOHLENE LEKTÜRE

Alvarez Cipriano/Streiff Oliver, Art. 108 BV in: Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar 4. Aufl., Zürich 2023.

Aubert Jean-François, Art. 108 BV in: Aubert Jean-François/Mahon Pascal, Petit Commentaire de la Constiution fédérale de la Confédération Suisse, Zürich/Basel/Genf 2003.

Biaggini Giovanni, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017.

Bühlmann Lukas/Spori Niklaus, Förderung des gemeinnützigen Wohnungsbaus mit raumplanerischen Mitteln, Gutachten im Auftrag des Bundesamtes für Wohnungswesen, Raum & Umwelt, 2010/1, S. 1 ff.

Bundesamt für Wohnungswesen (BWO), Bern und Bundesamt für Statistik (BFS), Neuenburg, Statistik des gemeinnützigen Wohnungsbaus 2024, abrufbar unter, https://www.bwo.admin.ch/bwo/de/home/wohnraumfoerderung/zahlen-und-fakten/statistik_gemeinnuetziger_wohnungsbau.html, besucht am 1.5.2026.

Bundesamt für Wohnungswesen (BWO), Bern, Wie viele Haushalte haben in der Schweiz Wohneigentum und warum sind es nicht mehr?, abrufbar unter,

5537.Vgl. z.B. Ters, S. 32 ff.

https://www.bwo.admin.ch/bwo/de/home/Wohnungsmarkt/zahlen-und-fakten/wohneigentumsquote.html, besucht am 1.5.2026.

Cardinaux Basile, Art. 108 BV in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.). Schweizerische Bundesverfassung, Basler Kommentar, 2. Aufl. Basel 2025.

Défago Gaudin Valérie, Art. 108 BV in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Constitution fédérale, Commentaire Romand, Basel 2021.

Scognamiglio Donato, IAZI AG, Standpunkt: Wohnungsknappheit ist kein Naturgesetz, 2023, abrufbar unter, https://www.iazi.ch/news/medien/politik_05_2023.pdf, besucht am 1.5.2026.

Willimann Ivo/Lienhard Melanie/Gmünder Markus/Käppeli Stephan, Wohnungsknappheit in der Schweiz: Ein Überblick, Die Volkswirtschaft vom 6. Februar 2024, S. 48 ff.

Wüest Partner, Wirkung wohnungspolitischer Massnahmen, Auftragsstudie für die Volkswirtschaftsdirektion und die Baudirektion des Kantons Zürich, Zürich 2024.

LITERATURVERZEICHNIS

Alvarez Cipriano/Streiff Oliver, Art. 108 BV in: Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar 4. Aufl., Zürich 2023.

Aubert Jean-François, Art. 108 BV in: Aubert Jean-François/Mahon Pascal, Petit Commentaire de la Constiution fédérale de la Confédération Suisse, Zürich/Basel/Genf 2003.

Biaggini Giovanni, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017.

Botschaft vom 21.3.2018 zur Volksinitiative «Mehr bezahlbare Wohnungen» und zu einem Bundesbeschluss über einen Rahmenkredit zur Aufstockung des Fonds de Roulement zugunsten des gemeinnützigen Wohnungsbaus, BBl 2018 2213, abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2018/849/de, besucht am 1.5.2026. (zit. Botschaft Wohnungen).

Botschaft vom 23.6.2010 zur Volksinitiative «Sicheres Wohnen im Alter», BBl 2010 5303, abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2010/887/de, besucht am 1.5.2026. (zit. Botschaft Sicheres Wohnen im Alter).

Botschaft vom 18.9.2009 zu den Volksinitiativen «Für ein steuerlich begünstigtes Bausparen um Erwerb von selbstgenutztem Wohneigentum und zur Finanzierung von baulichen Energiespar- und Umweltschutzmassnahmen (Bauspar-Initiative)» sowie «Eigene vier Wände dank Bausparen», BBl 2009 6975, abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2009/1240/de, besucht am 1.5.2026. (zit. Botschaft Bausparen).

Botschaft vom 4.7.2007 zur Aufhebung des Bundesgesetzes über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland, BBl 2007 5743, abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2007/791/de, besucht am 1.5.2026. (zit. Botschaft Aufhebung Lex Koller).

Botschaft vom 27.2.2002 über die Förderung von preisgünstigem Wohnraum, BBl 2002 2829, abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2002/399/de, besucht am 1.5.2026. (zit. Botschaft WFG).

Botschaft vom 20.11.1996 über eine neue Bundesverfassung, BBl 1997 I 1, abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1997/1_1_1_1/de, besucht am 1.5.2026. (zit. Botschaft BV).

Botschaft an die Bundesversammlung zum Bundesgesetz zur Förderung des Wohnungsbaus und des Erwerbs von Wohnungs- und Hauseigentum vom 17.9.1973, BBl 1973 II 679, abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1973/2_679_663_533/de, besucht am 1.5.2026. (zit. Botschaft WEG).

Botschaft an die Bundesversammlung betreffend die Ergänzung der Bundesverfassung durch einen Artikel 34^{sexies} über die Wohnbauförderung und einen Artikel 34^{septies} über die Allgemeinverbindlicherklärung von Verbandsvereinbarungen auf dem Gebiete des Wohnungswesens sowie den Bericht über das eidgenössische Volksbegehren zur Bildung eines Wohnbaufonds zwecks Förderung des Wohnungsbaus, des Wohnungseigentums und für die Sicherstellung angemessener Wohnungsmietzinse (vom 30.6.1971), BBl 1971 I 1657, abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1971/1_1657_1677_1335/de, besucht am 1.5.2026. (zit. Botschaft Wohnbauförderung).

Bericht an die Bundesversammlung über das Volksbegehren «Für die Familie» vom 10.10.1944, BBl 1944 865, abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1944/1_865_825_9/de, besucht am 1.5.2026. (zit. Botschaft Familie).

Bundesamt für Wohnungswesen (BWO), Bern, Wie viele Haushalte haben in der Schweiz Wohneigentum und warum sind es nicht mehr?, abrufbar unter, https://www.bwo.admin.ch/bwo/de/home/Wohnungsmarkt/zahlen-und-fakten/wohneigentumsquote.html, besucht am 1.5.2026. (zit. BWO Wohneigentum).

Bundesamt für Wohnungswesen (BWO), Bern und Bundesamt für Statistik (BFS), Neuenburg, Statistik des gemeinnützigen Wohnungsbaus 2024, abrufbar unter, https://www.bwo.admin.ch/bwo/de/home/wohnraumfoerderung/zahlen-und-fakten/statistik_gemeinnuetziger_wohnungsbau.html, besucht am 1.5.2026. (zit. BWO Statistik).

Bühlmann Lukas/Spori Niklaus, Förderung des gemeinnützigen Wohnungsbaus mit raumplanerischen Mitteln, Gutachten im Auftrag des Bundesamtes für Wohnungswesen, Raum & Umwelt, 2010/1, S. 1 ff.

Cardinaux Basile, Art. 108 BV in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Schweizerische Bundesverfassung, Basler Kommentar, 2. Aufl. Basel 2025.

Défago Gaudin Valérie, Art. 108 BV in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Constitution fédérale, Commentaire Romand, Basel 2021.

Eidgenössisches Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF), Aktionsplan Wohnungsknappheit, Runder Tisch vom 13. Februar 2024, abrufbar unter, https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/86057.pdf, besucht am 1.5.2026. (zit. Aktionsplan Wohnungsknappheit).

Erläuterungen des Bundesrates zur Volksabstimmung vom 28. September 2025 betreffend den Beschluss über die kantonalen Liegenschaftssteuern auf Zweitliegenschaften, abrufbar unter, https://www.admin.ch/de/volksabstimmung-vom-28-september-2025, besucht am 1.5.2026. (zit. Erläuterungen Liegenschaftssteuern).

Fahrländer Partner Raumentwicklung AG, Regulierungsfolgeabschätzung zur Änderung des BewG als Begleitmassnahmen im Kontext der

Nachhaltigkeitsinitiative sowie zur Beantwortung der Motion 22.4413 von SR Martin Schmid, Bericht vom 18. November 2025, abrufbar unter, https://www.admin.ch/de/newnsb/4mzivVX5Ko4dpap06YtuI, besucht am 1.5.2026. (zit. RFA Änderungen BewG).

Friedli Daniel, Eigenheim-Paradox: Wieso die Schweiz reich ist und die Mehrheit trotzdem zur Miete wohnt, NZZ am Sonntag vom 13.10.2024.

Jeannerat Eloi, Art. 19 RPG in: Aemissegger Heinz/Moor Pierre/Ruch Alexander/Tschannen Pierre (Hrsg.), Praxiskommentar RPG, Nutzungsplanung, Zürich 2017.

Junod, Charles-André, Art. 34^{sexies} aBV in: Aubert Jean-François et al. (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Basel 1987-1996.

Martel Andrea, Die Schweiz steuert auf eine Wohnungsnot zu. Verdichtetes Bauen allein wird das Problem nicht lösen, NZZ vom 11.1.2023.

Mösching Fabian, Kommentierung zu Art. 75b BV in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (Hrsg.) Onlinekommentar zur Bundesverfassung – Version 4.11.2023.

Stellungnahme des Bundesrates vom 21. August zur Parlamentarischen Initiative Einführung einer Objektsteuer auf Zweitliegenschaften, BBl 2024 2101, abrufbar unter, https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2024/2101/de, besucht am 1.5.2026. (zit. Stellungnahme Objektsteuer).

Ters Kristyna, Wohnschutz bremst den Neubau in der Schweiz, Die Volkswirtschaft vom 10.3.2026, S. 32 ff.

Tschannen Pierre, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 5. Aufl. Bern 2021.

Tschirren Martin, Wohnraum bleibt knapp, Die Volkswirtschaft vom 10.3.2026, S. 24 ff.

Willimann Ivo/Lienhard Melanie/Gmünder Markus/Käppeli Stephan, Wohnungsknappheit in der Schweiz: Ein Überblick, Die Volkswirtschaft vom 6.2.2024, S. 48 ff.

Wüest Partner, Wirkung wohnungspolitischer Massnahmen, Auftragsstudie für die Volkswirtschaftsdirektion und die Baudirektion des Kantons Zürich, Zürich 2024.

ACHTUNG: Diese Version des Kommentars ist eine automatische maschinelle Übersetzung des Originals. Die Originalversion ist französisch. Die Übersetzung wurde mit www.deepl.com durchgeführt. Nur die Originalversion ist autoritativ. Die übersetzte Form des Kommentars kann nicht zitiert werden.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 110 BV

Eine Kommentierung von Nicolas Bueno / Yasmin Bellazrak-Dinari

ZITIERVORSCHLAG

Nicolas Bueno/Yasmin Bellazrak-Dinari, Commentary of art. 110 FC, in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (eds.), Online Commentary of the Swiss Federal Constitution

Kurzzitat: OK-Bueno/Bellazrak-Dinari, art. 110 FC N. XXX.

Art. 110 Arbeit

[1] Der Bund kann Vorschriften erlassen über:

a. den Schutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer;

b. das Verhältnis zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite, insbesondere über die gemeinsame Regelung betrieblicher und beruflicher Angelegenheiten;

c. die Arbeitsvermittlung;

d. die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen.

[2] Gesamtarbeitsverträge dürfen nur allgemeinverbindlich erklärt werden, wenn sie begründeten Minderheitsinteressen und regionalen

Verschiedenheiten angemessen Rechnung tragen und die Rechtsgleichheit sowie die Koalitionsfreiheit nicht beeinträchtigen.

[3] Der 1. August ist Bundesfeiertag. Er ist arbeitsrechtlich den Sonntagen gleichgestellt und bezahlt.

GLIEDERUNG

I. Entstehung 1308
II. Hintergrund und Systematik 1310
III. Kommentar im eigentlichen Sinne 1311
A. Art. 110 Abs. 1 BV. : Gesetzgebungskompetenz 1311
1. Art. 110 Abs. 1 lit. a BV. : Schutz der Arbeitnehmer. 1312
2. Art. 110 Abs. 1 lit. b BV. : Verhältnis zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern 1314
3. Art. 110 Abs. 1 lit. c BV. : Arbeitsvermittlung 1316
4. Art. 110 Abs. 1 lit. d BV. : Gesamtarbeitsverträge. 1317
B. Art. 110 Abs. 2 BV. : Bedingungen für die Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen 1318
C. Art. 110 Abs. 3 BV. : 1. August 1319
Empfohlene weiterführende Lektüre 1320
Literaturverzeichnis 1321

I. ENTSTEHUNG

1 Die industrielle Revolution hat die sozioökonomische Situation der europäischen Gesellschaften im 19. Jahrhundert erheblich verändert. Sie brachte eine Arbeiter- und Stadtklasse hervor, die oftmals schwierigen Lebensbedingungen ausgesetzt war. Ideologisch unterstützt durch das sozialistisch-marxistische Denken in Europa, forderte die Arbeiterbewegung nach und nach das Bedürfnis nach gesetzlichem Schutz und erwarb bestimmte Rechte, die den Ursprung des Arbeitsrechts bildeten.

2 Dieses Bedürfnis nach Schutz spiegelte sich in den europäischen Arbeitsgesetzen wider. In der Schweiz entstanden die ersten Rechtsvorschriften zum Schutz der Arbeiterinnen und Arbeiter Anfang des 19. Jahrhunderts, zunächst auf kantonaler Ebene. Dieser Bereich fiel in die ausschließliche Zuständigkeit der Kantone. Ursprünglich erstreckte sich der Schutz hauptsächlich auf Frauen- und Kinderarbeit und nur auf Industriebetriebe, obwohl der Agrarsektor 1850 rund 50 % der Bevölkerung in der Schweiz beschäftigte. In Bezug auf die Gesetzgebung war der Kanton Zürich mit der Verabschiedung des kantonalen Reglements vom 7. November 1815 zum Schutz der in Fabriken arbeitenden Kinder Vorreiter in der Schweiz. Der Kanton Thurgau folgte dem Beispiel und verabschiedete am 22. Dezember 1815 eine vergleichbare Verordnung über Kinderarbeit. Der Kanton Glarus war der erste Kanton, der den Schutz auf erwachsene Arbeiterinnen und Arbeiter in Fabriken ausdehnte.

3 Während die Bundesverfassung vom 12. September 1848 die Einrichtung des schweizerischen Bundesstaates markierte, dauerte es bis zur Annahme der Bundesverfassung vom 29. Mai 1874 (aBV), bis der Staat auf Bundesebene Gesetzgebungskompetenzen im Bereich des Arbeitnehmerschutzes erlangte. Zunächst verlieh Art. 34 aBV dem Bund die Kompetenz, in bestimmten Bereichen Gesetze zum Schutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer zu erlassen. Absatz 1 dieser Bestimmung sah vor, dass der Bund die Kompetenz hat, "einheitliche Vorschriften über die Kinderarbeit in den Fabriken, über die Arbeitszeit, die den Erwachsenen dort auferlegt werden kann, sowie über den Schutz, der den Arbeitern gegen die Ausübung ungesunder und gefährlicher Gewerbe zu gewähren ist, zu erlassen".

Auf dieser Grundlage verabschiedete der Bund das Bundesgesetz vom 23. März 1877 über die Arbeit in den Fabriken, das am 21. Oktober desselben Jahres vom Volk in einem Referendum angenommen wurde. Dieses Gesetz verbot die Arbeit von Kindern unter 14 Jahren in Fabriken, begrenzte die Dauer eines Arbeitstages auf elf Stunden, regelte die Nachtarbeit und führte die Kausalhaftung des Arbeitgebers für Arbeitsunfälle ein. Mit seiner Verabschiedung verfügte die Schweiz damals über eine der schützendsten Gesetzgebungen in Europa. 4

Die Bundeskompetenz blieb jedoch auf die Arbeit in den eigentlichen Fabriken beschränkt. Mit dem Inkrafttreten von Art. 34t^{er} aBV am 5. Juli 1908 wurde die Gesetzgebungskompetenz des Bundes auf den Bereich des Gewerbes ausgedehnt, d.h. auf die Tätigkeiten des Handwerks und der Handwerker. Diese Erweiterung schloss jedoch weiterhin den Agrarsektor aus. 5

In der Nachkriegszeit stimmten Volk und Stände einer Revision einiger Wirtschaftsartikel der Verfassung zu, die die Kompetenzen des Bundes im Bereich des öffentlichen Arbeitsrechts und der Sozialversicherungen noch etwas ausweitete. Mit der Revision von Art. 34t^{er} aBV erhielt der Bund das Recht, umfassender zu legiferieren "über den Schutz der Angestellten und Arbeiter", "die Beziehungen zwischen Arbeitgebern und Angestellten oder Arbeitern, insbesondere über die gemeinsame Regelung von Fragen, die den Betrieb und den Beruf betreffen" oder auch über die "Allgemeinverbindlichkeit von Gesamtarbeitsverträgen". 6

Der heutige Art. 110 BV übernimmt im Wesentlichen Art. 34ter aBV in der Fassung von 1947. Absatz 3 über die 1. August-Feier übernimmt seinerseits Art. 116bis aBV und präzisiert ihn. Dieser Absatz wurde nach der Annahme einer Volksinitiative im Jahr 1993 in die Verfassung von 1874 eingefügt. Im Gegensatz dazu wurde Art. 34 aBV über die Arbeit in Fabriken als überholt angesehen und nicht übernommen. 7

Mehrere Volksinitiativen versuchten vergeblich, Art. 34ter aBV oder Art. 110 BV zu ändern. Die meisten zielten auf mehr Urlaub oder den Schutz der Löhne ab, wie die Initiativen "6 Wochen Ferien für alle", "für eine kürzere Arbeitszeit" oder die Mindestlohninitiative. Die Initiative "1:12 - Für gerechte Löhne" hatte zum Ziel, den Unterschied zwischen dem höchsten und dem niedrigsten Lohn innerhalb eines Unternehmens auf das Zwölffache zu 8

begrenzen. Schließlich wurde die Volksinitiative "Für ein bedingungsloses Grundeinkommen" am 5. Juni 2016 abgelehnt. Eine neue Initiative zu diesem Thema, "Leben in Würde - für ein finanzierbares bedingungsloses Grundeinkommen", scheiterte zuletzt im Stadium der Unterschriftensammlung.

II. HINTERGRUND UND SYSTEMATIK

9 Art. 110 BV ist eine zentrale Bestimmung im Bereich des (öffentlichen) Arbeitsrechts. Er befindet sich im zweiten Kapitel des Titels III der Verfassung, der die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen regelt. Die Funktion dieser Bestimmung besteht darin, den Bund zu ermächtigen, Gesetze zu bestimmten Bereichen des öffentlichen Arbeitsrechts zu erlassen, insbesondere zum Schutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer. Im Bereich der Arbeit sind die Gesetzgebungskompetenz für die konjunkturelle Beschäftigungspolitik und die Arbeitslosenversicherung Gegenstand spezifischerer Bestimmungen, nämlich der Artikel 100 bzw. 114 BV. Darüber hinaus bildet Art. 122 Abs. 1 BV die Verfassungsgrundlage für das private Arbeitsrecht. Er verleiht dem Bund die Kompetenz, Vorschriften im Bereich des Zivilrechts und des Zivilprozessrechts zu erlassen.

10 Art. 110 BV ist also keine Norm, die dem Einzelnen Grundrechte in Bezug auf die Arbeit verleiht. Die Verfassung garantiert im Übrigen nur die Vereinigungsfreiheit und das Streikrecht im Titel über die Grundrechte. Im Gegensatz zu anderen nationalen Verfassungen garantiert die Bundesverfassung somit kein Grundrecht auf gerechte und angemessene Arbeitsbedingungen, das jedoch in der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte und im Internationalen Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte verankert ist. Auch die Internationale Arbeitsorganisation hat vor kurzem sichere und gesunde Arbeit in die Liste ihrer grundlegenden Prinzipien und Rechte bei der Arbeit aufgenommen. Im Allgemeinen hat der Verfassungsgeber auch die individuelle Verantwortung des Einzelnen für seinen Lebensunterhalt hervorgehoben (Art. 6 BV) und garantiert kein Recht auf soziale Sicherheit über Notsituationen hinaus (Art. 12 BV).

11 Auch wenn die Verfassung nur wenige Grundrechte im Zusammenhang mit der Arbeit garantiert, erwähnt sie dennoch einige soziale Ziele im Zusammenhang mit der Arbeit. Gemäss Art. 41 Abs. 1 lit. d BV müssen sich

Bund und Kantone beispielsweise dafür einsetzen, dass jede erwerbsfähige Person ihren Lebensunterhalt durch Arbeit, die sie unter angemessenen Bedingungen ausübt, bestreiten kann. Ein subjektives Recht auf staatliche Leistungen lässt sich aus Art. 41 BV jedoch nicht ableiten. Dieses soziale Ziel orientiert sich an dem international anerkannten Grundrecht auf Arbeit. Die Artikel 100 BV über die Konjunkturpolitik und 110 BV über die Arbeit, die den Bund ermächtigen, beschäftigungspolitische Massnahmen zu ergreifen und Gesetze zum Schutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer zu erlassen, ermöglichen es dem Bund, dieses Sozialziel zu konkretisieren, verpflichten ihn jedoch nicht dazu. Im internationalen Vergleich kann die Bundesverfassung jedoch eher als "liberal" denn als "sozial" beschrieben werden, zumindest was den Schutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer betrifft.

III. KOMMENTAR IM EIGENTLICHEN SINNE

Art. 110 BV besteht aus drei Absätzen. Die Funktion von Art. 110 Abs. 1 besteht 12
darin, dem Bund eine Gesetzgebungskompetenz für bestimmte Bereiche der "Arbeit" zuzuweisen. Diese beziehen sich hauptsächlich auf das öffentliche Arbeitsrecht und akzessorisch auf das kollektive Arbeitsrecht, das sich auf Gesamtarbeitsverträge bezieht. Hingegen bildet Art. 110 Abs. 1 BV nicht die Grundlage für die Bundeskompetenz zur Gesetzgebung im Bereich des privaten Arbeitsrechts, die in Art. 122 Abs. 1 BV verankert ist. Art. 110 Abs. 2 BV legt dann die Bedingungen fest, unter denen ein Gesamtarbeitsvertrag für einen ganzen Beruf oder Wirtschaftszweig allgemeinverbindlich werden kann. Schliesslich regelt Art. 110 Abs. 3 BV die arbeitsrechtlichen Konsequenzen des Nationalfeiertags am 1. August.

A. Art. 110 Abs. 1 BV. : Gesetzgebungskompetenz

Die Bereiche, in denen der Bund nach Art. 110 Abs. 1 BV gesetzgeberisch tätig 13
werden kann, sind der Arbeitnehmerschutz (lit. a), das Verhältnis zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern (lit. b), die Arbeitsvermittlung (lit. c) und die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (lit. d). Diese Bereiche werden der Reihe nach vorgestellt.

1. Art. 110 Abs. 1 lit. a BV. : Schutz der Arbeitnehmer.

14 Gemäss Art. 110 Abs. 1 lit. a BV ist der Bund befugt, "über den Schutz der Arbeitnehmer" Vorschriften zu erlassen. Zunächst ist der persönliche Anwendungsbereich dieser Bestimmung durch den Begriff "Arbeitnehmer" darzustellen, bevor auf den sachlichen Anwendungsbereich des "Schutzes" in der Praxis des Bundesgerichts eingegangen wird.

15 Was den persönlichen Anwendungsbereich von Art. 110 Abs. 1 lit. a BV betrifft, so war nicht immer von "Arbeitnehmern" die Rede. Wie in der Entstehungsgeschichte von Art. 110 BV (vorne, Rz. 4 und 5) erwähnt, bezog sich die Bundeskompetenz zunächst nur auf Personen, die in Fabriken, dann in "Gewerbe und Handwerk" arbeiteten, bevor sie allgemeiner auf "Angestellte und Arbeiter" und schliesslich auf "Arbeitnehmer" angewendet wurde. Trotz dieser Entwicklung bleiben einige Erwerbstätige ohne öffentlich-rechtlichen Schutz, sei es, weil der Bund von seiner Kompetenz keinen Gebrauch gemacht hat, sei es, weil sie nicht unter die Qualifikation eines Arbeitnehmers fallen.

16 Zum einen hat der Bund mit dem Bundesgesetz vom 13. März 1964 über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (ArG) nicht vollständig von seiner Kompetenz Gebrauch gemacht. Dieses Gesetz ist zur wichtigsten Norm des öffentlichen Arbeitsrechts geworden. Es regelt Fragen der Gesundheit und der Arbeitszeit, einschließlich der Sonntagsarbeit, und enthält besondere Schutzbestimmungen für jugendliche Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen, schwangere Frauen und stillende Mütter. Obwohl sein Geltungsbereich weit gefasst ist, gilt es z. B. nicht für Personen, die in landwirtschaftlichen Betrieben und Privathaushalten arbeiten. Für die meisten Beamten gilt eine besondere Regelung auf Bundes- oder Kantonsebene.

17 Andererseits besteht in der Lehre Einigkeit darüber, dass der Schutz ausschließlich für unselbstständig Erwerbstätige gilt, d. h. für eine Person, die einem Arbeitgeber eine unselbstständige Arbeitsleistung gegen Entgelt anbietet. Es muss ein Arbeitsverhältnis bestehen, und dieser Begriff schließt daher jede selbstständige Arbeit und jede unbezahlte Arbeit wie ehrenamtliche Arbeit aus.

18 In dieser Hinsicht wirft das Aufkommen neuer Arbeitsformen, die manchmal als "neoliberal" bezeichnet werden, Fragen zur Einstufung des beruflichen Status auf. Dies gilt insbesondere für den beruflichen Status von Personen, die

in sogenannten Plattformtätigkeiten arbeiten, z. B. im Bereich des Personentransports und der Hauszustellung, aber auch für eine ganze Reihe von "Freelancern". Während einige dieser Personen qualifiziert sind und ein hohes Einkommen erzielen, sind andere gezwungen, neue Arbeitsformen zu akzeptieren, die vielleicht flexibler sind, aber oft auch weniger verdienen und nicht die wirtschaftlichen Vorteile genießen, die ein Arbeitgeber für eine ähnliche Leistung in einem Arbeitsverhältnis garantieren muss. Diese Problematik hat die Europäische Kommission kürzlich dazu veranlasst, eine Richtlinie vorzuschlagen, die den beruflichen Status von Plattformarbeitern und -arbeiterinnen klären soll, indem sie eine gesetzliche Vermutung für ein Arbeitsverhältnis vorsieht. In der Schweiz hat das Bundesgericht in den Uber-Fällen ebenfalls das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses und nicht die Ausübung einer selbstständigen Tätigkeit durch die Fahrer bestätigt.

Was den materiellen Anwendungsbereich des "Schutzes" von Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen betrifft, so ist dieser weit auszulegen. Er umfasst alle Aspekte der Persönlichkeit, insbesondere die Gesundheit, die Privatsphäre und das Recht, nicht diskriminiert zu werden. Neben dem ArG wurden auch das Gleichstellungsgesetz vom 24. März 1995 und das Bundesgesetz vom 8. Oktober 1999 über die flankierenden Massnahmen für in die Schweiz entsandte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer teilweise auf der Grundlage von Art. 110 Abs. 1 lit. a BV verabschiedet. In der Praxis hat das Bundesgericht festgestellt, dass das ArG aufgrund seines Geltungsbereichs den Schutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer abschliessend regelt. Die Kantone haben daher grundsätzlich keine Zuständigkeit mehr in diesem Bereich. Aber auch wenn die Bundesregelung abschliessend ist, ist eine kantonale Lösung nicht ausgeschlossen, wenn sie ein anderes Ziel als den Schutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer verfolgt. Dieser Fall trat insbesondere in Bezug auf die sonntägliche Ladenöffnung, die Einführung eines kantonalen Mindestlohns und das Verbot des Passivrauchens ein, wie nachfolgend dargestellt. 19

Zur Frage der Ladenschliessung am Sonntag erinnert das Bundesgericht in ständiger Praxis daran, dass die kantonalen Bestimmungen über die Sonntagsarbeit und die Ladenöffnung nicht den Schutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer bezwecken können, da diese Frage im ArG abschliessend geregelt ist. Das ArG behält jedoch den Kantonen die polizeilichen Vorschriften im Zusammenhang mit der Sonntagsruhe und den 20

Öffnungszeiten vor, insbesondere um die öffentliche Ordnung und Ruhe zu gewährleisten.

21 Im Zusammenhang mit dem Erlass eines kantonalen Mindestlohngesetzes hat das Bundesgericht auch die kantonale Gesetzgebungskompetenz anerkannt, sofern die Massnahme auf die Bekämpfung der Armut abzielt und keine wirtschaftspolitische Massnahme oder eine Massnahme zum Schutz des Arbeitnehmers darstellt. In der Praxis bedeutet dies, dass die Höhe des Mindestlohns auf einem relativ niedrigen Niveau liegen muss, das in der Nähe des Mindesteinkommens liegt, das sich aus den Sozialversicherungs- oder Sozialhilfesystemen ergibt.

22 Darüber hinaus hat der Bund von seiner Gesetzgebungskompetenz Gebrauch gemacht, um die Gesundheit der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer zu schützen, indem er das Bundesgesetz zum Schutz vor Passivrauchen verabschiedet hat. Art. 4 dieses Gesetzes sieht jedoch vor, dass die Kantone strengere Bestimmungen zum "Schutz der Gesundheit" erlassen können. Das Bundesgericht hat damit klargestellt, dass dieser Vorbehalt den Kantonen erlaubt, zum Schutz der Gesundheit der Konsumentinnen und Konsumenten strengere Rauchverbote zu erlassen, nicht aber zum Schutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, da dieser Bereich durch das Bundesrecht umfassend geregelt ist. Im Hinblick auf die Gesundheit der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer hat der Bund schließlich auch während der VOCID-19-Pandemie eingegriffen, indem er den Arbeitgebern bestimmte Verpflichtungen auferlegte. Das COVID-19-Gesetz stützte sich jedoch umfassender auf die Bundeskompetenz im privaten Arbeitsrecht, ohne Art. 110 BV zu erwähnen.

23 Schließlich hat der Bundesgesetzgeber kürzlich bekräftigt, dass Art. 110 Abs. 1 BV als ergänzende Verfassungsgrundlage zu Art. 116 BV über die Familienzulagen in Bezug auf die Gesetzgebung über schul- und familienergänzende Kinderbetreuungsplätze dienen kann.

2. Art. 110 Abs. 1 lit. b BV. : Verhältnis zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern

24 Gemäss Art. 110 Abs. 1 lit. b BV kann der Bund Vorschriften erlassen "über die Beziehungen zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern, namentlich über die gemeinsame Regelung von Fragen, die den Betrieb und den Berufsbereich

betreffen". Buchstabe b übernimmt im Wesentlichen den entsprechenden Buchstaben von Art. 34ter aBV, der darauf abzielte, die Zuständigkeit des Bundes für "individuelle" Beziehungen zwischen einem Arbeitgeber und einem Arbeitnehmer oder einer Arbeitnehmerin, die dem Privatrecht unterliegen, zu unterscheiden. Die individuellen Beziehungen zwischen einem Arbeitgeber und einem Arbeitnehmer oder einer Arbeitnehmerin werden durch die Gesetzgebung über den Arbeitsvertrag geregelt (Art. 319-362 des Obligationenrechts). Die verfassungsrechtliche Grundlage für diese Bestimmungen ist Art. 122 Abs. 1 BV, der dem Bund die Kompetenz zur Gesetzgebung im Bereich des Zivilrechts verleiht. Im Gegensatz dazu bezieht sich Art. 110 Abs. 1 lit. b BV auf die Art und Weise, wie man sich an einem Unternehmen beteiligt oder es führt, und auf die Rolle, die den Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen kollektiv in dieser Funktion gewidmet ist.

Die 1971 eingereichte Volksinitiative "für die Mitbestimmung der Arbeitnehmer" zielte somit darauf ab, dass der Bund ausdrücklich "über die Mitwirkung der Arbeitnehmer und ihrer Organisationen an Entscheidungen in Unternehmen und Verwaltungen" gesetzgeberisch tätig werden kann. Die Bundesversammlung legte einen Gegenentwurf vor, in dem es hieß: "Der Bund hat das Recht, Vorschriften über eine angemessene Beteiligung der Arbeitnehmer auf betrieblicher Ebene zu erlassen, die die Entscheidungsmöglichkeiten und eine wirtschaftliche Betriebsführung wahrt". Sowohl die Volksinitiative als auch der Gegenentwurf wurden im März 1976 von Volk und Ständen abgelehnt. 25

Zu Beginn der Neunzigerjahre entstand eine Kontroverse über den sachlichen Anwendungsbereich von Art. 110 Abs. 1 lit. b BV. Ein Teil der Lehre war der Ansicht, dass die Verfassungsgrundlage nicht ausreiche, um eine Gesetzgebung über die Beteiligung der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer nicht nur am Betrieb des Unternehmens, sondern auch an dessen wirtschaftlicher Führung zu schaffen. Für andere schloss diese Bestimmung die Zuständigkeit des Bundes in diesem Bereich nicht aus. Auf der Grundlage dieser Verfassungsbestimmung wurde am 17. Dezember 1993 das Bundesgesetz über die Information und Mitsprache der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in den Betrieben (Mitwirkungsgesetz, MitwirkG) verabschiedet, das sich jedoch nicht auf die Beteiligung an der wirtschaftlichen Führung eines Unternehmens bezieht. 26

27 Das Mitwirkungsgesetz gilt für private Unternehmen und garantiert den Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen verschiedene Mitwirkungsrechte, darunter das Recht, über bestimmte Angelegenheiten wie die Unfallverhütung informiert zu werden oder daran teilzunehmen. In Unternehmen mit mindestens 50 Beschäftigten können diese Vertreter und Vertreterinnen wählen. Diese Rechte stehen allen Personen zu, die aufgrund eines Arbeitsvertrags dauerhaft ihre Tätigkeit in das Unternehmen oder den Unternehmensbereich einbringen, und zwar unabhängig von ihrer Funktion oder hierarchischen Ebene. Den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern muss die nötige Zeit eingeräumt werden, um die Informationen des Arbeitgebers zu studieren, konkrete Vorschläge zu formulieren und diese dem Arbeitgeber zur Kenntnis zu bringen.

28 Es bleibt umstritten, ob Art. 110 Abs. 1 lit. b BV als Grundlage für ein Gesetz dienen kann, das nicht nur die Information oder Konsultation, sondern eine echte Beteiligung der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer an der Geschäftsführung, d.h. an der Entscheidungsfindung im Unternehmen, gewährleistet.

3. Art. 110 Abs. 1 lit. c BV. : Arbeitsvermittlung

29 Gemäss Art. 110 Abs. 1 lit. c BV kann der Bund "über die Arbeitsvermittlung" Vorschriften erlassen. Diese Bestimmung entspricht dem Buchstaben e von Artikel 34ter aBV in der Fassung von 1947. Der Begriff der Vermittlung erstreckt sich sowohl auf die private als auch auf die öffentliche Vermittlung von Personen.

30 Diese Bestimmung bildet die Grundlage für das Bundesgesetz über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih vom 6. Oktober 1989 (AVG). Dieses Gesetz bezieht sich sowohl auf die private Arbeitsvermittlung und den Personalverleih als auch auf die öffentliche Arbeitsvermittlung. Sein Ziel ist der Schutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die diese Dienstleistungen in Anspruch nehmen. Mit diesem Gesetz regelt der Bundesgesetzgeber somit die Arbeitsvermittlung umfassend, was beim vorherigen Arbeitsvermittlungsgesetz vom 22. Juni 1951 nicht der Fall war.

31 Das AVG soll die "schwarze" Arbeitsvermittlung verhindern und den Schutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer verbessern, indem es den Vorrang der privaten vor der öffentlichen Arbeitsvermittlung sicherstellt. Es regelt

auch die Tätigkeit von Zeit- oder Leiharbeitsbüros sowie das Arbeitsverhältnis und den Arbeitsvertrag für Zeitarbeit, was im alten Gesetz nicht der Fall war. Es wird begleitet von der Verordnung vom 16. Januar 1991 über die Arbeitsvermittlung. Das Kapitel über die öffentliche Arbeitsvermittlung wurde 2017 um einen Abschnitt über die Pflicht zur Meldung offener Stellen ergänzt. Diese Änderung erfolgte nach der Annahme von Art. 21a des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer vom 16. Dezember 2005, die im Rahmen der Umsetzung von Art. 121a BV zur Steuerung der Zuwanderung erfolgte.

4. Art. 110 Abs. 1 lit. d BV. : Gesamtarbeitsverträge.

Mit der Verfassungsänderung von 1947 zu den Wirtschaftsartikeln hatte der Bund die Kompetenz erworben, "die Allgemeinverbindlichkeit von Gesamtarbeitsverträgen" zu regeln. Der Text der aktuellen Verfassung von 1999 ist präziser. Er verleiht dem Bund das Recht, "über die Ausweitung des Geltungsbereichs von Gesamtarbeitsverträgen" zu legiferieren. 32

Ein Gesamtarbeitsvertrag ist eine Vereinbarung zwischen Arbeitgebern oder Arbeitgeberverbänden einerseits und Arbeitnehmerverbänden andererseits. Er betrifft den Abschluss, den Gegenstand und die Beendigung von Einzelarbeitsverträgen zwischen Arbeitgebern und interessierten Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen. Das Besondere am Tarifvertrag ist, dass er für Dritte bindend ist, nämlich für die Mitglieder der unterzeichnenden Verbände, die den Vertrag nicht direkt abgeschlossen haben. Seine Bestimmungen haben eine direkte und zwingende Wirkung gegenüber den Arbeitgebern und Arbeitnehmern, für die sie verbindlich sind. In der Praxis galten am 1. März 2018 581 Gesamtarbeitsverträge für mehr als 2,1 Millionen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in der Schweiz. 33

Im Gegensatz dazu ist ein Tarifvertrag für Arbeitgeber und Arbeitnehmer, die nicht Mitglied eines unterzeichnenden Verbands sind, nicht bindend. Problematisch ist die Existenz eines potenziellen wirtschaftlichen Vorteils für "abweichende" Konkurrenzunternehmen. Ein solcher Vorteil kann z. B. für einen Arbeitgeber entstehen, der nicht Mitglied ist und daher nicht verpflichtet ist, den von den anderen Arbeitgebern einer Branche vereinbarten Mindestlohn einzuhalten. Um diese Möglichkeit auszuschließen und einen faireren Wettbewerb herzustellen, kann der Bund unter bestimmten Bedingungen den Geltungsbereich eines Gesamtarbeitsvertrags 34

auf eine ganze Branche oder einen bestimmten Beruf ausdehnen. Zu beachten ist, dass die Einhaltung der Arbeitsbedingungen und Mindestlöhne eines allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrags auch für Unternehmen gilt, die ihren Sitz im Ausland haben und Personal im Sinne des Entsendegesetzes in die Schweiz entsenden.

35 Der Bund hat von dieser Kompetenz mit der Verabschiedung des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen vom 28. September 1956 (AVEG) vollumfänglich Gebrauch gemacht. Dieses Gesetz beschreibt die Bedingungen für die Ausweitung eines Vertrags, um die Rechte und Interessen von Akteuren zu berücksichtigen, die dem Vertrag nicht unterworfen sind. Diese Bedingungen finden ihre verfassungsrechtliche Grundlage in Art. 110 Abs. 2 BV, wie im nächsten Abschnitt dargestellt.

B. Art. 110 Abs. 2 BV. : Bedingungen für die Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen

36 Art. 110 Abs. 2 BV steht in direktem Zusammenhang mit der Bundeskompetenz zum Erlass von Vorschriften über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen in Abs. 1 lit. d. Nach Art. 110 Abs. 2 BV muss der Bund mehrere Bedingungen erfüllen, um den Geltungsbereich eines Gesamtarbeitsvertrags auf eine ganze Branche oder einen ganzen Beruf auszudehnen. Diese Bedingungen werden in Art. 2 AVEG näher erläutert.

37 Erstens muss die Ausweitung eines Vertrags die legitimen Interessen von Minderheiten und regionale Besonderheiten angemessen berücksichtigen. Die Allgemeinverbindlicherklärung kann nur ausgesprochen werden, wenn der Tarifvertrag bereits eine große Zahl von Arbeitgebern und Arbeitnehmern erfasst. Art. 2 Ziff. 3 LECCT sieht diesbezüglich ein System des dreifachen Quorums vor. Der Vertrag muss bereits für die Mehrheit der Arbeitnehmer und Arbeitgeber in der Branche oder im Beruf gelten, und die tarifgebundenen Arbeitgeber müssen zudem bereits die Mehrheit aller Arbeitnehmer beschäftigen. Mehrere parlamentarische Initiativen "für eine moderne Sozialpartnerschaft" forderten die Streichung der letzten Bedingung mit der Begründung, dass diese Anforderung in Wirtschaftszweigen, in denen eine große Anzahl von Kleinstunternehmen jeweils eine geringe Anzahl von Arbeitnehmern beschäftigen, schwer zu erfüllen sei. Für die Minderheit, die

der Ausweitung unterliegt, sieht das Gesetz lediglich vor, dass die Interessen dieser Minderheit berücksichtigt werden müssen, wenn sie sich aus den unterschiedlichen regionalen Bedingungen und Unternehmen ergeben. Schließlich muss die Ausweitung den Grundsatz der Gleichheit vor dem Gesetz und die Vereinigungsfreiheit beachten. Zur Bedingung der Achtung der Koalitionsfreiheit stellt Art. 2 Ziff. 5 AVEG lediglich klar, dass die Akteure ihr Recht behalten, sich einem Verband anzuschließen oder nicht anzuschließen.

Diese Bedingungen müssen auch von den Kantonen eingehalten werden, wenn sich die Ausweitung auf das gesamte Gebiet oder einen Teil des Gebiets eines einzelnen Kantons beschränkt. In der Praxis hat sich die Rechtsprechung des Bundesgerichts somit auf die Einhaltung des Bundesrechts bei der Allgemeinverbindlicherklärung eines Gesamtarbeitsvertrags, insbesondere durch die Kantone, bezogen. 38

C. Art. 110 Abs. 3 BV. : 1. August

Art. 110 Abs. 3 BV bestimmt, dass der 1. August der Nationalfeiertag ist. Er ist arbeitsrechtlich den Sonntagen gleichgestellt und wird entlöhnt. Er ist bis heute der einzige eidgenössische Feiertag. Das Datum bezieht sich auf den Bundesbrief, mit dem die drei Urkantone (Uri, Schwyz, Unterwalden) Anfang August 1291 ein Verteidigungsbündnis schlossen. Der 1. August wurde nach der Annahme der Volksinitiative "für einen nationalen Feiertag" vom 26. September 1993 in Art. 116bis aBV aufgenommen. Art. 110 Abs. 3 BV wird von der Verordnung vom 30. Mai 1994 über den Nationalfeiertag begleitet, die daran erinnert, dass der 1. August ein arbeitsfreier Feiertag ist, der den Sonntagen gleichgestellt ist und nach Art. 18 Abs. 2 ArG nicht an die Zahl der Feiertage angerechnet wird und voll zu entschädigen ist. Art. 2 der Verordnung hält dann fest, dass sich die Beschäftigung der Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen am Nationalfeiertag nach den Vorschriften über die Sonntagsarbeit richtet, unter Vorbehalt des kantonalen Rechts, das die Sonntagsruhe und die Öffnungszeiten von Betrieben regelt, die dem Detailhandel, der Restauration oder der Unterhaltung dienen. 39

Dass diese Bestimmung in den arbeitsrechtlichen Art. 110 BV eingefügt wurde, ist auf den zweiten Satz zurückzuführen, der festlegt, wie dieser Tag arbeitsrechtlich zu behandeln ist. Erstens wird der 1. August den Sonntagen gleichgestellt. Dies wird auch in Art. 1 der Verordnung über den Nationalfeiertag sowie in Art. 20a Abs. 1 ArG festgehalten. Die Bestimmungen 40

über das Verbot der Sonntagsarbeit sowie die Ausnahmen von diesem Verbot gelten somit auch für den 1. August. Zweitens wird in Abs. 3 verankert der Grundsatz der Entlohnung. Ursprünglich befasste sich Art. 116bis aBV nicht mit der Entlohnung. Heute verleiht Art. 110 Abs. 3 BV direkt einen Anspruch auf Lohnzahlung. Diese Verpflichtung wurde weder in das Obligationenrecht noch in das Arbeitsgesetz übernommen. Laut Bundesgericht ist der Anspruch auf Lohnfortzahlung ein direkt aus der Verfassung abgeleitetes Recht. Die Rechtsprechung hat zudem klargestellt, dass der Anspruch auf Lohnfortzahlung auch gegenüber Personen im Stundenlohn besteht, sofern sie am 1. August gearbeitet haben. Dieser Anspruch kann sowohl in privatrechtlichen als auch in öffentlich-rechtlichen Verhältnissen geltend gemacht werden.

Über die Autorinnen und Autoren

Prof. Dr. Nicolas Bueno ist Professor für internationales und europäisches Recht bei UniDistance Schweiz. Er promovierte an der Universität Lausanne und forschte als Doktorand und Postdoktorand an der Columbia Law School (Fulbright), der Universität Leuven, der London School of Economics und der Universität Zürich (SNF-Ambizione). Ihre Forschungsprojekte befassen sich mit der Verantwortung multinationaler Unternehmen im Arbeitsbereich und der Zukunft des Arbeitsrechts in der Postwachstumstheorie.

Yasmin Bellazrak - Dinari, MLaw, ist Doktorandin und Forschungs- und Lehrassistentin im Bereich Völkerrecht bei UniDistance Schweiz. Sie schreibt derzeit eine Doktorarbeit über den internationalen Schutz, der Migrantinnen und Migranten gewährt wird, die Opfer von Menschenhandel sind. Ihr Forschungsschwerpunkt liegt auf dem internationalen Menschenrechtsschutz.

EMPFOHLENE WEITERFÜHRENDE LEKTÜRE

Bogg Alan/Ford Michael, Article 31: Fair and Just Working Conditions, in: Peers Steve/Hervey Tamara/Kenner Jeff/Ward Angela (édit.), The EU Charter of Fundamental Rights, Baden-Baden 2022, 875-922.

Bueno Nicolas, Corporate Liability for Violations of the Human Right to Just Conditions of Work in Extraterritorial Operations, 21(5) The International Journal of Human Rights (2017) 565-588, https://doi.org/10.1080/13642987.2017.1298092.

Dunand Jean-Philippe/Lempen Karine/Perdaems Elsa, Droit du travail, Bâle 2020.

Portmann Wolfgang/Wildhaber Isabelle, Schweizerisches Arbeitsrecht, 4ème éd., Zürich/St.Gallen 2020.

Saul Ben/Kinley David/Mowbray Jacqueline, The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: Commentary, Cases, and Materials, Art. 7: Just and Favourable Conditions of Work, Oxford 2014.

Saul Ben, Right to Just and Favourable Conditions of Work, in: Binder Christina/Nowak Manfred (édit.), Elgar Encyclopedia of Human Rights, Cheltenham 2022, p. 583-588.

Wyler Rémy/Heinzer Boris, Droit du travail, Berne 2019.

LITERATURVERZEICHNIS

Baumann Werner/Moser Peter, Agriculture, chap. 4. Les XIXe et XXe siècles, in : Dictionnaire historique de la Suisse (DHS), version du 19.11.2007, Online : https://hls-dhs-dss.ch/fr/articles/013933/2007-11-19/.

Böhmert Victor, Arbeiterverhältnisse und Fabrikeinrichtungen der Schweiz, Bericht erstattet im Auftrage der eidgenössischen Generalcommission für die Wiener Weltausstellung, vol. I, Zürich 1873.

Bueno Nicolas, Right to Work, in Binder Christina/Nowak Manfred (édit.), Elgar Encyclopedia of Human Rights, Cheltenham 2022, p. 578–583.

Cardinaux Basile, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (édit.), Basler Kommentar, Art. 110 der Bundesverfassung, Basel 2015.

Eichenberger Kurt, Verfassungsrechtliche Festlegung über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer, in: Mélanges Frank Vischer, Zurich 1983.

Engermann Stanley, The History and Political Economy of International Labor Standards, in: Kaushik Basu/Henrik Horn/Lisa Román/Judith Shapiro (édit.) International Labor Standards: History, Theory, and Policy Options, Wiley 2003, p. 9-83.

Fabre Cécile, Social Rights in European Constitutions, in: Gráinne de Búrca (édit.), Social Rights in Europe, Oxford 2005, p. 15-28.

Gächter Thomas, Art. 110 BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer/Vallender Klaus (édit.), Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, Zürich 2014.

Lempen Karine, Art. 110 Cst., in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (édit.), Commentaire romand de la Constitution fédérale, Bâle 2021.

Mahon Pascal, Art. 110 Cst., in : Aubert Jean-François/Mahon Pascal (édit.), Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18.4.1999, Zurich, Bâle, Genève, 2003.

Meier Anne, Art. 356 CO, in: Thévenoz Luc/Werro Franz (édit.), Code des obligations I, Commentaire romand, Bâle 2021.

Pärli Kurt/ Eggmann Jonas, Corona und die Arbeitswelt: Bestandsaufnahme und Würdigung der aktuellen Rechtslage, Jusletter 8.2.2021.

Perrenoud Stéphanie, L'évolution historique du droit de la relation de travail, in : Dunand Jean-Philippe/Mahon Pascal/Perrenoud Stéphanie (édit.), Le droit de la relation de travail à la croisée des chemins : convergences et divergences entre le droit privé du travail et le droit de la fonction publiques, Genève/Zürich, 2016, p. 1-220.

Tomassetti Julia, Neoliberal Conceptions of the Individual in Labour Law, in: Addabbo Tindara (édit.), The Collective Dimensions of Employment Relations, Cham 2021, p. 117-154.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 117a BV

Eine Kommentierung von Ralph Trümpler / Gregori Werder

ZITIERVORSCHLAG

Ralph Trümpler/Gregori Werder, Commentary of art. 117a FC, in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (eds.), Online Commentary of the Swiss Federal Constitution

Kurzzitat: OK-Trümpler / Werder, N XXX zu Art. 117a BV.

Art. 117a Medizinische Grundversorgung

[1] Bund und Kantone sorgen im Rahmen ihrer Zuständigkeiten für eine ausreichende, allen zugängliche medizinische Grundversorgung von hoher Qualität. Sie anerkennen und fördern die Hausarztmedizin als einen wesentlichen Bestandteil dieser Grundversorgung.

[2] Der Bund erlässt Vorschriften über:

a. die Aus- und Weiterbildung für Berufe der medizinischen Grundversorgung und über die Anforderungen zur Ausübung dieser Berufe;

b. die angemessene Abgeltung der Leistungen der Hausarztmedizin.

GLIEDERUNG

I. Entstehungsgeschichte 1325
II. Kommentar i.e.S. 1327
A. Medizinische Grundversorgung und Hausarztmedizin (Abs. 1) 1327
1. Kompetenzordnung und Fokus 1327
2. Ausreichender Zugang zu medizinischer Grundversorgung von hoher Qualität (Abs. 1, Satz 1) 1328
a. «Medizinische Grundversorgung» 1328
b. Programmatische Verpflichtung von Bund und Kantonen 1331
3. Anerkennung und Förderung der Hausarztmedizin (Abs. 1, Satz 2) 1333
B. Gesetzgebungsaufträge an den Bund (Abs. 2) 1335
1. Allgemeiner Regelungsgehalt und Kompetenzordnung 1335
2. Berufe der medizinischen Grundversorgung 1335
3. Vorschriften über die Aus- und Weiterbildung und die Berufsausübung (lit. a) 1336
4. Angemessene Abgeltung der Leistungen der Hausarztmedizin (lit. b) 1337
Empfohlene weiterführende Lektüre 1338
Zu den Autoren 1338
Materialien 1339
Literaturverzeichnis 1340

I. ENTSTEHUNGSGESCHICHTE

Die Bestimmung von Art. 117a BV zur «Medizinischen Grundversorgung» geht in ihren Ursprüngen auf die **Volksinitiative «Ja zur Hausarztmedizin»** zurück, die am 27.04.2010 zustande kam.[5538] Die Initiantinnen und Initianten hatten aus Sorge um die Zukunft und Bedeutung der Hausarztmedizin in der Schweiz die Volksinitiative in der Form eines ausgearbeiteten Entwurfs eingereicht. Deren Ziel war es, den Berufsstand imagemässig und finanziell attraktiver zu machen und damit einhergehend den sich schon länger abzeichnenden Hausärztemangel zu mildern.[5539] Die Initiative bezweckte, durch entsprechende Korrekturen auch weiterhin eine «ausreichende, allen zugängliche, flächendeckende, fachlich umfassende und qualitativ hochstehende ambulante medizinische Grundversorgung der schweizerischen Bevölkerung durch Hausärztinnen und Hausärzte» zu gewährleisten.[5540] 1

Der Bundesrat erachtete die Hausarztmedizin zwar ebenfalls als einen wichtigen Pfeiler der medizinischen Grundversorgung der Bevölkerung, **lehnte die Volksinitiative** aber aus anderen Gründen **ab**. Zusammengefasst war er der Ansicht, dass die Forderungen der Initiantinnen und Initianten zum einen auf Gesetzes- und Verordnungsebene bereits eingelöst seien, und dass zum anderen hinsichtlich anderer Forderungen bereits Massnahmen eingeleitet oder vorgesehen seien.[5541] Sodann bezeichnete er die Erwähnung einer einzelnen Berufsgruppe und den hohen Detaillierungsgrad unter Verwendung zahlreicher ungeklärter Begriffe als bedenklich und problematisch.[5542] 2

Dennoch anerkannte der Bundesrat einen grundsätzlichen Handlungsbedarf und gestand sich zu, dass es einen **direkten Gegenentwurf** brauchte.[5543] In 3

5538 BBl 2010 2939.

5539 Peter Tschudi, Präsident des Initiativkomitees, brachte dies wie folgt auf den Punkt: «Jahrzehntelang war die Hausarztmedizin in der Schweiz das Mauerblümchen neben den sich stark entwickelnden Spezialdisziplinen. Gefeiert und gefördert – und medial zelebriert – wurden vor allem jene Fächer, die spektakuläre Erfolge vorweisen konnten. Bei den genügsamen Hausärzten sammelte sich über lange Zeit hinweg ein grosses Potenzial an Frust und Resignation an. Dazu kam eine finanzielle Benachteiligung gegenüber den Spezialisten, die auch durch die Einführung von Tarmed (2004) nicht behoben werden konnte», vgl. Tschudi, S. 95.

5540 BBl 2011 7553, 7560; siehe zum Initiativtext BBl 2011 7553, 7558.

5541 Auch zum Folgenden BBl 2011 7553, 7571 f.

den eidgenössischen Räten wurde dieser Gegenentwurf dann modifiziert, indem die Räte eine Bestimmung einfügten, wonach die Leistungen der Hausarztmedizin angemessen abzugelten seien.[5544] Damit wurde ein Kompromiss zwischen den Anliegen der Initiative und dem Gegenentwurf des Bundesrates gesucht[5545] und gefunden. Diese Kompromisslösung bewog die Initiantinnen und Initianten zum Rückzug der Initiative.[5546] Konkret liess sich das Initiativkomitee am 27.09.2013 dahingehend vernehmen, dass mit der Verabschiedung des Gegenentwurfs vom 19.09.2013 durch das Parlament und der Erarbeitung eines Masterplans «Hausarztmedizin und medizinische Grundversorgung» die wesentlichen Forderungen der Initiative aufgegriffen und entsprechende Massnahmen eingeleitet würden.[5547] Die Volksinitiative wurde aus diesem Grund am 26.09.2013 zurückgezogen.[5548]

4 Neben dem Kompromiss in der Formulierung der Verfassungsbestimmung erwies sich auch der **Masterplan «Hausarztmedizin und medizinische Grundversorgung»** als bedeutend für den Rückzug der Initiative.[5549] Er bezweckte die Stärkung der wohnortsnahen Grundversorgung über die Förderung der Hausarztmedizin mit kantonalen Umsetzungsmassnahmen (wie z.B. Schaffung von Praxisassistenzstellen durch die Kantone) und wollte auf nationaler Ebene den Fokus auf die Bildung, Fragen der Tarifstruktur und die Forschung richten.[5550]

5542 Mit einer ähnlichen Argumentation lehnte der Bundesrat in jüngerer Zeit auch die sog. Pflegeinitiative ab. Dennoch wurde diese am 28.11.2021 vom Schweizer Stimmvolk angenommen. Der neu in die Bundesverfassung einzufügende Art. 117c ist teilweise Art. 117a BV nachempfunden, erreicht aber in einem gewissen Sinn mehr: Die spezifische Berufsgruppe der Pflegerinnen und Pfleger erhalten mit Art. 117c eine Sonderstellung in der Bundesverfassung.

5543 BBl 2011 7553, 7572 f.

5544 AB StR 1012 407.

5545 AB StR 2012 404.

5546 Vgl. Tschudi, S. 99.

5547 Mitteilung der Haus- und Kinderärzte Schweiz zum Rückzug der Initiative «Ja zur Hausarztmedizin» vom 27.09.2013, abrufbar unter www.hausaerzteschweiz.ch > News (besucht am 04.01.2022).

5548 BBl 2013 2696, 7989.

5549 Siehe Tschudi, S. 99, der diesen als Türöffner bezeichnet.

5550 Siehe die Übersicht bei BSK-Gächter/Renold-Burch, N 40 zu Art. 117a BV

In der **Volksabstimmung** vom 18.05.2014 wurde der direkte Gegenentwurf mit einem Ja-Stimmen-Anteil von mehr als 88% und von allen Ständen angenommen.[5551] 5

II. KOMMENTAR I.E.S.

A. Medizinische Grundversorgung und Hausarztmedizin (Abs. 1)

1. Kompetenzordnung und Fokus

Bund und Kantone haben den programmatischen Gehalt[5552] der Bestimmung «im Rahmen ihrer Zuständigkeiten» (Art. 117a Abs. 1 BV, erster Satzteil) zu erfüllen. Art. 117a BV bleibt im Bereich der Gesundheitsversorgung also weitgehend ohne Einfluss auf die **Kompetenzverteilung** zwischen Bund und Kantonen.[5553] Es werden weder auf Bundes- noch auf kantonaler Ebene neue Kompetenzen begründet.[5554] Dass Art. 117a Abs. 1 BV auf die bereits nach Enumerationsprinzip begründeten Bundeskompetenzen und die subsidiäre Generalkompetenz der Kantone nach Art. 3 BV abstellt, wurde schon im Vorfeld der Abstimmung zum Bundesbeschluss über die medizinische Grundversorgung betont. Namentlich wurde darauf hingewiesen, dass mit dem Erlass von Art. 117a BV keine Kompetenzen zwischen Bund und Kantonen verschoben würden und der Verfassungsartikel in dem Sinne «föderalismusverträglich» sei.[5555] 6

Auch wenn die Bestimmung die bisherige Kompetenzordnung zwischen Bund und Kantonen nicht tangiert, respektive Art. 117a Abs. 1 BV die bundesstaatlichen Kompetenzen im Bereich der Gesundheitsversorgung nicht verschieben wollte, so dürfte sie dennoch einen **Einfluss auf die Wahrnehmung von staatlichen Aufgaben** und das entsprechende Gefüge in der schweizerischen Gesundheitsversorgung haben:[5556] Die Aussage nämlich, dass Bund und Kantone (im Rahmen ihrer Zuständigkeiten) für eine 7

5551 BBl 2014 6346, 6349 ff.

5552 BBl 2011 7553, 7576; siehe auch Gächter/Renold-Burch, S. 11.

5553 BBl 2011 7553, 7573 und 7576; siehe auch Gächter/Renold-Burch, S. 11 f.; Gächter/Filippo, S. 88 f.

5554 Gächter/Renold-Burch, S. 11; Gächter/Filippo, S. 88 f.

5555 Vgl. die Stellungnahme der Schweizerischen Konferenz der kantonalen Gesundheitsdirektorinnen und -direktoren (GDK) vom 24.02.2014 «GDK sagt Ja zum Bundesbeschluss über die medizinische Grundversorgung».

ausreichende, allen zugängliche medizinische Grundversorgung von hoher Qualität zu sorgen haben, fördert die Vorstellung einer zwingend staatlichen und – handkehrum – nicht ausreichenden, privaten Gewährleistungsverantwortung und -mentalität. Art. 117a Abs. 1 BV setzt denn auch gerade bei jener (*ambulanten*) Gesundheitsversorgung der Bevölkerung an, die bis anhin und traditionellerweise nicht durch den Staat, sondern durch Private bereitgestellt und gewährleistet worden ist (wie z.B. die Hausarztmedizin). Die Verfassungsbestimmung kann mit einem solchen Fokus – absichtlich oder unabsichtlich – neue Erwartungshaltungen an eine in diesem Umfang bis anhin nicht bestehende staatliche Gewährleistungsverantwortung schaffen.

2. Ausreichender Zugang zu medizinischer Grundversorgung von hoher Qualität (Abs. 1, Satz 1)

a. «Medizinische Grundversorgung»

8 Beim Begriff der **medizinischen Grundversorgung** handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff.[5557] Sein Gehalt ist auf den ersten Blick unklar und im Rahmen der Auslegung zu ermitteln. Mit Blick auf den Verfassungstext ist dabei einzig klar, dass die durch Private gewährleistete hausärztliche Versorgung ein «wesentlicher Bestandteil dieser Grundversorgung» (vgl. Art. 117a Abs. 1 Satz 2 BV) darstellt, woraus gefolgert werden kann, dass unter Grundversorgung – nebst anderem – Hausarztmedizin zu verstehen ist. Darüber hinaus trägt der Wortlaut wenig zum Verständnis des Begriffes als solchen oder seiner Tragweite bei – diese Aussage trifft aber grundsätzlich auch auf die anderen in der Verfassung verwendeten Begriffe mit Bezug zur Medizin zu, wie «Spitzenmedizin» (Art. 48a Abs. 1 lit. h BV) oder «Komplementärmedizin» (Art. 118a BV) und «Fortpflanzungsmedizin» (Art. 119 BV).

9 Es ist insbesondere Gächter und Renold-Burch zu verdanken, dass der Begriff «Medizinische Grundversorgung» mittlerweile schärfere **Konturen** erhalten

5556 A.M. tendenziell Gächter/Filippo, S. 89, die der Ansicht sind, dass die neue Bestimmung keine wirklichen Veränderungen bringen wird. Sie stellen deshalb die Frage, wozu es Art. 117a BV überhaupt benötigt, und sehen dessen Bedeutung vor allem im Kontext der Entstehungsgeschichte (siehe dazu oben Rz. 1 ff).

5557 Auch zum Folgenden Gächter, S. 101.

hat. Deren überzeugende Auslegung nach Begriffselementen, fachpersonenbezogenen und bedarfsspezifischen Kriterien sowie über internationale Begriffe und Konzepte hat sich etabliert und vermittelt in der Gesamtschau ein gutes Verständnis davon, was alles unter medizinischer Grundversorgung zu verstehen ist.[5558] Hieran orientieren sich auch die folgenden Ausführungen.

Es sind vorab zwei *Begriffselemente* zu unterscheiden: Die (medizinische) Gesundheitsversorgung einerseits und die Grundversorgung andererseits. Die **Gesundheitsversorgung** betrifft die institutionelle Seite des Gesundheitswesens, also die Planung, den Bau und den Betrieb, namentlich von stationären Gesundheitseinrichtungen, aber auch den ambulanten Bereich im Sinne des Betriebs von Arztpraxen und ambulanten Gesundheitszentren. Auch wenn letzterer Bereich vorwiegend und traditionell privatwirtschaftlich organisiert ist, lässt sich eine gewisse Tendenz feststellen, dass immer öfters etwa öffentlich-rechtliche Spitäler in den ambulanten Bereich vordringen und beispielsweise ambulante Gesundheitszentren betreiben.[5559] Nach der Ansicht von Gächter/Renold-Burch sei im Übrigen darauf zu achten, den Begriff der Gesundheitsversorgung nicht mit demjenigen des Gesundheitswesens zu verwechseln – Ersteres umfasse die medizinische Versorgung (Diagnose und Behandlung von Gesundheitsstörungen, Krankheiten und Unfällen), Letzteres habe darüber hinaus das Ziel den Gesundheitszustand der Bevölkerung «zu erhalten und zu verbessern» (weshalb insbesondere auch Pflege, Rehabilitation und Bereiche wie Gesundheitsförderung oder Prävention dazu gehörten).[5560] 10

Der Begriff der **Grundversorgung** ist nach hier vertretener Ansicht und mit Blick auf die Botschaft des Bundesrates zur Hausarztmedizin so zu verstehen, dass Leistungen der Grundversorgung zwar über die minimale medizinische Hilfe, auf die eine Person in einer Notlage gestützt auf Art. 12 BV Anspruch hat, hinausgehen. Dennoch können nicht unbegrenzt unter diesem Titel sämtliche Arten medizinischer Leistungen in Anspruch genommen werden. 11

5558 Siehe dazu Gächter/Renold-Burch, S. 14 ff.; BSK-Gächter/Renold-Burch, N 6 ff. zu Art. 117a BV; Gächter, S. 101 ff.

5559 Siehe zu dieser Thematik eingehend Ralph Trümpler/Iris Herzog-Zwitter, Staatliche Konkurrenzierung Privater mit spitalungebundenen ambulanten Leistungen, AJP 4/2021, S. 466 ff.

5560 BSK-Gächter/Renold-Burch, N 7 zu Art. 117a BV.

Vielmehr ist wohl bereits dort eine Grenze zu ziehen, wo in freien Berufen tätige Fachspezialisten Behandlungen übernehmen (müssen) oder medizinische Leistungsangebote aus anderen Gründen nur noch in konzentrierter bzw. spezialisierter Form angeboten werden (können). Beispielhaft schliesst etwa auch die Botschaft in diesem Sinne Leistungen von der medizinischen Grundversorgung aus, die nur vereinzelt bestehen (z.B. Behandlung von sehr selten auftretenden Krankheiten) oder solche, die aus anderen Gründen lediglich in konzentrierter Form angeboten werden können (u.a. Verfügbarkeit von auf einzelne Krankheitsbilder gerichtetem Spezialwissen der Leistungserbringer, Qualitäts- und Sicherheitserfordernisse z.B. im Bereich hochspezialisierter Medizin, hohe technische Anforderungen oder finanzielle Auswirkungen).[5561]

12 In der Botschaft zu seinem direkten Gegenentwurf konkretisiert der Bundesrat den Begriff «Medizinische Grundversorgung» zunächst *berufsgruppenspezifisch* und ordnet diesem neben den Hausärztinnen und Hausärzten auch Pflegefachpersonen, Apothekerinnen und Apotheker, Physiotherapeutinnen und -therapeuten sowie klinische Psychologinnen und Psychologen zu.[5562] Ausserdem würden auch weitere ärztliche sowie nicht ärztliche Gesundheitsfachpersonen wesentliche Beiträge zur medizinischen Grundversorgung leisten.[5563] Hinzu kommt die Kategorie der sog. Gesundheitsberufe (wie z.B. Hebammen, Ernährungsberaterinnen und Ernährungsberater), die heute in den Geltungsbereich des Bundesgesetzes über die Gesundheitsberufe (GesBG) fallen.[5564] Entsprechend ist die in Art. 117a BV angesprochene «Medizinische Grundversorgung» als eine Art Verbundaufgabe von verschiedenen Berufsgattungen mit verschiedenen Ausrichtungen und Funktionen zu sehen.[5565]

13 Sodann legt der Bundesrat den Begriff *bedarfsspezifisch* und dementsprechend funktional[5566] aus. Die Umschreibung dessen, was unter

---

5561 BBl 2011 7553, 7577; siehe dazu auch BSK-Gächter/Renold-Burch, N 13 zu Art. 117a BV.

5562 BBl 2011 7553, 7567.

5563 BBl 2011 7553, 7579.

5564 Vgl. Art. 2 GesBG; siehe auch BSK-Gächter/Renold-Burch, N 9 zu Art. 117a BV, mit Hinweisen.

5565 Dies gilt auch deshalb, weil der am 18.05.2014 angenommene Gegenentwurf zur Volksinitiative «Ja zur Hausarztmedizin» sich nicht mehr einzig auf die Hausarztmedizin konzentrierte, sondern konkret die medizinische Grundversorgung gesamthaft(er) und funktional(er) abbilden wollte Vgl. auch Biaggini, N 1 zu Art. 117a BV.

Leistungen medizinischer Grundversorgung zu verstehen sei, orientiere «sich am üblichen Bedarf der Bevölkerung an grundlegenden präventiven, kurativen, rehabilitativen und palliativen medizinischen Gütern und Dienstleistungen». Hierbei sei es massgebend, dass die grundlegenden Leistungen der Grundversorgung erfahrungsgemäss regelmässig von der breiten Bevölkerung oder den einzelnen Bevölkerungsgruppen beansprucht werden.

Schliesslich tendieren Gächter und Renold-Burch dazu, die «Medizinische Grundversorgung» mit dem englischen Begriff der **«Primary Health Care»**, also der primären Gesundheitsversorgung, gleichzusetzen.[5567] Unter Verweis auf die Definition der WHO[5568] sind hierunter zusammengefasst medizinische Basisdienstleistungen zu verstehen, die allen Menschen zugänglich sein sollen. 14

b. Programmatische Verpflichtung von Bund und Kantonen

Art. 117a Abs. 1 BV sieht vor, dass Bund und Kantone im Rahmen ihrer Zuständigkeiten für eine medizinische Grundversorgung zu sorgen[5569] haben, welche den Kriterien «ausreichend», «allen zugänglich» und «von hoher Qualität» entspricht. Es handelt sich hierbei um einen **programmatischen Auftrag**, der weder konkrete Ziele vorgibt noch individuelle Leistungsansprüche begründet.[5570] Auch wenn die verwendeten Begriffe nicht justiziabel sind, geben die drei genannten Kriterien einen quantitativen und qualitativen Massstab für die im Land gewünschte «medizinische Grundversorgung» vor. Diesen Massstab gilt es bei der Umsetzung der programmatischen Verpflichtung zu berücksichtigen, wobei man den zuständigen Staatsorganen einen weiten Spielraum bei der Umsetzung einräumen muss.[5571] 15

5566 Auch zum Folgenden BBl 2011 7553, 7577; so auch Gächter, S. 102 und BSK-Gächter/Renold-Burch, N 11 zu Art. 117a BV; siehe auch BBl 2013 6205, 6211.

5567 Auch zum Folgenden ausführlich Gächter/Renold-Burch, S. 18 f.; Gächter, S. 102.

5568 Siehe dazu die Erklärung von Alma-Ata vom 12. September 1978, abrufbar unter https://www.who.int/teams/social-determinants-of-health/declaration-of-alma-ata, besucht am 06.01.2022).

5569 Gächter/Renold-Burch halten dafür, dass die Verwendung des Begriffs «sorgen» anstatt des ursprünglichen Begriffs «einsetzen» darauf hindeuten soll, dass der Verpflichtungsgrad tendenziell als hoch einzustufen ist (BSK-Gächter/Renold-Burch, N 26 zu Art. 117a BV).

5570 BBl 2011 7553, 7576; so auch BSK-Gächter/Renold-Burch, N 21 zu Art. 117a BV; eingehend dazu auch Gächter/Filippo, S. 88.

16 Zunächst ist vorgesehen, dass die medizinische Grundversorgung **«allen *zugänglich*»** zu sein hat. Das Kriterium der Zugänglichkeit ist geografisch, finanziell und auch zeitlich zu verstehen[5572] und verpflichtet Bund und Kantone, im Rahmen ihrer jeweiligen Zuständigkeiten dafür zu sorgen, dass die Leistungen der medizinischen Grundversorgung innert angemessener Zeit und unter angemessenem Aufwand durch die Bevölkerung in allen Landesteilen erreichbar sind.[5573] In welcher Form dabei die Zugänglichkeit zu einzelnen medizinischen Grundversorgungsleistungen gewährleistet wird oder werden kann – beispielsweise in telemedizinischer, digitaler oder physischer Form – ist wandelbar und entsprechend abhängig von den jeweiligen technischen Möglichkeiten und dem Stand der Wissenschaft und der Medizin. Leistungen der medizinischen Grundversorgung müssen sodann für alle gleichermassen finanzierbar sein, andernfalls der Zugang einzelnen Bevölkerungsschichten verwehrt würde. Zu beachten gilt es aber auch hier, dass nicht alle Leistungskategorien unter den Begriff «Medizinische Grundversorgung» fallen.

17 Dass die medizinische Grundversorgung sodann **«von hoher Qualität»** sein muss, hat Auswirkungen in dreierlei Hinsicht. Erstens haben Bund und Kantone dafür zu sorgen, dass die in der medizinischen Grundversorgung engagierten Gesundheitsfachpersonen über eine gut aufeinander abgestimmte Aus- und Weiterbildung verfügen. Gemäss bundesrätlicher Botschaft zur Hausarztmedizin bedingt eine hohe Qualität des Weiteren, dass die Leistungen in gegenseitiger Abstimmung und Vernetzung erfolgen. Schliesslich greift die Bestimmung auch auf individueller Ebene und verlangt eine hohe Qualität der Leistungserbringung durch die einzelnen Leistungserbringerinnen und -erbringer.[5574]

18 Was unter dem Kriterium **«*ausreichend*»** zu verstehen ist, lässt sich der bundesrätlichen Botschaft zur Hausarztmedizin nicht explizit entnehmen. Immerhin wird dort bei den Ausführungen zur Qualität festgehalten, dass die Leistungen in «notwendigem Ausmass» angeboten werden müssen.[5575] Das notwendige Ausmass sei dann erreicht, wenn sowohl eine Unter- als auch eine

5571 Vgl. Biaggini, N 2 zu Art. 117a BV; BSK-Gächter/Renold-Burch, N 18 zu Art. 117a BV.
5572 BBl 2011 7553, 7577.
5573 Gächter/Renold-Burch, S. 20; CR Cst.-Kahil-Wolff Hummer, N 8 zu Art. 117a BV.
5574 Zum Ganzen BBl 2011 7553, 7577.
5575 Auch zum Folgenden BBl 2011 7553, 7577 f.

Über- oder Fehlversorgung vermieden werde. Interessanterweise ist somit in der Bestimmung nicht nur eine programmatische Verpflichtung angelegt. Sie wirkt gleichermassen auch begrenzend. Damit wird auch dem Grundsatz gemäss Art. 43a Abs. 5 BV, wonach staatliche Aufgaben bedarfsgerecht und wirtschaftlich erfüllt werden müssen, Rechnung getragen.

3. Anerkennung und Förderung der Hausarztmedizin (Abs. 1, Satz 2)

19 Neben der programmatischen Verpflichtung von Bund und Kantonen, im Rahmen ihrer Zuständigkeiten für eine ausreichende, allen zugängliche medizinische Grundversorgung von hoher Qualität zu sorgen (Art. 117a Abs. 1 Satz 1 BV), verpflichtet Art. 117a Abs. 1 Satz 2 BV auch dazu, die **Hausarztmedizin** als einen wesentlichen Bestandteil dieser Grundversorgung anzuerkennen und zu fördern. Die explizite Nennung der Hausarztmedizin als Teil der medizinischen Grundversorgung soll deren Bedeutung als eigentliches Rückgrat der ärztlichen Grundversorgung hervorheben. Damit erfüllt Art. 117a Abs. 1 Satz 2 BV den an Bund und Kantone gerichteten Auftrag, die Hausarztmedizin anzuerkennen, gleich selbst. Allerdings geht aus dem Wortlaut der Bestimmung auch hervor, dass die medizinische Grundversorgung nicht nur von der Hausarztmedizin gewährleistet wird, sondern auch andere Berufsgruppen – seien es ärztliche oder nicht-ärztliche – ihren Beitrag leisten.[5576]

20 Die Bedeutung des **Begriffs der Hausarztmedizin** war während langer Zeit unklar. In den bundesrätlichen Botschaften zur Initiative «Ja zur Hausarztmedizin» und zur Revision des Medizinalberufegesetzes wurde die Begrifflichkeit dann aber griffig definiert.[5577] Demgemäss wird heute «die Hausarztmedizin als ein schwergewichtig auf die Primärversorgung ausgerichtetes ärztliches Tätigkeitsgebiet verstanden [...]».[5578]

21 Das entsprechende **Begriffsverständnis** hat mittlerweile auch Eingang ins Gesetz gefunden. Letztlich wurde damit einem berechtigten Anliegen der Initiative «Ja zur Hausarztmedizin» Rechnung getragen.[5579] So definiert das Medizinalberufegesetz die zentrale Bedeutung und Funktion der Hausarztmedizin als ein berufsspezifisches Ausbildungsziel der Human- und

5576 BBl 2011 7553, 7578.
5577 A.M. BSK-Gächter/Renold-Burch, N 14-18 zu Art. 117a BV.
5578 BBl 2011 7553, 7578; BBl 2013 6205, 6214.
5579 BBl 2013 6205, 6206 und 6208.

Zahnmedizin sowie der Chiropraktik.[5580] Des Weiteren ist dort die Steuerungsfunktion der Hausarztmedizin als Weiterbildungsziel definiert.[5581] Schliesslich wird auch an selber Stelle vorgegeben, dass die spezifischen hausärztlichen Kenntnisse, Fähigkeiten und Fertigkeiten im Bereich der Hausarztmedizin zum Teil im Rahmen von Praxisassistenzen zu erwerben sind[5582].

22 Überdies handelt es sich bei der Hausarztmedizin um eine von zwei Ausrichtungen (die andere ist diejenige als Spitalinternistin oder Spitalinternist), die im Rahmen der Weiterbildung zur Erlangung des Weiterbildungstitels «Allgemeine Innere Medizin» eingeschlagen werden kann.[5583] Zur weiteren Konturierung des Begriffs bietet es sich somit an, auf die im Rahmen dieser **Weiterbildung** zu erlangenden Kompetenzen zu verweisen. So muss die Fachperson am Ende ihrer Weiterbildung über die Kompetenz verfügen, im ganzen Spektrum der ambulanten Versorgung tätig zu sein. Sie muss in der Lage sein zu beurteilen, welche Abklärungen, Untersuchungen und Therapien in welchem Zeitraum angezeigt sind und muss – das ist zur Klärung des Begriffs entscheidend – die «häufigsten» der solchen selbst durchführen können. Bei Bedarf ist aber eine Spezialistin oder ein Spezialist beizuziehen.[5584] Daraus lässt sich folgern, dass die Hausarztmedizin eine erste Anlaufstelle bildet, die öfter selber in der Lage ist, die medizinisch relevanten Schritte vorzunehmen.

23 Als gesichert kann schliesslich gelten, dass die Leistungen der Personen mit den **Weiterbildungstiteln** Allgemeine Innere Medizin (vormals Allgemeinmedizin und Innere Medizin), praktische Ärztin oder Arzt sowie Kinder- und Jugendmedizin zur Hausarztmedizin zu zählen sind. Es handelt sich hierbei um diejenigen Personen, die bei der Wiedereinführung des sog. Zulassungsstopps gemäss Art. 55a KVG im Jahr 2013 von der

5580 Vgl. Art. 8 lit. k MedBG.

5581 Vgl. Art. 17 Abs. 2 lit. i MedBG.

5582 Vgl. Art. 17 Abs. 3 MedBG.

5583 Ziff. 1.2 des Weiterbildungsprogramms zum Facharzt für Allgemeine Innere Medizin vom 1. Januar 2011, Stand 20.12.2018 (abrufbar unter https://www.siwf.ch/files/pdf21/aim_version_internet_d.pdf, besucht am 24.05.2022).

5584 Ziff. 1.2 des Weiterbildungsprogramms zum Facharzt für Allgemeine Innere Medizin vom 1. Januar 2011, Stand 20.12.2018 (abrufbar unter https://www.siwf.ch/files/pdf21/aim_version_internet_d.pdf, besucht am 24.05.2022).

Zulassungsbeschränkung ausgenommen waren[5585] und mithin vom Gesetzgeber als Grundversorger erkannt wurden.

B. Gesetzgebungsaufträge an den Bund (Abs. 2)

1. Allgemeiner Regelungsgehalt und Kompetenzordnung

Während der Auftrag an Bund und Kantone gemäss Art. 117a Abs. 1 BV rein programmatischer Natur ist, erteilt Art. 117a Abs. 2 BV dem Bund einen **Gesetzgebungsauftrag** und damit die Pflicht, im Bereich der Aus- und Weiterbildung und der Berufsausübung sowie hinsichtlich der Abgeltung der Leistungen der Hausarztmedizin regulatorisch tätig zu werden.[5586] Da dem Bund diese Kompetenz zumindest im privatrechtlichen Bereich bereits aufgrund von Art. 95 BV und im Bereich der Kranken- und Unfallversicherung gestützt auf Art. 117 BV zukam, wird dem Gesetzgebungsauftrag mitunter auch reiner Appellcharakter zugeschrieben.[5587] Dennoch ist festzuhalten, dass im Bereich der medizinischen Grundversorgung die Bestimmung heute sowohl für den privatrechtlichen Bereich als auch für die Berufsausübung im öffentlich-rechtlichen Sektor eine umfassende, nachträglich derogatorische Bundeskompetenz begründet.[5588] Deren genauer Umfang erschliesst sich durch die Auslegung der Begriffe der «Berufe der medizinischen Grundversorgung», die «Aus- und Weiterbildung» bzw. «Ausübung» sowie der «Leistungen der Hausarztmedizin».[5589] 24

2. Berufe der medizinischen Grundversorgung

Was den Begriff der medizinischen Grundversorgung betrifft, ist auf die obenstehenden Ausführungen zu verweisen.[5590] Bei der Frage, durch welche **Berufsgruppen** die Leistungen der medizinischen Grundversorgung erbracht werden, ging der Bundesrat bei der Ausarbeitung von Art. 117a Abs. 2 BV grundsätzlich davon aus, dass die Berufe der medizinischen Grundversorgung 25

5585 BBl 2011 7553, 7578; BSK-Gächter/Renold-Burch, N 17 zu Art. 117a BV; siehe zu Art. 55a KVG eingehend Werder Gregori, Die Zulassungsbeschränkung zur OKP – oder: Das Gesetz das niemand wollte, Jusletter v. 31. August 2020.

5586 Gächter/Renold-Burch, S. 40.

5587 Gächter/Rütsche, § 2 N 142.

5588 BSK-Gächter/Renold-Burch, N 27 zu Art. 117a BV; Filippo, S. 107; BBl 2011 7553, 7579.

5589 Kaufmann, S. 104.

5590 Siehe oben Rz. 8 ff.

im Einzelnen durch den Gesetzgeber festzulegen seien.[5591] Er wies an gleicher Stelle aber auch ausdrücklich darauf hin, dass der Anwendungsbereich nicht auf die klassischerweise als Hausärzte bezeichneten ärztlichen Grundversorgerinnen und Grundversorger beschränkt sei. Auch weitere ärztliche sowie auch nicht-ärztliche Gesundheitsfachpersonen (wie z.B. im zahnmedizinischen, pharmazeutischen und pflegerischen Bereich, Ernährungsberatung, Ergo- und Physiotherapie, Radiologie und Rettungssanität) leisten wesentliche Beiträge zur medizinischen Grundversorgung und fallen somit unter diesen Begriff.[5592] Die Offenheit des Wortlautes der Bestimmung, in der «Berufe» geregelt werden und nicht «die Berufe», lässt hierbei explizit Raum dafür, abhängig von der medizinischen und gesellschaftlichen Entwicklung, auch weitere Berufe als die heute bekannten darunter zu subsumieren.[5593] Für die Definition und das Erfassen von neuen Gesundheitsberufen dürfte sich heute das am 01.02.2020 in Kraft getretene Gesundheitsberufegesetz als massgebend erweisen, zumal dieses gestützt auf Art. 117a Abs. 2 lit. a BV ergangen ist[5594].

3. Vorschriften über die Aus- und Weiterbildung und die Berufsausübung (lit. a)

26 Wie zuvor dargelegt, räumt Art. 117a Abs. 2 lit. a BV dem Bund eine umfassende Kompetenz zur **Regelung der Aus- und Weiterbildung** der Berufe der medizinischen Grundversorgung ein.[5595] Des Weiteren erhält der Bund die Kompetenz, auch betreffend die Ausübung dieser Berufe auf Bundesebene einheitliche Bestimmungen zu erlassen. Unter Aus- und Weiterbildung ist ein «Kontinuum zu verstehen, das die berufliche Grundausbildung, die Ausbildung an höheren Fachschulen, Fachhochschulen und Universitäten, die berufsorientierte Weiterbildung und die postgraduale akademische Weiterbildung umfasst. Die Weiterbildung dient dazu, die in der Ausbildung erworbenen Kompetenzen zu vertiefen und zu erweitern

5591 BBl 2011 7553, 7580.

5592 BBl 2011 7553, 7579; a.M. Kaufmann, S. 105 f.; CR Cst.-Kahil-Wolff Hummer, N 16 zu Art. 117a BV.

5593 BSK-Gächter/Renold-Burch, N 28 zu Art. 117a BV; Gächter/Renold-Burch, S. 40 f.

5594 Vgl. dazu auch oben Rz. 12.

5595 Auch zum Folgenden BSK-Gächter/Renold-Burch, N 30 zu Art. 117a BV; auch zum Folgenden BBl 2011 7553, 7579.

beziehungsweise sich in einem bestimmten Fachgebiet oder Tätigkeitsfeld zu spezialisieren.»[5596]

Der Bund ist seiner Verpflichtung mit dem Erlass des **Medizinalberufegesetzes** (MedBG) und des **Psychologieberufegesetzes** (PsyG) bereits nachgekommen und hat für die Bestimmungen in diesen beiden Erlassen nachträglich eine (zusätzliche) Verfassungsgrundlage geschaffen. Im Bereich der Gesundheitsberufe hat er den Verfassungsauftrag mit Erlass des **Gesundheitsberufegesetzes** (GesBG)[5597] erfüllt. Es ist an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass mit dem Erlass des Gesundheitsberufegesetzes auch der Ingress des Medizinalberufe- wie auch des Psychologieberufegesetzes um Art. 117a Abs. 2 BV ergänzt wurde. Dies als eine direkte Folge davon, dass Art. 117a Abs. 2 BV die Regelungskompetenz des Bundes, die zuvor auf den privatrechtlichen Bereich beschränkt war, auf den öffentlich-rechtlichen Sektor ausgedehnt hat.[5598] Den Zweckbestimmungen dieser Erlasse lässt sich entnehmen, dass diese nebst anderem die Aus- und Weiterbildung sowie die Berufsausübung der Personen zum Gegenstand haben, die in deren subjektiven Anwendungsbereich fallen. 27

4. Angemessene Abgeltung der Leistungen der Hausarztmedizin (lit. b)

Mit der Verpflichtung des Bundes, Vorschriften über eine angemessene **Abgeltung der Leistungen der Hausarztmedizin** zu schaffen, wurde eine, wenn nicht die zentrale Forderung der Initiative «Ja zur Hausarztmedizin» erfüllt. Immerhin war die finanzielle Benachteiligung der Hausarztmedizin gegenüber dem Fachspezialistinnen und Fachspezialisten einer der Hauptgründe für deren Lancierung.[5599] Ohne dieses Entgegenkommen bei Ausarbeitung des Gegenentwurfs hätte das Initiativkomitee seine Initiative wohl nicht zurückgezogen.[5600] Obschon es sich im Grunde genommen bereits aus dem Verfassungstext ergibt, ist darauf hinzuweisen, dass explizit nur die Leistungen der Hausarztmedizin in den Genuss dieser verfassungsrechtlichen Privilegierung kommen und nicht die «Berufe der medizinischen Grundversorgung» gemäss lit. a der Bestimmung.[5601] 28

5596 BBl 2011 7553, 7578 f.
5597 Vgl. dazu auch oben Rz. 12.
5598 Zum Ganzen durchaus kritisch Gächter/Werder, S. 2 ff.; Gächter/Rütsche, § 2 N 142.
5599 Filippo, S. 108.
5600 Siehe dazu oben Rz. 3 f.
5601 CR Cst.-Kahil-Wolff Hummer, N 19 zu Art. 117a BV.

29 Die Abgeltung erfolgt nicht über ein System von Direktzahlungen. Vielmehr wurde ein Weg über eine entsprechende **Ausgestaltung der sozialversicherungsrechtlichen Tarifstrukturen und Preislisten**, wie den TARMED und die Analysenliste, gefunden.[5602] Was unter einer *angemessenen* Abgeltung zu verstehen ist, lässt sich hingegen kaum sachgemäss konkretisieren. Die Verfassung lässt dem Gesetzgeber hier einen Handlungsspielraum, wie er weiter kaum sein könnte. Letzten Endes ist der Auffassung von Gächter/Renold-Burch zuzustimmen, dass sich die Angemessenheit der Abgeltung «am Ziel der Stärkung [...] der Hausarztmedizin messen lassen» muss.[5603]

EMPFOHLENE WEITERFÜHRENDE LEKTÜRE

Burch Stephanie, Staatliche Gesundheitsförderung und Prävention, Zürich/Basel 2014.

Gutzwiller Felix/Jeanneret Olivier (Hrsg.), Sozial- und Präventivmedizin Public Health, 2. Aufl., Bern 1999.

Landolt Hardy, Öffentliches Gesundheitsrecht, Public Health Law, Zürich/St. Gallen 2009.

Müller Markus, Zwangsmassnahmen als Instrument der Krankheitsbekämpfung, Basel 1992.

Poledna Tomas/Berger Brigitte, Öffentliches Gesundheitsrecht, Bern 2002.

Poledna Tomas/Kieser Ueli (Hrsg.), Gesundheitsrecht, in: Band VIII – Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht (SBVR) von Koller Heinrich/Müller Georg/Rhinow René/Zimmerli Ulrich (Hrsg.), Basel 2005.

Schwendener Myriam, Krankheit und Recht, Zürich/Basel 2008.

Wolf Salome/Mona Martino/Hürzeler Marc (Hrsg.), Prävention im Recht, Basel 2008.

ZU DEN AUTOREN

Rechtsanwalt Prof. Dr. iur. Ralph Trümpler studierte an den Universitäten Freiburg i.Ü., Zürich und Luzern. Nach Abschluss seiner Doktorarbeit im

Bereich des Staatsrechts war er als Gerichtsschreiber an verschiedenen Verwaltungsgerichten tätig und spezialisierte sich als Rechtsanwalt auf öffentliches Recht. Seit 2018 ist er Dozent, und seit 2023 Professor für Verwaltungsrecht an der Kalaidos Law School. Bei Rudin Cantieni Rechtsanwälte AG betreut er Mandate im Bereich des Staats- und Verwaltungsrechts sowie im öffentlichen Wirtschaftsrecht.

Rechtsanwalt Dr. iur. Gregori Werder ist in der Anwaltskanzlei Werder Viganò AG beratend und prozessierend in sämtlichen Bereichen des öffentlichen Rechts tätig, mit Fokus auf dem öffentlichen Gesundheitsrecht, Krankenversicherungsrecht und Personalrecht. Darüber hinaus gibt er regelmässig Schulungen zu öffentlich-rechtlichen Themen und führt verschiedentlich Lehraufträge aus.

Die Autoren freuen sich über Anregungen und Hinweise per E-Mail auf truempler@rudincantieni.ch und/oder g.werder@wvlaw.ch.

MATERIALIEN

Bekanntmachung der Departemente und der Ämter zum Zustandekommen der Eidgenössischen Volksinitiative «Ja zur Hausarztmedizin» vom 27. April 2010, BBl 2010, S. 2939 ff.

Bekanntmachung der Departemente und der Ämter zum Rückzug der Eidgenössischen Volksinitiative «Ja zur Hausarztmedizin» vom 27. April 2010, BBl 2013, S. 7989.

Botschaft zur Volksinitiative «Ja zur Hausarztmedizin» vom 16. September 2011, BBl 2011, S. 7553 ff. (zit. BBl 2011 7553).

Bundesratsbeschluss über das Ergebnis der Volksabstimmung vom 18. Mai 2014 vom 18. August 2014, BBl 2014, S. 6346 ff. (zit. BBl 2014 6346).

Botschaft zur Änderung des Medizinalberufegesetzes (MedBG) vom 3. Juli 2013, BBl 2013, S. 6205 ff.

5602 BSK-Gächter/Renold-Burch, N 36 zu Art. 117a BV.
5603 BSK-Gächter/Renold-Burch, N 36 zu Art. 117a BV.

LITERATURVERZEICHNIS

Biaggini Giovanni, Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017.

Gächter Thomas, Was ist «medizinische Grundversorgung»?, Pflegerecht 2015, S. 101 ff.

Gächter Thomas/Filippo Martina, Stärkt der neue «Grundversorgungsartikel» der schweizerischen Bundesverfassung das «Recht auf Gesundheit»?, Bioethica Forum, 8(3):85–89.

Gächter Thomas/Renold-Burch Stephanie, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Basel 2015.

Gächter Thomas/Renold-Burch Stephanie, Rechtsgutachten zur Tragweite von Art. 117a Abs. 2 lit. a BV für die Gesundheitsberufe, 12. Mai 2015.

Gächter Thomas/Rütsche Bernhard, Gesundheitsrecht, 4. Aufl., Basel 2018.

Gächter Thomas/Werder Gregori, Gesundheitsberufe 2020 – eine stille Revolution?, Pflegerecht 2019, S. 2 ff.

Filippo Martina, Angemessene Abgeltung der Leistungen nur für die Hausarztmedizin?, Pflegerecht 2015, S. 107 ff.

Kahil-Wolff Hummer Bettina, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques, Constitution fédérale, Art. 81 Cst. – dispositions finales, Basel 2021.

Kaufmann Marianne, Was muss oder soll der Bund bei den Berufen der medizinischen Grundversorgung regeln?, Pflegerecht 2015, S. 104 ff.

Tschudi Peter, Geschichte der Hausarztinitiative bis zum Grundversorgungsartikel, Pflegerecht 2015, S. 95 ff.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 118 BV

Eine Kommentierung von Ralph Trümpler / Gregori Werder

ZITIERVORSCHLAG

Ralph Trümpler/Gregori Werder, Commentary of art. 118 FC, in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (eds.), Online Commentary of the Swiss Federal Constitution

Kurzzitat: OK-Trümpler / Werder, N XXX zu Art. 118 BV.

Art. 118 Schutz der Gesundheit

[1] Der Bund trifft im Rahmen seiner Zuständigkeiten Massnahmen zum Schutz der Gesundheit.

[2] Er erlässt Vorschriften über:

a. den Umgang mit Lebensmitteln sowie mit Heilmitteln, Betäubungsmitteln, Organismen, Chemikalien und Gegenständen, welche die Gesundheit gefährden können;

b. die Bekämpfung übertragbarer, stark verbreiteter oder bösartiger Krankheiten von Menschen und Tieren; er verbietet namentlich jede Art von Werbung für Tabakprodukte, die Kinder und Jugendliche erreicht;

c. den Schutz vor ionisierenden Strahlen.

GLIEDERUNG

I. Entstehungsgeschichte 1343
II. Kommentar i.e.S. 1343
A. Massnahmen zum Schutz der Gesundheit (Abs. 1) 1343
B. Gesetzgebungsaufträge (Abs. 2) 1346
1. Umfassende Gesetzgebungskompetenz mit nachträglich derogatorischer Wirkung 1346
2. Umgang mit Lebensmitteln, Heilmitteln, Betäubungsmitteln, Organismen, Chemikalien und gesundheitsgefährdenden Gegenständen (lit. a) 1347
3. Krankheitsbekämpfung (lit. b) 1349
4. Schutz vor ionisierender Strahlung (lit. c) 1352
Empfohlene weiterführende Lektüre 1352
Zu den Autoren 1353
Materialien 1354
Literaturverzeichnis 1354

I. ENTSTEHUNGSGESCHICHTE

Art. 118 BV wird als **Gesundheitsartikel** der Bundesverfassung bezeichnet und überführte die Art. 69, 69bis und 24^{quinquies} Abs. 2 aBV in den neuen Verfassungstext.[5604] Mit Ausnahme einiger redaktioneller Anpassungen – konkret werden Menschen und Tiere nicht mehr im Absatz 1, sondern im Absatz 2 lit. b der Bestimmung erwähnt[5605] – entspricht er in weiten Teilen dem E-Art. 109 BV gemäss bundesrätlichem Entwurf zu einer nachgeführten Bundesverfassung.[5606] Minderheitsanträge in der Verfassungskommission des Nationalrats auf Ergänzung um eine Bestimmung zur Förderung der Selbsthilfe und Förderung zur «primären» Prävention sowie auf Schaffung einer Kompetenz zum Erlass von Vorschriften über die Aus- und Weiterbildung «in den wissenschaftlichen Medizinalberufen» wurden im Nationalrat knapp abgelehnt.[5607] 1

II. KOMMENTAR I.E.S.

A. Massnahmen zum Schutz der Gesundheit (Abs. 1)

In Art. 118 Abs. 1 BV wird ein sehr allgemein gehaltener, programmatischer Auftrag an den Bund formuliert, **Massnahmen zum Schutz der Gesundheit** von Mensch und Tier[5608] zu treffen.[5609] Der Zusatz «im Rahmen seiner Zuständigkeiten» stellt klar, dass der programmatische Auftrag als solcher keine neuen Bundeskompetenzen begründet.[5610] Ausgehend von dieser Konzeption verbleibt das Gesundheitswesen grundsätzlich im 2

5604 BBl 1997 I 1, 332; BGE 138 I 435, E. 3.4.

5605 Siehe dazu auch Fn. 5 und Rz. 12 ff.

5606 Vgl. BBl 1997 I 1, 614.

5607 Amtl. Bull. NR, Separatdruck Verfassungsreform, S. 339 ff.

5608 In E-Art. 109 Abs. 1 BV hielt die Bestimmung noch ausdrücklich fest, dass es um den Gesundheitsschutz von «Mensch und Tier» gehe, was im Rahmen der parlamentarischen Beratungen aber gestrichen und in den Absatz 2 lit. b von Art. 118 BV verschoben wurde. Gleichwohl ist davon auszugehen, dass nach wie vor nicht nur die Gesundheit des Menschen, sondern auch die von Tieren geschützt werden soll (statt vieler BSK BV-Gächter/Renold-Burch, N 5 zur Art. 118 BV); siehe aber SG Komm. BV-Poledna, N 2 zur Art. 118 BV, der zwar im Grundsatz dieselbe Meinung vertritt. Es wird grundsätzlich darauf hingewiesen, dass der Gesundheitsschutz der Menschen im Vordergrund stehe.

5609 SG Komm. BV-Poledna, N 5 zur Art. 118 BV

5610 So auch BSK BV-Gächter/Renold-Burch, N 3 zur Art. 118 BV.

Zuständigkeitsbereich der Kantone.[5611] Dass sodann aber in Art. 118 Abs. 2 BV diverse Themenbereiche aufgeführt sind, mit denen dem Bund in mancherlei Hinsicht eben doch eine verpflichtende (fragmentarische) Gesetzgebungskompetenz mit nachträglicher derogatorischer Wirkung im Hinblick auf einen zu gewährleistenden Gesundheitsschutz der Bevölkerung eingeräumt wird, relativiert dies indessen.[5612] Die vom Bund in verschiedenen Bereichen erlassenen «Strategien» testen die staatliche Kompetenzordnung insofern, als der Bund damit bis zu einem gewissen Grade eben doch eine umfassende(re) und nicht krankheitsspezifische Gesundheitsförderung betreibt – dazu gehört nicht nur die gesundheitspolitische Strategie des Bundesrates 2020-2030, sondern auch die zahlreichen themenorientierten nationalen Gesundheitsstrategien (z.B. in den Bereichen Demenz, eHealth, Krebs, nichtübertragbare Krankheiten, Palliative Care etc.).

3 Zum Verständnis von Art. 118 Abs. 1 BV ist der **Begriff der Gesundheit** zentral. Gleichwohl sucht man nicht nur in der Bestimmung selbst, sondern auch in den Materialien vergebens nach einer Definition dieses «hochgradig unbestimmten, konkretisierungsbedürftigen»[5613] Begriffs.[5614] Auch in den Materialien zu weiteren Bestimmungen der Bundesverfassung, wie z.B. Art. 41 Abs. 1 lit. b BV, wie auch im übrigen Bundesrecht, ist auf eine definitorische Umschreibung des Gesundheitsbegriffs verzichtet worden.[5615] Dies ist wohl auch darauf zurückzuführen, dass eine prägnante und universelle Definition aufgrund seines vom jeweiligen Kontext abhängigen Bezugsrahmen kaum zu erreichen ist.[5616] Demgegenüber sind die zahlreichen Definitionsversuche der Lehre kaum noch zu überblicken,[5617] wobei ein Teil der Lehre grundsätzlich dafür plädiert, dass der Gesundheitsbegriff anhand der jeweils geltenden zeitgeschichtlichen Ansichten umschrieben werden sollte,[5618] während andere Lehrmeinungen dafürhalten, diesen anhand seines Zwecks im Kontext des jeweiligen Regelungsumfelds zu konkretisieren.[5619]

4 Mit Blick auf das internationale Recht, macht es durchaus Sinn, den Gesundheitsbegriff weit zu verstehen, so wie es etwa die WHO in der

5611.BBl 1997 I 1, 332; BGE 139 I 242, E. 3.1.
5612.Vgl. BGE 133 I 110 E. 4.2 oder BGE 138 I 435 E. 3.4.1; auch Biaggini, N 6 zu Art. 118 BV.
5613.Burch, S. 5.
5614.So BSK BV-Gächter/Renold-Burch, N 6 zur Art. 118 BV.
5615.Burch S. 10.
5616.Burch, S. 5.
5617.Siehe die Kategorisierung der Definitionsansätze bei Burch, S. 10 ff.

Erklärung von Alma-Ata von 1978 oder in den Umschreibungen der **Ottawa-Charta zur Gesundheitsförderung von 1986** tut. In Ziff. I der Erklärung von Alma-Ata wird die Gesundheit dabei als «Zustand völligen körperlichen, seelischen und sozialen Wohlbefindens» umschrieben und wird sie explizit nicht als blosser Zustand des «Freiseins von Krankheit oder Gebrechen» verstanden.[5620] Unabhängig davon, ob Gesundheit begrifflich und als Konzept jemals korrekt und abschliessend umschrieben werden kann, dürfte ein weit gefasstes Begriffsverständnis einem Konsens darüber entsprechen, dass der Gesundheitsbegriff wandelbar ist und nicht auf «Abwesenheit von Krankheit» reduziert werden darf.[5621]

Gegenstand von Art. 118 Abs. 1 BV sind in erster Linie **polizeiliche Massnahmen der Gefahrenabwehr**, mit welchen im Allgemeinen unmittelbare Gesundheitsbeeinträchtigungen verhindert werden sollen – es geht mithin um konkrete und direkte Gefahren für die öffentliche Gesundheit und damit um die Gesundheit von Mensch und Tier im Allgemeinen.[5622] Mittelbare Beeinträchtigungen etwa durch Luft, Lärm, Wasser oder weitere Umwelteinflüsse fallen nicht darunter, sondern sind Gegenstand des sog. Umweltschutzartikels (Art. 74 BV).[5623] Was den spezifischeren Tierschutz betrifft, ist ausserdem Art. 80 BV einschlägig.[5624] Schliesslich fallen auch auf den individuellen Gesundheitszustand gerichtete und gesundheitsfördernde Massnahmen nicht in den Geltungsbereich dieser Bestimmung.[5625] Für eine umfassende und krankheitsunspezifische Gesundheitsförderung im Sinne einer «Förderung der Selbsthilfe» und Förderung zur «primären Prävention» fehlt es demnach grundsätzlich an einer Verfassungsgrundlage, u.a. weil die Verfassungskommission des Nationalrats und hernach auch der Nationalrat 5

5619 Z.B. Gächter/Rütsche, Rz. 19; BSK BV-Gächter/Renold-Burch, N 6 zu Art. 118 BV; zum Ganzen auch BSK BV-Gächter/Werder, N 33 zu Art. 41 BV und SG Komm. BV-Poledna, N 4 zur Art. 118 BV.

5618 SG Komm. BV-Poledna, N 4 zu Art. 118 BV.

5620 Beide Chartas sind abrufbar unter https://www.euro.who.int/de/publications/policy-documents (zuletzt besucht am 24.05.2022); auf die Begriffsumschreibungen der Ottawa-Charta bezugnehmend auch BBl 2009 7071, 7081.

5621 Vgl. Biaggini, N 5 zu Art. 118 BV.

5622 Auch zum Folgenden BBl 1997 I 1, 248 und 332; BSK BV-Gächter/Renold-Burch, N 4 zur Art. 118 BV; vgl. auch Biaggini, N 4 zu Art. 118 BV.

5623 Dies wurde auch so in den parlamentarischen Beratungen gesehen, vgl. das Votum von Bundesrat Arnold Koller, Amtl. Bull. NR, Separatdruck Verfassungsreform, S. 340.

5624 SG Komm. BV-Poledna, N 3 zur Art. 118 BV.

5625 Gl.M. BSK BV-Gächter/Renold-Burch, N 4 zur Art. 118 BV.

selbst eine entsprechende Fassung von Art. 118 Abs. 1 BV ablehnten (vgl. aber N 2 in fine).[5626] Dass dies den allgemein postulierten weiten Gesundheitsbegriff kontrastiert, ist offensichtlich. Indessen liegen Aspekte von krankheitsunspezifischer Gesundheitsförderung verschiedenen vereinbarten internationalen Garantien und (sozialen) Menschenrechten zugrunde – insbesondere dem «Recht auf Gesundheit» gemäss Art. 12 UNO-Pakt I .[5627] Aus solchen Normen werden indes keine individualrechtlichen Ansprüche etwa auf krankheitsunspezifische Gesundheitsförderung abgeleitet, doch sind entsprechende Garantien als programmatische Vorgabe für die Gesundheitsvorsorge der unterzeichnenden Staaten zu sehen[5628], womit sie wiederum als Rechtfertigung für den Bund dienen können, die umfassende und krankheitsunspezifische Gesundheitsförderung dort ins Auge zu fassen, wo es nationale Stossrichtungen braucht (vgl. diesbezüglich die oben genannten themenorientierten nationalen Gesundheitsstrategien).

B. Gesetzgebungsaufträge (Abs. 2)

1. Umfassende Gesetzgebungskompetenz mit nachträglich derogatorischer Wirkung

6 In Abs. 2 von Art. 118 BV wird dem Bund die Berechtigung und Verpflichtung erteilt, in den abschliessend genannten gesundheitsrelevanten Teilbereichen gemäss lit. a bis c Vorschriften zu erlassen.[5629] Die **Bundeskompetenz** ist eine nachträgliche und umfassende Kompetenz mit derogatorischer Wirkung.[5630]

5626 Amtl. Bull. NR, Separatdruck Verfassungsreform, S. 339 ff.; vgl. auch Biaggini, N 3 zu Art. 118 BV m.w.H.

5627 Daneben können etwa Art. 24 UN Kinderrechtskonvention (SR.0.107), Art. 12 UN-Frauenrechtskonvention (SR 0.108), Art. 5 lit. e iv UN-Rassendiskriminierungskonvention (SR 0.104) und Art. 25 UN-Behindertenkonvention (SR 0.109) als für die Schweiz relevante Beispiele genannt werden. Sodann wurde in Art. 25 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte (Resolution der UN-Generalversammlung vom 10. Dezember 1948) von einem «Recht auf einen Lebensstandard, der seine und seiner Familie Gesundheit und Wohl gewährleistet, einschließlich Nahrung, Kleidung, Wohnung, ärztliche Versorgung und notwendige soziale Leistungen» ausgegangen; vgl. zum Ganzen Bognuda, passim.

5628 Vgl. Gächter/Rütsche, Rz. 89.

5629 BBl 1997 I 1, 332; auch zum Folgenden BSK BV-Gächter/Renold-Burch, N 10 f. zu Art. 118 BV; SG Komm. BV-Poledna, N 7 zur Art. 118 BV.

5630 BGE 139 I 242, E. 3.1 (Fumoirverbot); BGE 138 I 435, E. 3.4.1 (Betäubungsmittel); zum Ganzen auch CR Cst.-Kahil-Wolff Hummer/Manon, N 8 zu Art. 118 BV.

2. Umgang mit Lebensmitteln, Heilmitteln, Betäubungsmitteln, Organismen, Chemikalien und gesundheitsgefährdenden Gegenständen (lit. a)

Gemäss Art. 118 Abs. 2 lit. a BV hat der Bund **Vorschriften zum Umgang mit gesundheitsgefährdenden Lebensmitteln, Gebrauchs- und Verbrauchsgegenständen** zu erlassen.[5631] Die Bestimmung entspricht Art. 69bis a BV.[5632] Obschon die Regelungskompetenz im Grundsatz eine abschliessende ist,[5633] ist es nicht möglich, eine abschliessende Liste an konkreten Waren und Gegenständen mit gesundheitsgefährdendem Charakter innerhalb dieser Kategorien zu erlassen, bezüglich derer dem Bund eine Gesetzgebungskompetenz im oben umschriebenen Sinne zukommt. Stattdessen ist davon auszugehen, dass der Bund regulatorisch tätig zu werden hat, sobald sich ein Gegenstand einer der in Art. 118 Abs. 1 lit. a BV genannten Kategorien zuordnen lässt und potenziell gesundheitsgefährdend scheint.[5634] Geschützt werden sollen hierbei Verbraucherinnen und Verbraucher und nicht Spezialistinnen und Spezialisten.[5635] Poledna weist zurecht darauf hin, dass Art. 118 Abs. 1 lit. a BV letzten Endes auch den Charakter einer Konsumentenschutzbestimmung aufweist.[5636] 7

Die vom Verfassungsgeber gewählte Formulierung **«Umgang mit»** deutet darauf hin, dass nicht nur die primären Handlungen – wie etwa der Verzehr oder Konsum bei Lebens-, Heil- oder Betäubungsmitteln – von der Bestimmung erfasst sind. Vielmehr ist gemäss den Materialen auch davon auszugehen, dass mit der Umschreibung verschiedenste Vorgänge und 8

5631 BBl 1997 I 1, 332.

5632 BBl 1997 I 1, 332.

5633 A.M. SG Komm. BV-Poledna, N 9 zur Art. 118 BV, der von einer nicht abschliessenden Aufzählung ausgeht und dabei die Formulierung verwendet, dass von Art. 118 Abs. 2 BV «grundsätzlich alle namentlich genannten Waren oder Gegenstände, welche die Gesundheit gefährden können» erfasst sind, wobei nur «die im Alltag wichtigsten genannt» seien. Diese Auffassung hat gemäss Poledna zur Folge, dass alle Gegenstände «des täglichen Bedarfs, die bestimmungsgemäss mit dem menschlichen Körper in Kontakt kommen», mitumfasst sind, obschon einzelne Warenkategorien *namentlich* genannt werden und sodann auch nur Gegenstände angesprochen sind, «welche die Gesundheit gefährden können». Das weite Verständnis von Poledna trifft zumindest gemäss dem Wortlaut der Bestimmung nicht zu.

5634 BSK BV-Gächter/Renold-Burch, N 12 zu Art. 118 BV.

5635 BBl 1997 I 1, 332 f.; BSK BV-Gächter/Renold-Burch, N 12 zu Art. 118 BV; SG Komm. BV-Poledna, N 10 zur Art. 118 BV.

5636 SG Komm. BV-Poledna, N 10 zur Art. 118 BV.

Handlungen erfasst sind, d.h. insbesondere Herstellung, Verarbeitung, Handel (Einfuhr, Aufbewahrung, Abgabe, Bezug) und Verwendung. Nicht in den Geltungsbereich soll hingegen die Herstellung zum Eigenbedarf fallen.[5637]

9 Im **Lebensmittelbereich** hat der Bund seine Kompetenz durch den Erlass des Bundesgesetzes über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände (LMG; SR 817.0) wahrgenommen. Gestützt darauf wurden zahlreiche departementale und einige bundesrätliche Verordnungen wie etwa die Lebensmittel- und Gegenständeverordnung (LGV; SR 817.02) oder die Tabakverordnung (TabV; SR 817.06) erlassen. In Art. 4 Abs. 1 LMG findet sich sodann auch eine allgemein gehaltene Definition von Lebensmitteln als «alle Stoffe oder Erzeugnisse, die dazu bestimmt sind oder von denen sich vernünftigerweise vorhersehen lässt, dass sie in verarbeitetem, teilweise verarbeitetem oder unverarbeitetem Zustand von Menschen aufgenommen werden». Diese Definition wird in Art. 4 Abs. 2 LMG um eine Positiv- und in Art. 4 Abs. 3 LMG um eine Negativliste ergänzt. Auf eine generell-abstrakte Definition von Gebrauchsgegenständen hat der Bundesgesetzgeber verzichtet und stattdessen in Art. 5 LMG acht Produktkategorien definiert, in die ein Gegenstand fallen kann, um als Gebrauchsgegenstand im Sinne des LMG zu gelten.

10 Seiner Verpflichtung und Kompetenz zur **Regulierung des Umgangs mit Heilmitteln und Betäubungsmitteln** ist der Bund mit Erlass des Bundesgesetzes über Arzneimittel und Medizinprodukte (HMG, Heilmittelgesetz; SR 812.21) nachgekommen. Dieses gilt im Übrigen auch für Betäubungsmittel, soweit sie als Heilmittel verwendet werden (Art. 2 Abs. 2 lit. b HMG). Den Umgang mit Betäubungsmitteln regelt der Bund überdies im Bundesgesetz über die Betäubungsmittel und psychotropen Stoffe (BetmG; SR 812.121). Gemäss Art. 2 lit. a BetmG sind Betäubungsmittel abhängigkeitserzeugende Stoffe und Präparate der Wirkungstypen Morphin, Kokain oder Cannabis, sowie Stoffe und Präparate, die auf deren Grundlage hergestellt werden oder eine ähnliche Wirkung wie diese haben. Bei Cannabis ist eine langsam fortschreitende Liberalisierung festzustellen. So wurde der Einsatz von Cannabis zu medizinischen Zwecken per 1. August 2022 legalisiert und erlaubt Art. 8a BetmG seit dem 15. Mai 2021 Pilotversuche mit kontrollierter Abgabe dieses Stoffes zu «Genusszwecken».

5637BBl 1997 I 1, 333; vgl. auch Biaggini, N 8 zu Art. 118 BV.

Die Begriffe **«Organismen» und «Chemikalien»** weisen die Gemeinsamkeit auf, dass sie eng ausgelegt werden müssen, da im Endeffekt auch Tiere und Menschen Organismen und deren «Bauteile» Chemikalien sind und die Kompetenz bei einem weiten Begriffsverständnis eine allumfassende wäre.[5638] Es ist deshalb davon auszugehen, dass die Bestimmung lediglich chemische Stoffe und ihre Zubereitungen als solche («Chemikalien») und Mikroorganismen («Organismen») erfasst.[5639] Bestimmungen zum Umgang mit Mikroorganismen finden sich in verschiedenen Bundesgesetzen, wie z.B. dem Umweltschutzgesetz (USG; SR 814.01) und dem Bundesgesetz über Gentechnik im Ausserhumanbereich (GTG; SR 814.91). Überdies wird der Term «Organismen» in Art. 7 Abs. 5bis USG und Art. 5 Abs. 1 GTG definiert: «Organismen sind zelluläre und nichtzelluläre biologische Einheiten, die zur Vermehrung oder zur Weitergabe von Erbmaterial fähig sind. Ihnen gleichgestellt sind Gemische und Gegenstände, die solche Einheiten enthalten». 11

Bei **«Gegenständen, welche die Gesundheit gefährden können»**, handelt es sich im Wesentlichen um einen Auffangtatbestand.[5640] Neben dem oben erwähnten LMG, welcher auch eine Aufzählung von Gebrauchsgegenständen enthält (vgl. Art. 5 LMG), ist diesbezüglich vor allem auf das Produktesicherheitsgesetz (PrsG; SR 930.11) und das Sprengstoffgesetz (SprstG; SR 941.41) zu verweisen. Gegenstände, die sich aufgrund ihrer Beschaffenheit zur Bedrohung oder Verletzung von Menschen eignen, sind zudem dem Waffengesetz (WG; SR 514.54) unterstellt. Dieses nennt in Art. 4 Abs. 6 WG beispielhaft Gegenstände wie «Werkzeuge, Haushalt- und Sportgeräte» und nimmt Taschenmesser, «wie etwa das Schweizer Armeetaschenmesser», davon aus. 12

3. Krankheitsbekämpfung (lit. b)

Art. 118 Abs. 2 lit. b BV verpflichtet den Bund zum Erlass von **Vorschriften über die Bekämpfung übertragbarer, stark verbreiteter oder bösartiger Krankheiten von Menschen und Tieren**. Die Bestimmung entspricht Art. 69 aBV.[5641] Ermöglicht werden dem Bund hierbei nicht nur 13

5638 BSK BV-Gächter/Renold-Burch, N 18 und 19 zu Art. 118 BV.
5639 Siehe die dazu eingehend BSK BV-Gächter/Renold-Burch, N 18 zu Art. 118 BV.
5640 BSK BV-Gächter/Renold-Burch, N 20 zu Art. 118 BV.
5641 BBl 1997 I 1, 333.

gesundheitspolizeiliche, sondern auch sozialpädagogische und finanzielle Massnahmen, wobei der Bund in der Vergangenheit jeweils dann zum Eingreifen berechtigt war, wenn infolge der Ausbreitung einer Krankheit die Arbeitsleistung breiter Bevölkerungsteile und dadurch mittelbar auch die Wirtschaft beeinträchtigt wurden.[5642]

14 Damit eine Bundeskompetenz begründet wird, muss eine Krankheit gemäss Art. 118 Abs. 2 lit. b BV folgende, alternative («eine der drei Eigenschaften»[5643]) **Voraussetzungen** aufweisen. Vielfach dürfte eine Krankheit aber alle der genannten Kriterien erfüllen. Sie muss bösartig sein, was gegeben ist, wenn sie das Leben bedroht oder schwere und dauernde Beeinträchtigungen der Gesundheit nach sich zieht.[5644] Neben den individuellen Auswirkungen sind auch die Auswirkungen und sozialen sowie wirtschaftlichen Schäden einer Krankheit für die Gesellschaft zu berücksichtigen.[5645] Als weitere alternative Voraussetzung ist die starke Verbreitung einer Krankheit zu nennen. Eine solche liegt vor, wenn sie nicht nur rein lokal auftritt, sondern sich so weit verbreitet hat, dass Massnahmen auf nationaler Ebene angezeigt scheinen.[5646] Als drittes alternatives Kriterium nennt Art. 118 Abs. 2 lit. b BV die Übertragbarkeit einer Krankheit. Diese ist gegeben, wenn die Krankheit durch einen Erreger verursacht wird, der weitergegeben werden kann, womit die Krankheit unmittelbar oder mittelbar ansteckend ist.[5647]

15 Der Erlass von Vorschriften, die der «Bekämpfung» entsprechender Krankheiten von Menschen und Tieren dienen, meint nicht nur das Spektrum an gesundheitspolizeilichen Instrumenten wie Verboten, Verhaltens- und Bewilligungspflichten. Möglich sind durchaus auch *zielgerichtete* **Massnahmen** mit Präventionscharakter zur Abwehr von Krankheiten, solange der Fokus nicht rein generalpräventiv ist.[5648]

16 Gestützt auf Art. 118 Abs. 2 lit. b BV hat der Bund u.a. das **Bundesgesetz über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen**

5642 BBl 1997 I 1, 333.
5643 BBl 1997 I 1, 333.
5644 BBl 1997 I 1, 333.
5645 BSK BV-Gächter/Renold-Burch, N 26 zu Art. 118 BV.
5646 BSK BV-Gächter/Renold-Burch, N 25 zu Art. 118 BV.
5647 BSK BV-Gächter/Renold-Burch, N 24 zu Art. 118 BV.
5648 Biaggini, N 16a zu Art. 118 BV, steht den seines Erachtens «ausufernden generalpräventiven Aktivitäten» aufgrund von Art. 118 Abs. 2 lit. a BV kritisch gegenüber und sieht in gewissen Fällen «die (Kompetenz-)Begrenzungsfunktion der Verfassung etwas gar arg strapaziert».

(Epidemiengesetz, EpG; SR 818.101) erlassen. Dieses definiert etwa, was als «übertragbare Krankheit» zu sehen ist («Krankheit, die durch Krankheitserreger oder deren toxische Produkte auf den Menschen übertragbar ist»[5649]). In diesem Kontext ist sodann auch das Bundesgesetz über die gesetzlichen Grundlagen für Verordnungen des Bundesrates zur Bewältigung der Covid-19 Epidemie (Covid-19-Gesetz; SR 181.102) zu nennen. Dieses wurde vom Bund im Zuge der Covid-19 Epidemie erlassen und regelt besondere Befugnisse des Bundesrates zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie und zur Bewältigung der Auswirkungen der Bekämpfungsmassnahmen auf Gesellschaft, Wirtschaft und Behörden (Art. 1 Abs. 1 Covid-19-Gesetz). Des Weiteren sind das Bundesgesetz über die Registrierung von Krebserkrankungen (KRG; SR 818.33) wie auch das Bundesgesetz über den Schutz vor Gefährdungen durch nichtionisierende Strahlung und Schall (NISSG; SR 814.71) und das Tierseuchengesetz (TSG; SR 916.40) u.a. auf Grundlage von Art. 118 Abs. 2 lit. b BV erlassen worden. Erwähnenswert ist sodann, dass sich auch der Erlass von Massnahmen des Bundes zum Schutz vor dem Passivrauchen respektive das im Jahr 2008 erlassene Bundesgesetz zum Schutz vor Passivrauchen (SR 818.31) und das schon länger vorgesehene Bundesgesetz über Tabakprodukte[5650] ebenfalls auf diese Verfassungsgrundlage stützen (sollen). Ob sich im Zuge dessen auch weitere (Präventions-)Massnahmen – etwa solche der Suizidprävention[5651] – auf diese Bundeskompetenz abstützen lassen, ist fraglich.

Mit der Annahme der Volksinitiative «Ja zum Schutz der Kinder und Jugendlichen vor Tabakwerbung (Kinder und Jugendliche ohne Tabakwerbung)» am 13. Februar 2022 ist dem Bund ausserdem der Auftrag erteilt worden, jede Art von **Werbung für Tabakprodukte** zu verbieten, die Kinder und Jugendliche erreicht. Damit wird nicht nur diejenige Tabakwerbung verboten, die sich explizit an Kinder und Jugendliche richtet, sondern auch diejenige, welche von diesen wahrgenommen werden kann bzw. für diese zugänglich ist. Betroffen sind somit im Resultat Printmedien, das Internet, Plakate, Kinos und Verkaufsstellen wie auch Veranstaltungen.[5652] Sie geht damit weit über den indirekten Gegenvorschlag hinaus, den der 17

5649 Art. 3 lit. a EpG.

5650 Vgl. dazu BBl 2015 9379, 9465 (Botschaft) und BBl 2015 9471 (Entwurf); hierzu auch die Hinweise von Biaggini, N 16 zu Art. 118 BV.

5651 Vgl. dazu Biaggini, N 16 zu Art. 118 BV m.w.H.

5652 BBl 2020 7049, 7060.

Bundesrat und das Parlament der Initiative entgegengestellt hatten.[5653] Das revidierte Tabakproduktegesetz in der Version des indirekten Gegenvorschlags wird nach Ablauf der Referendumsfrist am 20. Januar 2022 alsbald in Kraft treten, ist aber aufgrund der Annahme der Volksinitiative sogleich wieder zu überarbeiten. Gemäss Ziff. 14 der Übergangsbestimmungen nach Annahme der Bundesverfassung vom 18. April 1999 hat diese Revision innert drei Jahren nach Annahme der Volksinitiative zum Abschluss zu gelangen.

4. Schutz vor ionisierender Strahlung (lit. c)

18 Art. 118 Abs. 2 lit. c BV statuiert einen Gesetzgebungsauftrag betreffend den **Schutz vor ionisierender Strahlung**, während die nichtionisierende Strahlung vom Umweltschutzartikel von Art. 74 BV erfasst ist. Art. 118 Abs. 2 lit. c BV entspricht dem Art. 24^{quinquies} Abs. 2 aBV.[5654] Die diesbezüglich zu erlassenden polizeilichen Vorschriften finden sich vornehmlich im Strahlenschutzgesetz (StSG; SR 814.50). Sie sind weitgehend präventiver Natur; wirtschaftspolitische Eingriffe vermögen sich nicht auf die Verfassungsgrundlage zu stützen.[5655]

EMPFOHLENE WEITERFÜHRENDE LEKTÜRE

Burch Stephanie, Staatliche Gesundheitsförderung und Prävention, Diss. Zürich, Basel 2014.

Eichenberger Thomas/Jaisli Urs/Richli, Paul (Hrsg.), Basler Kommentar, Heilmittelgesetz, 2. Aufl., Basel 2022.

Fingerhuth Thomas/Schlegel Stephan/Jucker Oliver (Hrsg.), Kommentar zum Betäubungsmittelgesetz, 3. Aufl., Zürich 2016.

Gutzwiller Felix/Jeanneret Olivier (Hrsg.), Sozial- und Präventivmedizin Public Health, 2. Aufl., Bern 1999.

5653 Siehe den tabellarischen Vergleich unter Bundesamt für Gesundheit BAG > Strategie & Politik > Politische Aufträge & Aktionspläne > Politische Aufträge zur Tabakprävention > Tabakpolitik der Schweiz > Volksinitiative Kinder und Jugendliche ohne Tabakwerbung, letztmals besucht am 23. Mai 2022.

5654 Auch zum Folgenden BBl 1997 I 1, 334.

5655 BSK BV-Gächter/Renold-Burch, N 31 zu Art. 118 BV.

Hug-Beeli Gustav, Kommentar zum Betäubungsmittelgesetz (BetmG), Basel 2015.

Landolt Hardy, Öffentliches Gesundheitsrecht, Public Health Law, Zürich/St. Gallen 2009.

Müller Markus, Zwangsmassnahmen als Instrument der Krankheitsbekämpfung, Basel 1992.

Poledna Tomas/Berger Brigitte, Öffentliches Gesundheitsrecht, Bern 2002.

Poledna Tomas/Kieser Ueli (Hrsg.), Gesundheitsrecht, in: Band VIII – Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht (SBVR) von Koller Heinrich/Müller Georg/Rhinow René/Zimmerli Ulrich (Hrsg.), Basel 2005.

Poledna Tomas/Arter Oliver/Gattiker Monika (Hrsg.), Lebensmittelrecht, Bern 2006.

Schwendener Myriam, Krankheit und Recht, Diss. Zürich, Basel 2008.

Streuli Christoph, Leitfaden zum Chemikalienrecht, 2. Aufl., Bern 2013.

Weber Rolf H., Lebensmittelrecht EU-Schweiz, 2. Aufl., Zürich 2012.

Wolf Salome /Mona Martino/Hürzeler Marc (Hrsg.), Prävention im Recht, Basel 2008.

ZU DEN AUTOREN

Rechtsanwalt Prof. Dr. iur. Ralph Trümpler studierte an den Universitäten Freiburg i.Ü., Zürich und Luzern. Nach Abschluss seiner Doktorarbeit im Bereich des Staatsrechts war er als Gerichtsschreiber an verschiedenen Verwaltungsgerichten tätig und spezialisierte sich als Rechtsanwalt auf öffentliches Recht. Seit 2018 ist er Dozent, und seit 2023 Professor für Verwaltungsrecht an der Kalaidos Law School. Bei Rudin Cantieni Rechtsanwälte AG betreut er Mandate im Bereich des Staats- und Verwaltungsrechts sowie im öffentlichen Wirtschaftsrecht.

Rechtsanwalt Dr. iur. Gregori Werder ist in der Anwaltskanzlei Werder Viganò AG beratend und prozessierend in sämtlichen Bereichen des öffentlichen Rechts tätig, mit Fokus auf dem öffentlichen Gesundheitsrecht, Krankenversicherungsrecht und Personalrecht. Darüber hinaus gibt er

regelmässig Schulungen zu öffentlich-rechtlichen Themen und führt verschiedentlich Lehraufträge aus.

Die Autoren freuen sich über Anregungen und Hinweise per E-Mail auf truempler@rudincantieni.ch und/oder g.werder@wvlaw.ch.

MATERIALIEN

Amtl. Bull. NR, Separatdruck Verfassungsreform (abrufbar unter: https://www.parlament.ch/centers/documents/de/bundesverfassung-reform-amtliches-bulletin-nr-d.pdf besucht am 7. März 2022).

Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I, S. 1 ff.

Botschaft zum Bundesgesetz über Prävention und Gesundheitsförderung (Präventionsgesetz, PrävG) vom 30. September 2009, BBl 2009 S. 7071 ff.

Botschaft zum Bundesgesetz über Tabakprodukte (TabPG), BBl 2015 S. 9379 ff. (bezüglich den ersten Entwurf des Gesetzes) und BBl 2019 919 ff. (bezüglich den zweiten Entwurf des Gesetzes).

Entwurf des Bundesgesetzes über Tabakprodukte (TabPG), BBl 2015 S. 9471 ff. (bezüglich den ersten Entwurf des Gesetzes) und BBl 2019 999 ff. (bezüglich den zweiten Entwurf des Gesetzes); ferner BBl 2021 2327 ff. (Ablauf der Referendumsfrist).

Botschaft zur Volksinitiative «Ja zum Schutz der Kinder und Jugendlichen vor Tabakwerbung (Kinder und Jugendliche ohne Tabakwerbung)», BBl 2020 7049 ff.

LITERATURVERZEICHNIS

Biaggini Giovanni, Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017.

Bognuda Cristina, Die Verletzung des Rechts auf Gesundheit, Zürich 2011.

Ehrenzeller Bernhard/Mastronardi Philippe/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A., Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, Zürich 2002 (*zit. St. Galler Kommentar BV*).

Gächter Thomas/Rütsche Bernhard, Gesundheitsrecht – Ein Grundriss für Studium und Praxis, 4. Aufl., Basel 2018.

Gächter Thomas/Renold-Burch Stephanie, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Basel 2015.

Kahil-Wolff Hummer Bettina/Manon Joseph, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques, Constitution fédérale, Art. 81 Cst. – dispositions finales, Basel 2021.

Mahon Pascal, in: Aubert Jean-François/Mahon Pascal, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse di 18 avril 1999, Zürich/Basel/Genf 2003.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 119a BV

Eine Kommentierung von Franziska Sprecher / Marina Rickenbacher

ZITIERVORSCHLAG

Franziska Sprecher/Marina Rickenbacher, Kommentierung zu Art. 119a BV, in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (Hrsg.), Onlinekommentar zur Bundesverfassung

Kurzzitat: OK-Sprecher/Rickenbacher, Art. 119a BV N. XXX

Art. 119*a* Transplantationsmedizin

[1] Der Bund erlässt Vorschriften auf dem Gebiet der Transplantation von Organen, Geweben und Zellen. Er sorgt dabei für den Schutz der Menschenwürde, der Persönlichkeit und der Gesundheit.

[2] Er legt insbesondere Kriterien für eine gerechte Zuteilung von Organen fest.

[3] Die Spende von menschlichen Organen, Geweben und Zellen ist unentgeltlich. Der Handel mit menschlichen Organen ist verboten.

GLIEDERUNG

I. Entstehungsgeschichte 1359
II. Kontext 1361
A. Nationaler Kontext 1362
B. Internationaler Kontext 1362
III. Kommentar i.e.S. 1365
A. Abs. 1: Kompetenzgrundlage und Beachtung von Schutzpflichten 1365
1. Bundeskompetenz bzw. Gesetzgebungsauftrag (1. Satz) 1365
2. Sachlicher Anwendungsbereich (1. Satz) 1365
3. Schutzpflichten (2. Satz) 1368
a. Grundsätzliches 1368
b. Todesfeststellung und Todeszeitpunkt 1369
c. Schutz der Menschenwürde 1372
d. Schutz der Persönlichkeit 1374
e. Schutz der Gesundheit 1377
B. Abs. 2: Kriterien der Organallokation 1378
1. Grundsätzliches 1378
2. «Gerecht» 1380
C. Abs. 3: Prinzipien: Gebot der Unentgeltlichkeit und Verbot des Organhandels 1382
1. Unentgeltlichkeit 1383
2. Spende 1384
3. Verbot des Organhandels 1385
Weitere empfohlene Lektüre 1386
Literaturverzeichnis 1387
Materialienverzeichnis 1392

I. ENTSTEHUNGSGESCHICHTE

Die Transplantationsmedizin entwickelte sich ab den 1950er Jahren von einer experimentellen Therapieform zu einer bedeutsamen Technik der Humanmedizin.[5656] 1952 wurde weltweit erstmals eine Lebendnierentransplantation vorgenommen. Elf Jahre später erfolgten sowohl eine Leber- als auch eine Lungentransplantation und 1967 wurde das erste Herz transplantiert. Ab Mitte der 1960er Jahre kam es auch in der Schweiz zu ersten Organtransplantationen.[5657] 1

Mangels Bundeskompetenz zur einheitlichen Regelung der Transplantationsmedizin[5658] entstand ein unübersichtliches Normgeflecht.[5659] Sofern kantonale Regelungen bestanden, divergierten diese sowohl in Bezug auf inhaltliche Wertentscheidungen als auch auf die vorgegebenen Abläufe teilweise stark. Zum Zeitpunkt der Veröffentlichung der Botschaft zu einer Verfassungsbestimmung über die Transplantationsmedizin im Jahr 1997 verfügte noch kein Kanton über eine umfassende Regelung. In sämtlichen Kantonen blieb die Zuteilung der verfügbaren Organe ungeregelt.[5660] Die **lückenhaften** und divergierenden **kantonalen Regelungen** zur Transplantation schafften parallel zu den medizinischen Entwicklungen ein Regelungsbedürfnis und liessen Raum für Regelungen durch private Institutionen.[5661] 2

Die **Schweizerische Akademie der Medizinischen Wissenschaften (SAMW)** nahm sich dieser Aufgabe an und erliess 1969 zunächst medizinisch-ethische Richtlinien für die Definition und Diagnose des Todes, worin sie sich auch zur Feststellung des Todes im Hinblick auf eine Transplantation äusserte.[5662] Im Jahr 1981 erliess die SAMW eine medizinisch-ethische 3

5656 SGK-Schweizer/Schott, Art. 119*a* BV, N 3; Zur Entwicklung der Transplantationsmedizin und insbesondere auch -technik siehe auch Donzallaz, N 403 f.

5657 BBl 1997 III 653, S. 693 f.; BBl 2002 29, S. 52; vgl. BSK-Belser/Molinari, Art. 119*a* BV, N 2.

5658 Hierzu ausführlich BJ Gutachten, VPB 61.3 (1995).

5659 Hofer, S. 29; Holliger, S. 14 ff.; Schott, Patientenauswahl und Organallokation, S. 231; SGK-Schweizer/Schott, Art. 119*a* BV, N 1.

5660 Zur Situation der (fehlenden) kantonalen Regelungen vor Erlass der Verfassungsgrundlage siehe BBl 1997 III 653, S. 665 ff.; Erläuternder Bericht und Entwurf zu Art. 24^{decies} BV, S. 11; zu den kantonalen Unterschieden vgl. Holliger, S. 14 f.; Schott, S. 234.

5661 Vgl. BSK-Belser/Molinari, Art. 119*a* BV, N 7; CR-Boillet, Art. 119*a* BV, N 1; Hofer, S. 32; Holliger, S. 15 f.

Richtlinie zur Transplantation[5663], die 1995 durch eine neue Richtlinie für die Organtransplantation[5664] ersetzt und 2007 nach dem Inkrafttreten des Bundesgesetzes über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen[5665] zurückgezogen wurde.[5666]

4 Die **Zuteilung der verfügbaren Organe** erfolgte seit 1992 zentral koordiniert und nach den intern erarbeiteten Zuteilungsregeln durch die ebenfalls private Stiftung Swisstransplant.[5667] Diese Zuteilungsordnung war freiwillig und konnte überhaupt nur solange gerecht sein, als sich alle Beteiligten daran hielten.[5668] Ziel der Schaffung einer Norm in der Bundesverfassung und eines Bundesgesetzes war daher auch, einheitliche und verbindliche Regelungen für die Organzuteilung festzulegen.[5669]

5 Von 1984 bis zum Erlass von Art. 24^{decies} aBV 1999 wurden sieben **parlamentarische Vorstösse** eingereicht, mit denen der Bundesrat ersucht wurde, die Transplantationsmedizin, oder zumindest Teile davon, auf Bundesebene zu regeln, wobei der Bundesrat einen Regelungsbedarf zunächst noch negierte.[5670] 1994 nahm dieser die Motionen Onken[5671] und Huber[5672] entgegen, die ihn insbesondere aufforderten, den Organhandel zu verbieten und das notwendige Verfassungs- und Gesetzesrecht zu erlassen.[5673] Die

5662 Schweizerische Akademie der medizinischen Wissenschaften, medizinisch-ethische Richtlinie für die Definition und die Diagnose des Todes vom 25. Januar 1969, Ziff. 10.

5663 Schweizerische Akademie der medizinischen Wissenschaften, medizinisch-ethische Richtlinie zur Transplantation vom 17. November 1981, abrufbar unter: https://www.samw.ch/de/Ethik/Richtlinien/Richtlinien-Archiv.html, besucht am 16. April 2026.

5664 Schweizerische Akademie der medizinischen Wissenschaften, medizinisch-ethische Richtlinie für die Organtransplantation vom 8. Juni 1995, abrufbar unter: https://www.samw.ch/de/Ethik/Richtlinien/Richtlinien-Archiv.html, besucht am 16. April 2026.

5665 Bundesgesetz vom 8. Oktober 2004 über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen (Transplantationsgesetz, SR 810.21), nachfolgend abgekürzt als TxG.

5666 Zu den medizinisch-ethischen Richtlinien der SAMW in Zusammenhang mit der Organtransplantation siehe auch BBl 1997 III 653, S. 667 ff.

5667 Erläuternder Bericht und Entwurf zu Art. 24^{decies} BV, S. 5 f.; SGK-Schweizer/Schott, Art. 119*a* BV, N 6. Zu Swisstransplant und ihrer Zuteilungspraxis vor Erlass des Transplantationsgesetzes siehe BBl 1997 III 653, S. 683 f. und Schott, S. 238 ff.

5668 Erläuternder Bericht und Entwurf zu Art. 24^{decies} BV, S. 26.

5669 BBl 1997 III 653, S. 685.

5670 Vgl. zur Übersicht über die parlamentarischen Vorstösse BBl 1997 III 653, S. 674 f.

5671 Motion Onken (93.3573).

5672 Motion Huber (94.3052).

5673 Erläuternder Bericht und Entwurf zu Art. 24^{decies} BV, S. 2; BBl 1997 III 653, S. 675.

bestehenden Bundeskompetenzen beurteilte das Bundesamt für Justiz als unzureichend, weshalb zur umfassenden Regelungen der Transplantationsmedizin zunächst eine Verfassungsgrundlage geschaffen werden musste.[5674]

Bei der Volksabstimmung vom 7. Februar 1999 nahmen sämtliche Stände und eine grosse Mehrheit des Volkes **den neuen Verfassungsartikel 24^decies aBV** an.[5675] Dieser wurde ohne Änderung als Art. 119*a* in die totalrevidierte Bundesverfassung überführt.[5676] 6

Als besonders dringlich erachtete es der Bund, Empfängerinnen und Empfänger von Blutprodukten vor Infektionen zu schützen, weshalb er die voraussehbar lange Dauer bis zum Erlass eines Transplantationsgesetzes nicht abwarten wollte. Daher verabschiedete er bereits im Jahr 1996 den **Bundesbeschluss über die Kontrolle von Blut, Blutprodukten und Transplantaten**, der mit dem Inkrafttreten des Heilmittelgesetzes[5677] 2002 partiell[5678] und jenem des Transplantationsgesetzes 2007 vollständig[5679] ausser Kraft gesetzt wurde.[5680] 7

II. KONTEXT

Mit Aufnahme von Art. 119*a* (zunächst als Art. 24^decies aBV) in die Bundesverfassung wurde der Bund ermächtigt und verpflichtet, eine einheitliche Ordnung auf dem Gebiet der Transplantationsmedizin zu erlassen (N. 13 ff.). Der Bund ist damit seit 1999 zuständig, die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen umfassend zu regeln, wobei er für den Schutz der Menschenwürde, der Persönlichkeit und der Gesundheit zu sorgen hat (N. 21 ff.). Materiell hält Abs. 2 fest, dass der Bund insbesondere Kriterien für eine gerechte Zuteilung von Organen festzulegen hat. In Abs. 3 findet sich ein verfassungsrechtliches Verbot des Organhandels und ein Gebot der Unentgeltlichkeit von menschlichen Organen, Geweben und Zellen. 8

5674 Ausführlich hierzu siehe BJ Gutachten, VPB 61.3 (1995); vgl. BBl 2002 29, S. 61; Schott, S. 231.
5675 BBl 1999 III 2912.
5676 BBl 1999 7922, S. 7927; SGK-Schweizer/Schott, Art. 119*a* BV, N 1.
5677 Bundesgesetz vom 15. Dezember 2000 über Arzneimittel und Medizinprodukte (Heilmittelgesetz, HMG, SR 812.21).
5678 Vgl. AS 2001 2829 ff.; BSK-Belser/Molinari, Art. 119*a* BV, Fn. 28.
5679 Vgl. Art. 72 TxG; BSK-Belser/Molinari, Art. 119*a* BV, Fn. 28.
5680 Zum Ganzen siehe BBl 1995 II 985, S. 993; BSK-Belser/Molinari, Art. 119*a* BV, N 7.

A. Nationaler Kontext

9 Der Bund erliess im Jahr 2004 gestützt auf Art. 119*a* BV das Bundesgesetz über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen, das 2007 mit den diversen dazugehörigen Verordnungen[5681] in Kraft trat.[5682] Seither wurden sowohl das Transplantationsgesetz als auch das Verordnungsrecht revidiert. Da der Bedarf an verfügbaren Organen das Angebot übersteigt, wurde verschiedentlich versucht, Letzteres zu erhöhen.[5683] Mit der am 22. März 2019 eingereichten «Organspende-Initiative» wurde ein Wechsel von der Zustimmungs- zur Widerspruchsregelung angestrebt.[5684] Der Bundesrat entschied sich am 14. Juni 2019 für die Ablehnung der Initiative und unterbreitete einen indirekten Gegenvorschlag, worin er die Einführung der erweiterten Widerspruchsregelung vorschlug. Dem stimmte das Parlament zu[5685] und empfahl die Initiative zur Ablehnung, woraufhin durch das Initiativkomitee ein bedingter Rückzug erfolgte.[5686] Aufgrund des in der Folge zustande gekommenen Referendums gegen die Gesetzesrevision stimmte das Volk über den verabschiedeten Paradigmenwechsel ab und nahm die Änderung des Transplantationsgesetz (TxG) mit 60.2 % bei einer Stimmbeteiligung von 40,3 Prozent an.[5687]

B. Internationaler Kontext

10 Die Entwicklung der schweizerischen Rechtsetzung zur Transplantationsmedizin ist in den **internationalen Kontext** einzubetten. Im

---

5681 Transplantationsverordnung (SR 810.211) nachfolgend zitiert als TxV, Organzuteilungsverordnung (SR 810.212.4), Organzuteilungsverordnung EDI (SR 810.212.41), Xenotransplantationsverordnung (SR 810.213), Transplantationsgebührenverordnung (SR 810.215.7); die Überkreuz-Lebendspende-Verordnung (SR 910.212.3) trat hingegen erst am 15. November 2017 in Kraft.

5682 BSK-Belser/Molinari, Art. 119*a* BV, N 8; SGK-Schweizer/Schott, Art. 119*a* BV, N 19.

5683 Siehe BAG, Aktionsplan «Mehr Organe für Transplantationen», Schlussbericht Aktionsplan 2013-2018, August 2019.

5684 BBl 2020 9547, S. 9559; CR-Boillet, Art. 119*a* BV, N 1; SGK-Schweizer/Schott, Art. 119*a* BV, N 28.

5685 Bei der Schaffung von Art. 119*a* BV, der Ausarbeitung des Transplantationsgesetzes und im Rahmen dessen Teilrevision vom 19.6.2015 lehnten der Bundesrat und das Parlament die Einführung des Widerspruchsmodells noch ab. Vgl. BBl 1997 III 653 S. 663, 679 f.; BBl 2002 29 S. 75, 80 f.; BBl 2020 9547 S. 9559.

5686 BBl 2020 9547, S. 9564; SGK-Schweizer/Schott, Art. 119*a* BV, N 28.

5687 BBl 2022 2010; Siehe zum Systemwechsel Christensen/Gächter, Pflegerecht 2022, S. 130 ff.

Jahr 1978 erliess das Ministerkomitee des Europarats erstmals eine Resolution zur Regelung der Transplantationsmedizin. Zu beachten seien bei der Regelung der Transplantationsmedizin insbesondere die umfassende Aufklärung, die Anonymität der spendenden Person, die Voraussetzungen ihrer Einwilligung sowie die Unentgeltlichkeit.[5688] Es folgten zahlreiche Empfehlungen des Ministerkomitees, die sich unter anderem zur internationalen Zusammenarbeit in Bezug auf den Austausch und den Transport menschlicher Substanzen[5689], zur Xenotransplantation[5690], zu den Wartelisten[5691] und zum Organhandel[5692] äusserten.[5693]

Für die Transplantationsmedizin von grosser Bedeutung ist das im Jahr 1997 abgeschlossene und 2008 von der Schweiz ratifizierte **Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin** des Europarates[5694]. Dieses hält unter anderem fest, dass Personen vor einer medizinischen Intervention aufgeklärt werden müssen (**informed consent**, Art. 5), und enthält in Art. 19-22 die für die Transplantation relevanten Bestimmungen. Die Schweiz brachte Vorbehalte an, wonach die Subsidiarität der Lebendspende nicht gelten und die Entnahme von regenerierbarem Gewebe oder Zellen ausnahmsweise auch zugunsten eines Elternteils einer minderjährigen oder urteilsunfähigen Person möglich sein soll.[5695] Die Schweiz ratifizierte 11

5688 Résolution (78)29 du Comité des Ministres sur l'harmonisation des législations des Etats membres relatives aux prélèvements, greffes et transplantations de substances d'origine humaine vom 11. Mai 1978.

5689 Recommandation R(79)5 du Comité des Ministres aux Etats membres concernant le transport et l' échange internationaux de substances d'origine humaine vom 14. März 1979.

5690 Recommandation R(97)15 du Comité des Ministres aux Etats membres sur la xénotransplantation vom 30. September 1997; Recommandation 1399(1999) de l'Assemblée parlementaire concernant la xénotransplantation vom 29. Januar 1999; Recommandation Rec(2003)10 du Comité des Ministres aux Etats membres sur la xénotransplantation vom 19. Juni 2003.

5691 Recommandation Rec(2001)5 du Comité des Ministres aux Etats membres sur la gestion des listes d'attente et des délais d'attente en matière de transplantation d'organe vom 7. März 2001.

5692 Recommandation 1611 (2003) de l'Assemblée parlementaire sur le trafic d'organes en Europe vom 25. Juni 2003 ; Recommandation Rec(2004)7 du Comité des Ministres aux Etats membres sur le trafic d'organes vom 19. Mai 2004.

5693 Vgl. auch BSK-Belser/Molinari, Art. 119*a* BV, N 3; CR-Boillet, Art. 119*a* BV, N 2.

5694 Europäisches Übereinkommen vom 4. April 1997 zum Schutz der Menschenrechte und der Menschenwürde im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin (Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin; SR 0.810.2), nachfolgend abgekürzt als Biomedizinkonvention.

ausserdem 2009 das Zusatzprotokoll über die Transplantation menschlicher Organe und Gewebe zum Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin[5696], das 2010 in Kraft trat. Darin werden insbesondere ein Verbot der Gewinnerzielung[5697] und die Voraussetzungen für die Entnahme von Organen und Geweben[5698] festgeschrieben. Zuletzt trat am 1. Februar 2021 das Übereinkommen des Europarats gegen den Handel mit menschlichen Organen[5699] in Kraft, womit sich die Schweiz zur Bekämpfung des Organhandels verpflichtete.[5700]

12 Von praktischer Relevanz ist sodann das Recht der europäischen Union (EU). Dieses regelt unter anderem Qualitäts- und Sicherheitsstandards im Umgang mit Transplantaten.[5701] Des Weiteren verfassten die Weltgesundheitsorganisation (WHO) und der Weltärztebund (WMA) Resolutionen und Richtlinien zur Transplantationsmedizin.[5702]

5695 BBl 2002 337; Vgl. BSK-Belser/Molinari, Art. 119*a* BV, N 4; CR-Boillet, Art. 119*a* BV, N 2; Gächter/Rütsche, N 100 und 447; SGK-Schweizer/Schott, Art. 119*a* BV, N 21.

5696 Zusatzprotokoll vom 24. Januar 2002 über die Transplantation menschlicher Organe und Gewebe zum Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin (SR 0.810.22), nachfolgend abgekürzt als ZP Biomedizinkonvention.

5697 Siehe Art. 21 f. ZP Biomedizinkonvention.

5698 Zur Entnahme von Organen und Geweben bei lebenden Personen siehe Art. 9 ff.; zur Entnahme von Organen und Geweben bei verstorbenen Personen siehe Art. 16 ff. ZP Biomedizinkonvention.

5699 Übereinkommen des Europarats vom 25.3.2015 gegen den Handel mit menschlichen Organen (SR 0.810.3), nachfolgend abgekürzt als Organhandelskonvention.

5700 Zu den Auswirkungen auf das Transplantations- und das Humanforschungsgesetz siehe BBl 2019 5971 ff.; SGK-Schweizer/Schott, Art. 119*a* BV, N 7.

5701 Verordnung (EU) 2024/1938 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juni 2024 über Qualitäts- und Sicherheitsstandards für zur Verwendung bim Menschen bestimmte Substanzen menschlichen Ursprungs und zur Aufhebung der Richtlinien 2002/98/EG und 2004/23/EG; RL 2010/45/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. Juli 2010 über Qualitäts- und Sicherheitsstandards für zur Transplantation bestimmte menschliche Organe, ABl. L 207 vom 6. August 2010.

5702 Resolution WHA44.25 of the WHO of the 13th May 1991 on Human organ transplantation (UN Doc. WHA44/1991/REC/1, 21 ff.; WHO, Guiding Principles of May 2010 on Human Cell, Tissue and Organ Transplantation, UN Doc. WHA63.22; World Medical Association (WMA), Statement of Organ and Tissue Donation of October 2012.

III. KOMMENTAR I.E.S.

A. Abs. 1: Kompetenzgrundlage und Beachtung von Schutzpflichten

Art. 119*a* BV weist dem Bund **eine umfassende Kompetenz** zu, Vorschriften auf dem Gebiet der Transplantation von Organen, Geweben und Zellen zu erlassen (N. 14 ff.) und verpflichtet ihn, dabei für den Schutz der Menschenwürde, der Persönlichkeit und der Gesundheit zu sorgen (N. 21 ff.). 13

1. Bundeskompetenz bzw. Gesetzgebungsauftrag (1. Satz)

Die Gesundheitsversorgung fällt traditionell in die Zuständigkeit der Kantone aufgrund der Subsidiarität der Zuständigkeit des Bundes gemäss Art. 3 i.V.m. Art. 42 Abs. 1 BV.[5703] Erst mit der Aufnahme von Art. 24^{decies} in die Bundesverfassung ging die Zuständigkeit zur Regelung der Transplantationsmedizin von den Kantonen auf den Bund über. Art. 119*a* Abs. 1 BV ermächtigt den **Bund** nicht nur, sondern **verpflichtet** ihn, im Bereich der Transplantationsmedizin zu legiferieren. Der Kompetenz des Bundes kommt **nachträglich derogatorische Wirkung** zu. Das kantonale Recht gilt folglich so lange, wie der Bund seiner Pflicht noch nicht bzw. nicht umfassend nachgekommen ist.[5704] Mit Erlass des Transplantationsgesetzes, das am 4. Oktober 2004 beschlossen wurde und am 1. Juli 2007 in Kraft trat und dem dazugehörigen Verordnungsrecht, ist der Bund seinem Gesetzgebungsauftrag nachgekommen. Den Kantonen kommen lediglich noch beschränkte Vollzugsaufgaben zu. So sind sie insbesondere zuständig für die Verfolgung und Beurteilung von strafbaren Handlungen (Art. 71 Abs. 1 TxG).[5705] 14

2. Sachlicher Anwendungsbereich (1. Satz)

Art 119*a* BV ermöglicht es dem Bund, die Transplantationsmedizin **umfassend** zu regeln. Die Verfassungsbestimmung unterscheidet zwischen der Transplantation von Organen, Geweben und Zellen und umgrenzt damit den sachlichen Anwendungsbereich.[5706] 15

5703 Dupont, in: Verfassungsrecht der Schweiz/ Droit constitutionnel suisse, N 16; Gächter/ Rütsche, N 102; SGK-Schweizer/Schott, Art. 119*a* BV, N 10.

5704 BBl 1997 III 653, S. 676; vgl. CR-Boillet, Art. 119*a* BV, N 3; Schweizer, in: Verfassungsrecht der Schweiz, Droit constitutionnel suisse, N 2; SGK-Schweizer/Schott, Art. 119*a* BV, N 10.

5705 Vgl. BBl 2002 29, S. 170.

16 **Transplantation** im Sinne von Art. 119*a* BV bezeichnet die Übertragung von Organen, Geweben und Zellen zu Heilzwecken auf einen Menschen.[5707] Eine Transplantation kann innerhalb derselben Spezies (sog. allogene Transplantation) oder zwischen verschiedenen Spezies (sog. xenogene Transplantation) erfolgen. Handelt es sich bei der spendenden und empfangenden Person um dasselbe Individuum, spricht man von autogener Transplantation. Unterschieden wird ferner, ob die für die Transplantation zu verwendenden Organe, Gewebe und Zellen von einer lebenden (sog. Lebendspende) oder einer toten Person (sog. postmortale Spende) entnommen werden.[5708]

17 Als **Organe** werden Teile des Körpers verstanden, «deren Zellen und Gewebe zusammen eine Einheit mit bestimmter Funktion bilden»[5709] (z.B. Herz, Lunge, Leber, Niere, Bauchspeicheldrüse). Ebenfalls als Organe gelten zum einen Organteile, die in ihrer Funktion mit einem Organ gleichzusetzen sind (z.B. ein Leberlappen), und zum anderen Körperteile, die sich aus verschiedenen Geweben zusammensetzen und denen eine bestimmte Funktion zukommt (z.B. eine Hand).[5710] Die Abgrenzung von Organen, Geweben und Zellen ist insbesondere deshalb relevant, weil nur Organe dem spezifischen Zuteilungsverfahren unterstehen (N. 40 ff.).[5711] **Gewebe** sind strukturierte Zellverbände, die sich entweder aus gleichen oder verschiedenen Zellen zusammensetzen, um im Körper eine gemeinsame Funktion zu erfüllen (z.B. Haut, Knochen).[5712] Davon zu unterscheiden sind einzelne **Zellen** oder unstrukturierte Zellmassen und Zellsuspensionen. Diese bestehen ausschliesslich aus gleichen Zellen.[5713] Mit einer Transplantation von Zellen können Gewebedefekte repariert (z.B. Transplantation von Haut- und Knorpelzellen) oder Stoffwechselprodukte ersetzt werden, die im Körper nicht ausreichend vorhanden sind (z.B. Insulin und Serotonin).[5714] Mit Art. 119*a* BV wurde dem Bund die Regelungskompetenz für sämtliche in der

5706 BBl 1997 III 653, S. 678; CR-Boillet, Art. 119*a* BV, N 4.
5707 Vgl. Löw-Friedrich/Schöppe, S. 3; Schott, Patientenauswahl und Organallokation, S. 194.
5708 Schöning, S. 3.
5709 Art. 3 lit. a TxG.
5710 BBl 2002 29, S. 135; vgl. Art. 3 lit. a TxG.
5711 BBl 2002 29, S. 135.
5712 BBl 2002 29, S. 135; vgl. Art. 3 lit. b TxG; zu den Definitionen vgl. auch BSK-Belser/Molinari, Art. 119*a* BV, N 11.
5713 BBl 2002 29, S. 135; vgl. Art. 3 lit. c TxG; zu den Definitionen vgl. auch BSK-Belser/Molinari, Art. 119*a* BV, N 11.

Transplantationsmedizin verwendbaren Organe, Gewebe und Zellen übertragen. Erfasst ist somit auch die Transplantation von fötalem menschlichem Gewebe.[5715] Für die Transplantation von embryonalen und fötalen Geweben oder Zellen bedarf es gemäss Art. 38 TxG einer Bewilligung des BAG.

Der sachliche Anwendungsbereich von Art. 119*a* BV erfasst neben menschlichen **auch tierische** Organe, Gewebe und Zellen, sofern eine Übertragung auf den Menschen erfolgen soll (sog. **Xenotransplantation**[5716]).[5717] Eine Haltung gegenüber der Xenotransplantation nahm der Verfassungsrechtsgeber damit explizit nicht ein, sondern überliess es dem Gesetzgeber, ob und gegebenenfalls wie die Xenotransplantation erlaubt werden soll.[5718] Gemäss Art. 43 TxG sind Xenotransplantationen nur mit einer Einzelfallgenehmigung des Bundesamts für Gesundheit zulässig. 18

Organe, Gewebe und Zellen sind **von Implantaten abzugrenzen**. Erstere bestehen aus lebendiger und Zweitere aus toter Materie. Ob der Fall, dass menschliche oder tierische Organe, Gewebe oder Zellen (z.B. menschliche Knochen, Knorpel oder Sehnen sowie Herzklappen von Schweinen) entnommen, aufbereitet und devitalisiert und in diesem devitalisierten Zustand als Implantate bei Menschen eingesetzt werden, unter das Transplantationsgesetz oder das Heilmittelgesetz fallen soll, wurde in der Botschaft zum Verfassungsartikel noch offengelassen.[5719] Mit Art. 2 Abs. 2 lit. a TxG wurden devitalisierte Transplantate vom Regelungsbereich des Transplantationsgesetzes ausgenommen.[5720] 19

Von der Kompetenznorm in Art. 119*a* BV **nicht erfasst** ist hingegen der Umgang mit menschlichen und tierischen Substanzen zu einem anderen 20

5714. BBl 2002 29, S. 135; Trotz der grossen praktischen Bedeutung wurde das Blut als mögliche Zellspende als Beispiel nicht erwähnt, da die Blutspende nicht durch das Transplantationsgesetz, sondern das Heilmittelgesetz geregelt ist. Vgl. Tremp, S. 5 f.

5715. BBl 1997 III 653, S. 678; zum Ganzen siehe SGK-Schweizer/Schott, Art. 119*a* BV, N 36. Der Umgang mit embryonalen oder fötalen menschlichen Geweben und Zellen wird in Art. 37 ff. TxG und Art. 34 ff. TxV geregelt.

5716. Wobei es sich hierbei nur um einen Unterfall der Xenotransplantation handelt. Mit Xenotransplantation werden sämtliche Übertragungen von Organen, Geweben und Zellen von einer Spezies auf eine andere bezeichnet, vgl. oben N 16.

5717. BBl 1997 III 653, S. 654 und 678 f.; Art. 2 TxG; zum Ganzen siehe BBl 2002 29, S. 47 ff.; Donzallaz, N 2168.

5718. BBl 1997 III 653, S. 679.

Zweck als zu jenem der Transplantation auf den Menschen (z.B. zum Zweck der Obduktion[5721] oder der künstlich unterstützen Fortpflanzung[5722] oder zur Herstellung von Kosmetika).[5723]

3. Schutzpflichten (2. Satz)

a. Grundsätzliches

21 Art. 119*a* Abs. 1 Satz 2 BV (bzw. Art. 24^{decies} Abs. 1 aBV) übertrug dem Bund den **verbindlichen Auftrag**, bei der Regelung der Transplantationsmedizin für den Schutz der Menschenwürde, der Persönlichkeit und der Gesundheit zu sorgen. Der heutige Grundrechtskatalog bestand in der aBV und somit zum Zeitpunkt der Einführung von Art. 24^{decies} aBV noch nicht.[5724] Primär richten sich diese Schutzpflichten an den Grundrechten der empfangenden und der spendenden Person aus. Die Grundrechte beider Personen sind gleichermassen zu schützen.[5725] In einem erweiterten Kontext können auch Grundrechte von Angehörigen der spendenden Person und des Spitalpersonals betroffen sein.[5726]

22 Die Aufzählung der **Schutzpflichten** in Art. 119*a* Abs. 1 BV ist **exemplarischer Natur**.[5727] Der Gesetzgeber hat sämtliche Grundrechte zu berücksichtigen, wobei das Rechtsgleichheitsgebot und das

---

5720 Vgl. BBl 2002 29, S. 134; CR-Boillet, Art. 119*a* BV, N 4. Zur Regelung von devitalisiertem, menschlichem Gewebe siehe Art. 2*a* HMG und die Medizinprodukteverordnung (MepV; SR 812.213) und die Verordnung (EU) 2017/745 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. April 2017 über Medizinprodukte, zur Änderung der Richtlinie 2001/83/EG, der Verordnung (EG) Nr. 178/2002 und der Verordnung (EG) Nr. 1223/2009 und zur Aufhebung der Richtlinien 90/385/EWG und 93/42/EWG des Rates (MDR).

5719 BBl 1997 III 653, S. 678.

5721 Es bestehen hierzu kantonale Regelungen meist in den jeweiligen kantonalen Gesundheitsgesetzen.

5722 Für die Fortpflanzungsmedizin gilt die Spezialbestimmung nach Art. 119 Abs. 2 BV, das Fortpflanzungsmedizingesetz (SR 810.11) sowie die entsprechenden Verordnungen.

5723 BBl 1997 III 653, S. 677; vgl. Art. 2 Abs. 1 und 2 TxG; vgl. auch BSK-Belser/Molinari, Art. 119*a* BV, N 12; SGK-Schweizer/Schott, Art. 119*a* BV, N 11.

5724 Die Menschenwürde fand erstmals 1992 konkret Eingang mit Art. 24^{novies} Abs. 2 aBV (heute Art. 119 Abs. 2 BV). Vgl. hierzu SGK-Schweizer/Spenlé, Art. 7 BV, N 11.

5725 BBl 2002 29, S. 31; CR-Boillet, Art. 119*a* BV, N 6.

5726 BBl 1997 III 653, S. 679 f.; BBl 2002 29, S. 132 f.; vgl. BSK-Belser/Molinari, Art. 119*a* BV, N 13; CR-Boillet, Art. 119*a* BV, N 6; SGK-Schweizer/Schott, Art. 119*a* BV, N 12.

5727 BSK-Belser/Molinari, Art. 119*a* BV, N 13; CR-Boillet, Art. 119*a* BV, N 5; Hofer, S. 67.

Diskriminierungsverbot insbesondere in Bezug auf die Organallokation (N. 39 ff.) zentral sind.[5728] Zu denken ist ausserdem an den Schutz der Glaubens- und Gewissensfreiheit (Art. 15 BV).[5729] Zwar findet sich im Verfassungsartikel keine explizite Norm, die sich auf den Schutz der für die Xenotransplantation benötigten Tiere bezieht. Bereits in der Botschaft zu Art. 24^{decies} aBV wird aber darauf hingewiesen, dass die Würde der Kreatur (Art. 120 Abs. 2 BV[5730]) zu beachten sei.[5731] Weiter findet Art. 80 BV zum Tierschutz[5732] Anwendung, wenn Organe, Gewebe und Zellen von Tieren für die Transplantationsmedizin gewonnen werden.[5733]

Mit der Verfassungsbestimmung werden den rechtsetzenden und -anwendenden Behörden lediglich **grobe Grundsätze** verbindlich vorgegeben. Der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers, wie er die verfassungsrechtlichen Vorgaben umsetzt und allfällige Interessenskonflikte zwischen den Schutzpflichten auflöst, bleibt beträchtlich, weshalb sich aus den Schutzpflichten keine konkreten Rechte ableiten lassen.[5734] 23

b. Todesfeststellung und Todeszeitpunkt

Mit den verbesserten technischen Möglichkeiten im Bereich der Reanimation, mit welchen der Kreislauf trotz eingesetztem irreversiblen Funktionsausfall des Gehirns aufrechterhalten werden kann, starben Menschen nicht mehr für alle von aussen erkennbar.[5735] Der Zeitpunkt des Todeseintritts entscheidet darüber, ob eine Person (noch) Grundrechtsträgerin ist oder nicht. Wie der Tod definiert und diagnostiziert wird ist insofern zentral, als eine Interessenabwägung bei Grundrechtsträger:innen absolut unzulässig ist.[5736] Die Verfassung enthält 24

5728 Vgl. BSK-Belser/Molinari, Art. 119*a* BV, N 13.

5729 Vgl. hierzu Hofer, S. 66 ff.; Frei, S. 13.

5730 Siehe zum Ganzen BSK-Waldmann, Art. 120 BV, N 16 f.

5731 BBl 1997 III 653, S. 679; CR-Boillet, Art. 119*a* BV, N 5; SGK-Schweizer/Schott, Art. 119*a* BV, N 12.

5732 Siehe zum Ganzen BSK-Schärmeli/Griffel, Art. 80 BV, N 7 ff.

5733 BSK-Belser/Molinari, Art. 119*a* BV, N 22; SGK-Schweizer/Schott, Art. 119*a* BV, N 12.

5734 Vgl. BBl 1997 III 653, S. 680; vgl. BSK-Belser/Molinari, Art. 119*a* BV, N 13; SGK-Schweizer/Schott, Art. 119*a* BV, N 22.

5735 Burch, Jusletter 22. November 2010, N 3 f.; BSK-Belser/Molinari, Art. 119*a* BV, N 14 f.

5736 BSK-Belser/Molinari, Art. 119*a* BV, N 14 f. zeigen auf, dass insbesondere die Menschenwürde nach dem Hirntod allmählich ausklingt und nicht abrupt endet *(phasing-out)*.; Schöning, S. 11.

keine Vorgabe, wie der Tod zu definieren ist. Die Definition hat aber den verfassungsrechtlichen Mindestgarantien zu genügen und insbesondere **menschenwürdig**[5737] und **willkürfrei** zu sein. Der Gesetzgeber definiert den Tod in Art. 9 Abs. 1 TxG als irreversiblen Funktionsausfall des Hirns einschliesslich des Hirnstamms und erklärt damit den sog. **Hirntod** für anwendbar.[5738] Die nähere Definition des Hirntods übertrug er gemäss Abs. 2 an den Bundesrat, welcher in Art. 7 TxV hierfür wiederum auf die medizinisch-ethischen Richtlinien der SAMW zur «Feststellung des Todes im Hinblick auf Organtransplantationen und Vorbereitung der Organentnahme» in der Fassung vom 16. Mai 2017 verweist.[5739] Diese enthalten neben technische Anweisungen zur Todesfeststellung und zur Durchführung vorbereitender medizinischer Massnahmen auch Ausführungen zum Vorgehen zur Abklärung des Patientenwillens, zur Gesprächsführung mit den Angehörigen und zum Umgang mit dem Sterbenden und dem Leichnam. Mit dem Verfahren zur Todesfeststellung wird festgestellt, dass der Tod eingetreten ist, jedoch nicht der genaue Zeitpunkt des Eintritts. Als offizielle Todeszeit wird die Uhrzeit festgehalten, zu der die Ärztin oder der Arzt die Diagnose und Dokumentation des Todes abgeschlossen hat.[5740]

Bei postmortalen Organentnahmen greift die Entnahme in den Sterbeprozess ein. Zu unterscheiden ist dabei zwischen dem primären und sekundären Hirntod. Beim **primären Hirntod** wird der irreversible Ausfall der Hirnfunktion nach festgeschriebenen Kriterien festgestellt; erst durch die Beendigung der lebenserhaltenden Massnahmen fällt in der Folge die Herz-Kreislauffunktion aus.[5741] Der Tod nach anhaltendem Kreislaufstillstand oder **sekundärer Hirntod** umschreibt den Fall, in dem zuerst der Kreislauf

5737 Hierzu ausführlich Lachenmeier, S. 13 ff.

5738 Vgl. BBl 2002 29, S. 140. Vgl. auch BSK-Belser/Molinari, Art. 119*a* BV, N 14 f.

5739 Art. 7 TxV i.V.m. Anhang 1 TxV i.V.m. Ziffer II. 3. sowie Anhänge C-H medizinisch-ethischen Richtlinien der SAMW zur Feststellung des Todes im Hinblick auf Organtransplantationen und Vorbereitung der Organentnahme in der Fassung vom 16.5.2017; vgl. BBl 2002 29, S. 140 ff.; zur Todesfeststellung siehe Burch, Jusletter 22. November 2010, N. 9 ff. Die Richtlinien befinden sich derzeit in Überarbeitung da im Hinblick auf den Wechsel zum Widerspruchsmodel (N 32) Anpassungsbedarf besteht (vgl. https://www.samw.ch/de/Ethik/Themen-A-bis-Z/Organtransplantation.html, besucht am 16.4.2026).

5740 BBl 2002 29, S. 142.

5741 Vgl. medizinisch-ethischen Richtlinien der SAMW zur Feststellung des Todes im Hinblick auf Organtransplantationen und Vorbereitung der Organentnahme in der Fassung vom 16. Mai 2017, Ziff. 3.2.1.

ausfällt bzw. die erfolglosen Reanimationsmassnahmen eingestellt werden und nach einer gewissen Zeitspanne[5742] der Hirntod mangels Durchblutung des Hirns festgestellt wird.[5743] Unsicherheiten darüber, ob einerseits Angehörige bereits vor der Feststellung des Todes bezüglich einer möglichen Organentnahme angefragt werden dürfen[5744] und ob andererseits Angehörige vorbereitenden Massnahmen vor dem Tod zustimmen können, sofern ein entsprechender Entscheid der noch lebenden aber urteilsunfähigen Person fehlt[5745], führten dazu, dass Organentnahmen nach sekundärem Hirntod in der Schweiz zwischenzeitlich ausgesetzt wurden. Diese werden in der Schweiz seit 2011 wieder und seit Inkrafttreten des revidierten Transplantationsgesetzes im Jahr 2017 vermehrt durchgeführt, um damit die Anzahl der verfügbaren Organe für Transplantationen zu steigern.[5746]

Das Hirntodkonzept[5747] stösst seit jeher auch auf **Kritik**.[5748] Es wird vorgebracht, der Funktionsausfall des Hirns sei nicht mit dem Tod des 25

5742 Die Wartezeit wird in den medizinisch-ethischen Richtlinien der SAMW zur Feststellung des Todes im Hinblick auf Organtransplantationen und Vorbereitung der Organentnahme vom 16. Mai 2017 auf fünf Minuten festgelegt (Ziff. 3.2.2.), nachdem während 30 Minuten erfolglos reanimiert wurde (Ziff. 4.1.2.).

5743 Vgl. medizinisch-ethischen Richtlinien der SAMW zur Feststellung des Todes im Hinblick auf Organtransplantationen und Vorbereitung der Organentnahme in der Fassung vom 16. Mai 2017, Ziff. 3.2.2 und 4.1.2.; detailliert zur Organspende nach Herz-Kreislaufstillstand siehe Lenherr/Krones/Schwarz, in: Hirntod und Organtransplantation, S. 115 ff.

5744 Konkretisierung in Art. 8 Abs. 3bis TxG (in Kraft getreten 2017); siehe BBl 2013 2317, S. 2334 ff.

5745 Art. 10 TxG; siehe BBl 2013 2317, S. 2337 ff.

5746 Christensen/Gächter, Pflegerecht 2022, 135 f.; Kritisch zur Wiedereinführung Christensen/Michel, Bioethica Forum 2012; für eine Übersicht über die Jahre: 2003-2012 vgl. Jahresbericht Swisstransplant 2012, S. 7; 2013-2017 vgl. Jahresbericht Swisstransplant 2017, S. 23; 2018-2022 vgl. Jahresbericht Swisstransplant 2022, S. 20. Die Jahresberichte von Swisstransplant bis 2012 sind abrufbar unter: https://www.swisstransplant.org/de/swisstransplant/jahresbericht, besucht am 16. April 2026; Zu den Herausforderungen bei einer geplanten Organentnahme bei einer Erkrankung mit einer aussichtslosen Prognose (Maastricht-Kategorie 3) siehe SAMW, medizinisch-ethischen Richtlinien zur Feststellung des Todes im Hinblick auf Organtransplantationen und Vorbereitung der Organentnahme in der Fassung vom 16. Mai 2017, Ziff. 4.1.2., S. 19 f.; zu den ethischen Fragen bei der Organentnahme nach sekundärem Hirntod siehe Christen/Gloor, Ethik in der Medizin 2018, 351 ff.

5747 Zur Entstehung des Hirntodkonzepts siehe BBl 2002 29, S. 87.

Menschen gleichzusetzen, sondern hierfür sei auf den Ausfall des Kreislaufs abzustellen. Nach dem Hirntodkonzept ist der Tod ein zu einem bestimmten Zeitpunkt eintretendes Ereignis. Die Kritiker verstehen den Tod aber als Prozess. Kritisiert wird weiter, das Abstellen auf das Kriterium des Hirntods verfolge einseitig den Zweck der Transplantationsmedizin. Durch die Aufrechterhaltung des Kreislaufes könne eine hirntote Person ausserdem ohne aufwendige Todesfeststellung nicht als solche erkannt werden, da der Körper weiterhin Funktionen ausübt, die den Menschen von aussen zwar als bewusstlos, aber lebendig erscheinen lassen (z.B. Schwitzen, Haarwachstum).[5749] Andere vertreten ein sog. Teil-Hirntodkonzept, wonach es genügen soll, wenn das Bewusstsein oder der Hirnstamm irreversibel ausgefallen sind.[5750] Das schweizerische Transplantationsrecht (Art. 8 Abs. 1 Bst. b i.V.m. Art. 9 TxG) stellt auf den «Ganzhirntod», also den völligen Ausfall der Hirnfunktionen, ab.

c. Schutz der Menschenwürde

26 Noch bevor die Menschenwürde mit der Totalrevision 1999 als eigenständiges Grundrecht in die BV eingeführt wurde, erklärte Art. 24^{decies} Abs. 1 aBV (bzw. Art. 119*a* Abs 1 Satz 2 BV) ihre Beachtung im Zusammenhang mit der Transplantationsmedizin für den Gesetzgeber für verbindlich.[5751] Die Achtung der Menschenwürde umfasst gemäss der Lehre drei Teilgehalte: Gleichwertigkeit[5752], Unversehrtheit[5753] und Selbstbestimmung[5754]. Sie gilt als vom Staat zu beachtende Minimalgarantie.[5755] Die Botschaft nennt drei Aspekte der Transplantationsmedizin, bezüglich denen die Achtung der Menschenwürde zentral sind: die Bestimmung des Todeszeitpunktes, die

5748 Ausführlich zur Kritik siehe BBl 2002 29, S. 89 f.; Holliger, S. 96 f.; Burch, Jusletter 22. November 2010, S. 12 ff.; Frei, S. 28 ff.; Jox, in: Hirntod und Organtransplantation, S. 85 ff.; Zur grundrechtlichen Kritik an der Hirntodkonzeption mit Fokus auf das deutsche Grundgesetz siehe Rixen, S. 247 ff.

5749 BBl 2002 29, S. 89 f.; vgl. BSK-Belser/Molinari, Art. 119*a* BV, N 14; zur Kritik ausführlich Lachenmeier, S. 113 ff.

5750 BBl 2002 29, S. 89 f.; zur Kritik am Ganzhirntodkonzept ausführlich Lachenmeier, S. 94 ff.; Lachenmeier schlägt das sog. limitierte Autonomie-basierte Konzept vor, siehe Lachenmeier, S. 229 ff.

5751 BSK-Belser/Molinari, Art. 7 BV, N 26 f.; vgl. SGK-Schweizer/Spenlé, Art. 7 BV, N 11.

5752 BSK-Belser/Molinari, Art. 7 BV, N 56 ff.; SGK-Schweizer/Spenlé, Art. 7 BV, N 48 f.

5753 BSK-Belser/Molinari, Art. 7 BV, N 61 ff.; SGK-Schweizer/Spenlé, Art. 7 BV, N 46 f.

5754 BSK-Belser/Molinari, Art. 7 BV, N 65 ff.; SGK-Schweizer/Spenlé, Art. 7 BV, N 43 ff.

5755 Hofer, S. 59.

Organentnahme bei Verstorbenen und das Recht auf ein menschenwürdiges Sterben.[5756] Diese Aufzählung ist nicht abschliessend.

Solange ein Mensch lebt, ist er Träger der Grundrechte. Beim **lebenden Menschen** kommt der Achtung und dem Schutz der Menschenwürde unbedingte Geltung zu. Die Menschenwürde verbietet es, einem lebenden urteilsfähigen Menschen Organe ohne freie und informierte Einwilligung zu entnehmen oder ihn für fremdnützige Zwecke zu instrumentalisieren. Daraus folgt ein Kommerzialisierungsverbot. Bei urteilsunfähigen oder minderjährigen Menschen ist eine Transplantatentnahme nur unter sehr restriktiven Voraussetzungen[5757] mit der Menschenwürde vereinbar.[5758] 27

Erst mit dem **Tod** endet die Grundrechtsträgerschaft und somit auch die sich daraus ergebenden individualrechtlichen Ansprüche (N. 24).[5759] Der Staat bleibt allerdings aufgrund des objektivrechtlichen Teilgehalts über den Tod hinaus verpflichtet, sich an der Menschenwürde auszurichten und den Verstorbenen vor einer menschenunwürdigen Behandlung zu schützen.[5760] Es besteht kein grundrechtlicher Anspruch der verstorbenen Person, sondern das Grundrecht des lebenden Menschen wirkt über seinen Tod hinaus nach (N. 33).[5761] Der Körper eines Verstorbenen ist respektvoll zu behandeln.[5762] Auch bei der **postmortalen Spende** darf der Verstorbene nicht objektiviert und seine Bestandteile nicht kommerzialisiert werden.[5763] Die Entnahme ist auch bei der postmortalen Spende zu legitimieren und ein bekannter Wille zu respektieren. Damit ist der Teilaspekt der Selbstbestimmung angesprochen.[5764] Die Zustimmung muss nicht zwingend durch den Verstorbenen zu Lebzeiten festgehalten worden sein, sondern andere Zu- und Widerspruchsmodelle[5765] können mit dem Grundsatz der Menschenwürde 28

5756 BBl 1997 III 653, S. 679; CR-Boillet, Art. 119*a* BV, N 7.
5757 Siehe Art. 13 TxG.
5758 BSK-Belser/Molinari, Art. 119*a* BV, N 15; CR-Boillet, Art. 119*a* BV, N 8; SGK-Schweizer/Schott, Art. 119*a* BV, N 14.
5759 BSK-Belser/Molinari, Art. 7 BV, N 54.; Kiener/Kälin/Wyttenbach, N 249.
5760 BSK-Belser/Molinari, Art. 7 BV, N 54; CR-Boillet, Art. 119*a* BV, N 9; Hofer, S. 60; Frei, S. 48.
5761 SGK-Schweizer/Spenlé, Art. 7 BV, N 35.
5762 Strafrechtlich geahndet wird die Störung des Totenfriedens durch Art. 262 StGB.
5763 Hofer, S. 59; BSK-Belser/Molinari, Art. 119*a* BV, N 16.
5764 Christensen/Gächter, Pflegerecht 2022, S. 135; vgl. Hofer, S. 59 f.
5765 Für detaillierte Ausführungen zum sog. Erklärungsmodell siehe NEK, Stellungnahme 2019, Ziff. 3.7.

vereinbar sein, sofern das Widerspruchsrecht mangels Information nicht faktisch inhaltsleer wird (N. 33).[5766]

29 Im Hinblick auf die **empfangende** Person eines Organs verbietet es die Menschenwürde, dass die Zuteilung willkürlich oder eine staatliche Abwägung des Werts verschiedener Menschenleben erfolgt. Die Organe sind somit nach rechtsgleichen Kriterien zuzuteilen (N. 41 ff.).[5767]

d. Schutz der Persönlichkeit

30 Der Schutz der persönlichen Freiheit nach Art. 10 Abs. 2 BV umfasst insbesondere die körperliche und geistige Unversehrtheit und die Bewegungsfreiheit.[5768] In Bezug auf die körperliche Unversehrtheit verdienen die **vorbereitenden medizinischen Massnahmen** für den Zweck einer Spende zu einem Zeitpunkt, in dem die potentiell spendende Person noch lebt, besondere Aufmerksamkeit.[5769] Die vorbereitenden Massnahmen haben keinen direkten Nutzen für den Patienten oder die Patientin, sind aber nötig, um die Organe vor Schäden zu bewahren. Sie dürfen nur durchgeführt werden, wenn eine aufgeklärte und freie Zustimmung vorliegt, und dürfen den Tod nicht beschleunigen (Art. 10 TxG).

31 Art. 10 Abs. 2 erfasst insbesondere auch den Schutz der **Selbstbestimmung**.[5770] Die Grundrechtsträgerinnen und -träger haben das Recht, wesentliche Aspekte ihres Lebens selbständig zu gestalten.[5771] Der Schutz der Selbstbestimmung im Sinne von Art. 10 Abs. 2 BV geht über die durch die Menschenwürde geschützte Minimalgarantie hinaus (vgl. N. 28) und fällt mit dem Tod einer Person nicht dahin.[5772] Die Transplantatentnahme betrifft das Selbstbestimmungsrecht der spendenden Person. Einer Entnahme hat somit

5766 Vgl. BGE 123 I 112, E. 9; NEK, Stellungnahme 2012, Ziff. 3.1; vgl. Hofer, S. 42 und 59 f.; vgl. Christensen/Gächter, Pflegerecht 2022, S. 136; vgl. Frei, S. 6; zur Relevanz der spezifischen Information über die Organspende nach Kreislaufstillstand (bzw. nach sekundärem Hirntod) siehe Christen/Gloor, Ethik in der Medizin 2018, S. 343 ff.

5767 Vgl. Schott, Patientenauswahl und Organallokation, S. 79 und 390.

5768 Zum Ganzen siehe OK-Heri, N 47 ff. zu Art. 10 BV; SGK-Schweizer/Bongiovanni/Bollmann, Art. 10 BV, N 61 ff.

5769 Ausführlich zu den vorbereitenden Massnahmen siehe Guillod/Mader und Maire; vgl. auch BSK-Belser/Molinari, Art. 119*a* BV, N 17; Frei, S. 41 ff.

5770 BGE 123 I 112 E. 4, S. 118; BGE 133 I 110 E. 5.2; BGE 138 IV 13 E. 7.1.; OK-Heri, N 72 zu Art. 10 BV.

5771 BGE 132 III 359 E. 4.3.2; OK-Heri, N 72 zu Art. 10 BV; SGK-Schweizer/Bongiovanni/Bollmann, Art. 10 BV, N 96.

eine umfassende Aufklärung vorauszugehen, damit die spendende Person informiert werden und rechtsgültig frei zustimmen kann (sog. informed consent).[5773]

32 Das Selbstbestimmungsrecht kann grundsätzlich nicht nur durch eine explizite Zustimmung der spendenden Person zu Lebzeiten gewährleistet werden (**Zustimmungsmodell** oder opt-in), sondern auch **Widerspruchsmodelle** (opt-out) sind möglich. Zwingend ist hierbei, dass die potentiellen Spenderinnen und Spender (d.h. die gesamte Bevölkerung) über den Prozess der postmortalen Organentnahme, und die Konsequenz eines fehlenden Tätigwerdens **objektiv, umfassend und regelmässig informiert** werden, um sich auf dieser Grundlage für oder gegen die Organentnahme zu entscheiden.[5774] Mit der Abstimmung vom 15. Mai 2022 nahmen die Schweizer Stimmberechtigten die Änderung des Transplantationsgesetzes an, die einen Wechsel vom erweiterten Zustimmungs- zum erweiterten Widerspruchsmodell vorsieht.[5775] Die neue Regelung wird voraussichtlich im 3. Quartal 2027 in Kraft treten.[5776] Die tatsächliche Umsetzung des Systemwechsels inklusive der Sicherstellung der erforderlichen Aufklärung der Bevölkerung und der Schaffung eines funktionsfähigen, allen technischen und rechtlichen Anforderungen entsprechenden Registers, ist mit hohen Anforderungen verbunden.[5777]

33 Der Schutzbereich der persönlichen Freiheit erfasst nicht nur, dass eine Person zu Lebzeiten einer **postmortalen Organentnahme** wirksam zustimmen resp. widersprechen können muss, sondern ermöglicht es den Menschen, für zentrale Aspekte ihres eigenen Todes **verbindliche Weisungen** zu treffen. Es handelt sich hierbei nicht um ein Grundrecht des Verstorbenen, sondern das Grundrecht des Lebenden wirkt über den Tod

5772. BGE 98 Ia 508, E. 8, S. 520 ff.; Christensen/Gächter, Pflegerecht 2022, S. 135; Ausführlich zum postmortalen Persönlichkeitsrecht siehe BSK-Tschentscher, Art. 10 BV, N 47 ff.

5773. Christensen/Gächter, Pflegerecht 2022, S. 133; zur Aufklärung und Einwilligung vgl. Sprecher, S. 210 ff. m.w.Hw.; Holliger, S. 45 f.

5774. BGE 123 I 112, E. 9e, S. 138 f.; Frei, S. 157 f.; BBl 2002 29, S. 77; ausführlich zur Ausgestaltung der Informationspflicht siehe Christensen/Gächter, Pflegerecht 2022, S. 137 ff.

5775. Vgl. Chronologie Volksabstimmungen, Vorlage Nr. 656, https://www.bk.admin.ch/ch/d/pore/va/20220515/can656.html, besucht am 16.4.2026; BBl 2021 2328 ff.

5776. BAG, Organspende: Zustimmung oder Widerspruchslösung, abrufbar unter https://www.bag.admin.ch/de/revisionspaket-1-einfuehrung-der-widerspruchsregelung-bei-der-organspende, besucht am 16.4.2026.

5777. Siehe zum Ganzen Gächter/Christensen, Jusletter 29. August 2022, S. 6 ff.

hinaus fort.[5778] Sowohl beim aktuell noch geltenden erweiterten Zustimmungsmodell (Art. 8 Abs. 2 und 3 TxG) als auch beim künftigen erweiterten Widerspruchsmodell (Art. 8 Abs. 2 revTxG[5779]) sind die nächsten Angehörigen[5780] zum mutmasslichen Willen der potentiell spendenden Person zu befragen. Für die Entscheidbefugnis relevant ist grundsätzlich[5781] die persönliche Verbundenheit mit der verstorbenen Person (Art. 8 Abs. 8 TxG i.V.m. Art. 5 TxV). Das Mindestalter, um über eine postmortale Transplantatentnahme zu entscheiden, liegt bei 16 Jahren (Art. 8 Abs. 7 TxG i.V.m. Art. 5 Abs. 1 TxV). Der Gesetzgeber entschied sich aus Praktikabilitätsgründen für eine strikte Altersgrenze, anstatt wie bei medizinischen Eingriffen sonst üblich die Urteilsfähigkeit einer **minderjährigen** Person für den konkreten Fall abzuklären.[5782] Daran wird mit der Änderung des Transplantationsgesetzes festgehalten (Art. 8a revTxG).[5783] Bei jüngeren Kindern und Jugendlichen und bei dauerhaft bzw. über längere Zeit **urteilsunfähigen Personen** entscheiden die nächsten Angehörigen über die postmortale Organspende, wobei die Meinung der verstorbenen Person zu berücksichtigen ist.[5784]

34 Bei der **Lebendspende** führt das Selbstbestimmungsrecht dazu, dass ohne informierte, freie Zustimmung keine Transplantate entnommen werden dürfen.[5785] Gemäss Art. 12 lit. a und b TxG muss ein **urteilsfähiger**[5786] **und volljähriger**[5787] Mensch einer Lebendspende von Organen, Geweben oder Zellen schriftlich zustimmen, nachdem er über die Risiken aufgeklärt wurde.[5788] Die Lebendspende tangiert auch den Schutzbereich der körperlichen und geistigen Integrität.[5789] Art. 12 lit. c und d TxG halten fest, dass für das Leben und die Gesundheit der spendenden Person kein ernsthaftes Risiko bestehen

5778 Frei, S. 7; Hofer, S. 61; SGK-Schweizer/Bongiovanni/Bollmann, Art. 10 BV, N 60 und 107.
5779 BBl 2021 2328 f.
5780 Zur Definition der nächsten Angehörigen siehe Art. 3 TxV.
5781 Aber vgl. Art. 5 Abs. 2 TxV.
5782 BBl 2002 29, S. 139 f.; vgl. Holliger, S. 51 f.
5783 BBl 2021 2328.
5784 BBl 2020 9547, S. 9567 und 9577.
5785 Christensen/Gächter, Pflegerecht 2022, S. 133; vgl. Art. 12 TxG.
5786 Art. 16 ZGB.
5787 Art. 14 ZGB.
5788 BSK-Belser/Molinari, Art. 119*a* BV, N 15; detailliert zur Entnahme bei urteilsfähigen und volljährigen Personen siehe Tremp, S. 20 ff.
5789 BSK-Belser/Molinari, Art. 119*a* BV, N 18.

darf und für die empfangende Person keine andere therapeutische Methode mit vergleichbarem Nutzen zur Verfügung steht. **Minderjährigen oder urteilsunfähigen** Personen dürfen grundsätzlich keine Transplantate entnommen werden (Art. 13 Abs. 1 TxG). Unter restriktiven Voraussetzungen ist eine Entnahme von regenerierbaren Geweben und Zellen zur Rettung eines Elternteils, Kindes oder Geschwisters der spendenden Person zulässig (Art. 13 Abs. 2 TxG).[5790] Da die Spende von Organen, Geweben und Zellen nicht auf die Heilung der spendenden, sondern auf jene der empfangenden Person gerichtet ist, handelt es sich um einen fremdnützigen Eingriff.[5791]

e. Schutz der Gesundheit

Mit der Transplantation von Organen, Geweben und Zellen sind je nach Grösse des Eingriffs und dem Gesundheitszustand der spendenden[5792] und empfangenden Personen nicht zu unterschätzende Risiken verbunden.[5793] Der vom Gesetzgeber sicherzustellende Schutz der Gesundheit bezieht sich einerseits auf die spendende und andererseits auf die empfangende Person von Transplantaten. Bei Ersterer ist der Schutz der Gesundheit insbesondere bei der **Lebendspende** zu beachten. Letztere ist nur zulässig, wenn kein ernsthaftes Risiko für das Leben und die Gesundheit der spendenden Person besteht.[5794] Da die spendende Person keinem unnötigen Risiko ausgesetzt werden darf, gilt das in Art. 12 lit. d TxG verankerte Subsidiaritätsprinzip, wonach eine Lebendspende nur dann durchgeführt werden darf, wenn keine andere therapeutische Methode einen vergleichbaren Nutzen verspricht.[5795] 35

Die **empfangende Person** ist insbesondere vor möglichen Krankheitserregern zu schützen, die bei einer Transplantation zusammen mit dem Organ, dem Gewebe oder den Zellen übertragen werden könnten.[5796] Grundsätzlich besteht ein berechtigtes Interesse an einer ausreichenden Versorgung mit Organen. Aus dem Gesundheitsschutz nach Art. 119*a* Abs. 1 36

5790 BBl 2002 29, S. 146; detailliert zur Entnahme bei urteilsunfähigen oder minderjährigen Personen siehe Tremp, S. 58 ff.

5791 Zu fremdnützigen Eingriffen vgl. Sprecher, S. 50 ff. m.w.Hw.

5792 Bei einer Lebendspende.

5793 Vgl. BBl 1997 III 653, S. 680; vgl. BSK-Belser/Molinari, Art. 119*a* BV, N 20; CR-Boillet, Art. 119*a* BV, N 14.

5794 Vgl. BBl 1997 III 653, S. 680; Art. 12 lit. c TxG.

5795 BBl 2002 29, S. 146; BSK-Belser/Molinari, Art. 119*a* BV, N 18.

5796 BBl 1997 III 653, S. 680; SGK-Schweizer/Schott, Art. 119*a* BV, N 16.

Satz 2 BV lässt sich jedoch weder ein Anspruch der/des Einzelnen auf ein Organ ableiten, noch eine Verpflichtung des Staates, auf eine Erhöhung des Organaufkommens hinzuwirken.[5797] Die Verfassungsbestimmung steht allerdings Massnahmen wie Informationskampagnen[5798] nicht entgegen. Diese haben die Bevölkerung nicht selektiv, sondern umfassend und möglichst objektiv[5799] zu informieren.[5800]

37 Unter eine weiter verstandene Schutzpflicht kann ausserdem die psychische Gesundheit sowohl der direkt Betroffenen als auch der **Angehörigen und des medizinischen Fachpersonals** gefasst werden.[5801] Bei der Entscheidung für oder gegen eine Organspende handelt es sich um einen Gewissensentscheid, der sowohl für die potentiell spendende Person als auch für deren Angehörigen belastend sein kann. Vorbereitende Massnahmen werden bei noch lebenden, urteilsunfähigen Personen und Organentnahmen bei Menschen durchgeführt, deren Hirntod gerade erst festgestellt wurde und die noch wie lebend wirken und Reaktionen zeigen. Explantationen können daher auch für das Fachpersonal belastend sein. Dem ist im Umgang mit sämtlichen Beteiligten und bei der Reglung der Transplantationsmedizin Rechnung zu tragen.

B. Abs. 2: Kriterien der Organallokation

1. Grundsätzliches

38 Organe sind ein beschränktes Gut. Neben der faktischen Verfügbarkeit von Organen setzt eine erfolgreiche Transplantation auch die Kompatibilität (z.B. in Bezug auf die Grösse und Blutgruppe) voraus.[5802] Die **Knappheit** hat zur

5797 BBl 1997 III 653, S. 686; vgl. Hofer, S. 66; BSK-Belser/Molinari, Art. 119*a* BV, N 13; a.M. in Bezug auf die Erhöhung der Spendebereitschaft Mader, S. 398 ff.

5798 Zur Information der Öffentlichkeit siehe Art. 61 TxG.

5799 Zu den inhaltlichen Voraussetzungen der Aufklärung bei Geltung der Widerspruchslösung siehe Christensen/Gächter, Pflegerecht 2022, S. 139; zu den Mängeln in der Kommunikation der Besonderheiten der Organspende nach Kreislaufstillstand siehe Christen/Gloor, Ethik in der Medizin 2018, S. 343 ff.

5800 Vgl. BBl 2002 29, S. 133; Frei, S. 157; vgl. BSK-Belser/Molinari, Art. 119*a* BV, N 20; vgl. zur ursprünglich mit Art. 61 TxG (in der Fassung vom 8. Oktober 2004) auferlegten Neutralitätspflicht des Staates siehe SGK-Schweizer/Schott, Art. 119*a* BV, N 17.

5801 BBl 1997 III 653, S. 680; BSK-Belser/Molinari, Art. 119*a* BV, N 20.

5802 Vgl. BBl 2002 29, S. 116; Largiadèr, in: Medizinische Ethik im ärztlichen Alltag, S. 263 f.; vgl. Schott, in: Organallokation, S. 137.

Folge, dass nicht sämtliche Personen ein Organ erhalten können, die ein solches benötigen. Wie bereits ausgeführt, besteht kein Recht auf ein Organ (N. 37). Der oder die Betroffene hat aber einen durchsetzbaren Anspruch darauf, dass das Verfahren durch den Gesetzgeber gerecht (N 41 ff.) ausgestaltet wird.[5803] Die Festlegung der Kriterien für eine gerechte Organallokation entspricht einem **verbindlichen Gesetzgebungsauftrag**.[5804]

Der Gesetzgebungsauftrag nach Abs. 2 **beschränkt** sich **auf die Zuteilung von menschlichen Organen**. Dies liegt darin begründet, dass bei Geweben und Zellen kein chronischer Mangel herrschte und aufgrund der Problematik des Gewebeabgleichs ohnehin regelmässig nur eine Empfängerin bzw. ein Empfänger in Frage komme und somit gar keine Zuteilungsmöglichkeit besteht.[5805] Während sich zum Zeitpunkt des Erlasses der Botschaft Zuteilungsprobleme noch lediglich bei Organspenden von Verstorbenen ergaben, da eine Lebendspende damals noch zwingend auf eine bestimmte Person gerichtet war, sind mittlerweile auch «altruistische Spenden», bei denen die Allokation über eine Warteliste erfolgt, sowie Überkreuzlebendspenden zulässig.[5806] Die Botschaft zum Verfassungsartikel schliesst nicht aus, dass bei einem Gewebe- oder Zellenmangel auch deren Zuteilung geregelt werden könnte, sofern ein chronischer Mangel besteht.[5807] Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes geht somit über die Zuteilung von menschlichen Organen hinaus. Von dieser Kompetenz machte der Gesetzgeber beispielsweise für die Zuteilung von Inselzellen Gebrauch.[5808] Denkbar wären auch Zuteilungsregelungen für die Transplantation von tierischen Organen.[5809] Aufgrund neuer gentechnischer Verfahren (sog. Genome Editing) wurden in den USA erste Heilsversuche durchgeführt, bei

39

5803 BSK-Belser/Molinari, Art. 119*a* BV, N 23.

5804 Schott, Patientenauswahl und Organallokation, S. 232.

5805 BBl 2002 29, S. 149.

5806 BBl 1997 III 653, S. 683; Art. 22 Abs. 2 TxG; siehe Überkreuz-Lebendspende-Verordnung vom 18. Oktober 2017 (SR 910.212.3).

5807 Siehe hierzu exemplarisch: Jaggi, Andrea, Darum haben es Hornhaut-Transplantationen in der Schweiz schwer, News SRF vom 5.2.2024, https://www.srf.ch/news/schweiz/guenstige-konkurrenz-im-ausland-darum-haben-es-hornhaut-transplantationen-in-der-schweiz-schwer, besucht am 16.4.2026.

5808 Art. 16 Abs. 2 lit. b TxG i.V.m. Art. 2 lit. b Organzuteilungsverordnung. Inselzellen sind insulinproduzierende Zellen aus der Bauchspeicheldrüse.

5809 BBl 1997 III 653, S. 685.

denen tierische Transplantate auf den Menschen übertragen wurden. In der Schweiz besteht hierfür eine Bewilligungspflicht (Art. 43 TxG) und aktuell[5810] finden in der Schweiz noch keine klinischen Studien zur Xenotransplantation auf den Menschen statt.[5811] Ob in Zukunft ein Mangel an tierischen Organen bestehen könnte, ist noch unklar.

2. «Gerecht»

40 Während im Vorentwurf von Art. 24^{decies} aBV noch vorgesehen war, dass der Bund eine gerechte Zuteilung von Organen, Geweben und Zellen zu gewährleisten habe,[5812] wurde dieser hohe Anspruch im Verlauf der Ausarbeitung reduziert, wonach der Gesetzgeber nun Kriterien für eine gerechte Zuteilung festzulegen hat.[5813] Aus dem äusserst unbestimmten Begriff «gerecht» lässt sich für eine konkrete Zuteilungsregelung wenig ableiten: Dieser kann unterschiedlich interpretiert werden, je nach dem, auf welche Gerechtigkeitstheorie abgestellt und wie die verschiedenen Werte gewichtet werden.[5814] Der Gesetzgeber hat sich für die Zuteilungskriterien an den **Grundrechten zu orientieren**. Neben den bereits erwähnten Grundrechten der Menschenwürde (Art. 7 BV) und dem Schutz der körperlichen und geistigen Unversehrtheit (Art. 10 Abs. 2 BV) sind insbesondere die Rechtsgleichheit (Art. 8 Abs. 1 BV), das Diskriminierungsverbot (Art. 8 Abs. 2 BV), das Recht auf Hilfe in Notlagen (Art. 12 BV) und das einschlägige Völkerrecht[5815] zu beachten.[5816] Damit kann dem Gerechtigkeitsbegriff Kontur verliehen werden.

41 Mit der Zuteilungsregel wird faktisch eine Entscheidung getroffen, wer Zugang zu einem potentiell lebensrettenden Organ erhält. Art. 119*a* BV

5810 Stand März 2024.

5811 Zu den Entwicklungen der Xenotransplantation siehe EKAH, Xenotransplantation, März 2024, S. 7 ff.; SGK-Schweizer/Schott, Art. 119*a* BV, N 38.

5812 Erläuternder Bericht und Entwurf zu Art. 24^{decies} BV, S. 41.

5813 Erläuternder Bericht und Entwurf zu Art. 24^{decies} BV, S. 41: Abs. 2: «Er gewährleistet insbesondere eine gesamtschweizerisch einheitliche, unentgeltliche und gerechte Zuteilung von menschlichen Organen, Geweben und Zellen.»; BBl 1997 III 653, S. 696: Abs. 2: «Er sieht insbesondere die Unentgeltlichkeit der Spende vor und sorgt für eine gerechte Zuteilung von Organen.».

5814 Romagnoli, Jusletter 22. November 2010, N 60.

5815 Zur Zugangsgerechtigkeit und zu den Vergabekriterien siehe Art. 3 ZP Biomedizinkonvention.

schreibt kein bestimmtes Zuteilungsmodell vor. Eine gerechte Zuteilung muss jedoch eine **rechtsgleiche und diskriminierungsfreie** Behandlung (Art. 8 BV) sämtlicher Patientinnen und Patienten gewährleisten und setzt daher mindestens voraus, dass diese **ohne Willkür** und anhand «**objektiver**» **Kriterien** erfolgt.[5817] Ob die Objektivität ein einlösbarer Anspruch ist, darf angezweifelt werden. Letztendlich sind Wertentscheidungen nicht vermeidbar. Die Zuteilung darf zumindest nicht auf sachfremden Kriterien beruhen, sondern muss den eigentlichen Zweck der Organtransplantation verfolgen und sich an fundierten medizinischen Kriterien orientieren.[5818]

Im Rahmen einer nationalen Gesetzgebung vermag nur eine **schweizweit**[5819] **einheitliche** Zuteilung nach **verbindlichen** Vorgaben den Anforderungen an eine gerechte Organzuteilung zu genügen. Dezentrale Zuteilungssysteme könnten nicht gewährleisten, dass die geeignetste Person ein Organ erhält, wären aber allenfalls gerechtfertigt, wenn die geografische Grösse einem nationalen Zuteilungssystem faktisch entgegenstünde, was in der Schweiz nicht der Fall ist.[5820] Gemäss Art. 19 i.V.m. Art. 54 Abs. 2 lit. a^{bis} TxG hat der Gesetzgeber zu diesem Zweck eine **nationale Zuteilungsstelle** zu schaffen und kann den Vollzug dieser Aufgabe einer öffentlichen oder privaten Organisation übertragen. Der Bund entschied sich für die private Organisation Swisstransplant[5821], die bereits vor Inkrafttreten des Transplantationsgesetzes die Organzuteilung nach internen Richtlinien koordinierte (N. 4).[5822] Die Übertragung einer Verwaltungsaufgabe an Swisstransplant hat zur Folge, dass diese bei der Aufgabenerfüllung an die Verfassung und insbesondere an die Grundrechte gebunden ist (Art. 35 Abs. 2 BV).[5823] 42

5816 BSK-Belser/Molinari, Art. 119*a* BV, N 25; detailliert zum Ganzen siehe Schott, in: Organallokation, S. 128 ff.

5817 BBl 1997 III 653, S. 683; CR-Boillet, Art. 119*a* BV, N 18; Schöning, S. 261.

5818 Vgl. BSK-Belser/Molinari, Art. 119*a* BV, N 26.

5819 Gemäss Art. 23 Abs. 1 TxG und Art. 35 Organzuteilungsverordnung werden Organe einer internationalen Zuteilungsorganisation nur, aber immerhin dann angeboten, wenn in der Schweiz keine passende Empfängerin/kein passender Empfänger gefunden wird.

5820 Vgl. BBl 1997 III 653, S. 686; vgl. Schott, in: Organallokation, S. 136 f.; zum Gerechtigkeitsraum und zur zentralen oder dezentralen Allokation siehe Sitter-Liver, S. 40 ff.

5821 Art. 54 TxG und Art. 38 Organzuteilungsverordnung.

5822 Erläuternder Bericht und Entwurf zu Art. 24^{decies} BV, S. 5 f.; SGK-Schweizer/Schott, Art. 119*a* BV, N 6.

5823 Vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, N 1854.

43 Eine Verteilung nach utilitaristischen Modellen, wonach ein kollektiver Gesamtnutzen entscheidend ist, wäre nach herrschender Lehre mit der Rechtsgleichheit unvereinbar.[5824] Vielmehr hat sich die Zuteilung an **der individuellen Gesundheit** in Bezug auf den Nutzen und den Bedarf einer Organtransplantation auszurichten. Unberücksichtigt bleiben müssen sämtliche Kriterien, die den Lebenswert von Menschen gegeneinander ausspielen (z.B. sozialer Status, Verschulden[5825], Alter[5826], Compliance z.B. in Bezug auf die nach der Organtransplantation zwingend nötige Medikamenteneinnahme und Nachuntersuchungen).[5827] Die Botschaft nennt als Zuteilungsgrundsätze die **Erfolgsaussicht** (Nutzen) und die **Dringlichkeit** (Bedarf).[5828] Das Gesetz erklärt aktuell die Kriterien der medizinischen Dringlichkeit, des medizinischen Nutzens und der Wartezeit (Art. 18 Abs. 1 lit. a bis c TxG) für massgebend. Der Ersatz eines Organs kann lebensnotwendig sein, daher hat der Gesetzgeber Art. 12 BV (Recht auf Hilfe in Notlagen) bei der Regelung der Zuteilung von Organen Rechnung zu tragen. Daraus folgt, dass der Staat darauf hinwirken muss, dass die vorhandenen Organe möglichst vielen Menschen, die diese zum Überleben benötigen, zugewiesen werden. Ein Anspruch auf ein Organ kann daraus nicht abgeleitet werden.[5829]

C. Abs. 3: Prinzipien: Gebot der Unentgeltlichkeit und Verbot des Organhandels

44 Abs. 3 der Verfassungsbestimmung hält fest, dass eine Spende von Organen, Geweben und Zellen unentgeltlich zu erfolgen hat und mit Organen kein Handel getrieben werden darf. Es soll der **Kommerzialisierung** von menschlichen Organen, Geweben und Zellen **entgegengewirkt** werden, in dem diese nicht gewinnbringend veräussert werden dürfen.[5830] Die beiden

5824 Schott, in: Organallokation, S. 136; Vgl. BSK-Belser/Molinari, Art. 119*a* BV, N 26.

5825 Gemäss BSK-Belser/Molinari, Art. 119*a* BV, N 26 bleibt die Möglichkeit des Einbezugs des Verschuldens offen. U.E. ist die Berücksichtigung des Verschuldens ohne Bezugnahme auf den medizinischen Nutzen nicht mit einer rechtsgleichen Zuteilung vereinbar.

5826 Das Alter kann aber berücksichtigt werden, um die individuellen Erfolgsaussichten zu beurteilen, BSK-Belser/Molinari, Art. 119*a* BV, N 26; kritisch zur Ablehnung der Berücksichtigung des Alters bei der Interessenabwägung Romagnoli, Jusletter 22. November 2010, S. 43 ff.; siehe auch Sitter-Liver, S. 102 f. und 181.

5827 Schott, in: Organallokation, S. 136; vgl. BBl 1997 III 653, S. 684.

5828 BBl 1997 III 653, S. 685.

5829 Schott, in: Organallokation, S. 133 f.; BSK-Belser/Molinari, Art. 119*a* BV, N 21 und N 25.

5830 BJ Gutachten, VPB 68 (2004), S. 1465; BBl 1997 III 653, S. 682.

Prinzipien der Unentgeltlichkeit und des Organhandelsverbots sind aufgrund ihrer detaillierten Ausgestaltung **unmittelbar anwendbar**.[5831] Dasselbe gilt auch für Art. 21 der Biomedizinkonvention[5832], der die Verwendung des menschlichen Körpers oder seiner Teile zur Gewinnerzielung verbietet.[5833] Die beiden Prinzipien wirken auch unmittelbar horizontal (Art. 35 Abs. 3 BV).[5834] Art. 69 Abs. 1 lit. a-c TxG stellen die Kommerzialisierung von Transplantaten unter Strafe.[5835]

1. Unentgeltlichkeit

Der Bundesrat ging bei der Ausarbeitung von Art. 24^{decies} aBV davon aus, bereits aufgrund der bestehenden Bundeskompetenzen dazu ermächtigt zu sein, die Unentgeltlichkeit der Spende von Organen, Geweben und Zellen zu regeln, weshalb der **Entwurf noch kein ausdrückliches Verbot**, sondern lediglich den Auftrag an den Gesetzgeber enthielt, die Unentgeltlichkeit vorzusehen.[5836] 45

Das Gebot der Unentgeltlichkeit **verbietet** nur **eine finanzielle Gegenleistung** für die Spende von Organen, Geweben oder Zellen an sich, die auf eine Gewinnerzielung abzielt. Für durch die Spende direkt entstandene Aufwände (z.B. Fahrkosten und Lohnausfall bei der Spende zu Lebzeiten sowie die Operationskosten und Hospitalisierung) und allfällige dadurch verursachte Schäden darf die spendende Person finanziell entschädigt werden.[5837] Mit anderen Worten darf die Spende eine Person nicht besser stellen, soll sie aber auch nicht schlechter stellen, hätte sie auf diese verzichtet. Art. 6 Abs. 2 lit. a-d TxG hält fest, was nicht als finanzieller Gewinn oder anderer Vorteil zu verstehen ist. Neben dem Ersatz der entstandenen Kosten werden auch eine nachträgliche symbolische Geste der Dankbarkeit (z.B. Dankeskarte, Blumenstrauss) (lit. c) und die Überkreuz- 46

5831 BJ Gutachten, VPB 68 (2004), S. 1462; CR-Boillet, Art. 119*a* BV, N 20; Mader, S. 190; SGK-Schweizer/Schott, Art. 119*a* BV, N 48.

5832 Siehe auch Art. 21 des ZP Biomedizinkonvention.

5833 BJ Gutachten, VPB 68 (2004), S. 1462.

5834 CR-Boillet, Art. 119*a* BV, N 20; SGK-Schweizer/Schott, Art. 119*a* BV, N 48.

5835 Hierzu ausführlich Holliger, S. 245 ff.

5836 BBl 1997 III 653, S. 696; Gruberski, S. 15.

5837 BJ Gutachten, VPB 68 (2004), S. 1479 f.; BBl 1997 III 653, S. 682; vgl. BSK-Belser/Molinari, Art. 119*a* BV, N 29; SGK-Schweizer/Schott, Art. 119*a* BV, N 46; Schöning, S. 271.

Lebendspende[5838] (lit. d) vom Begriff des finanziellen Vorteils ausgenommen.[5839]

47 Die Spende soll aus **freiwilligen, altruistischen Motiven** erfolgen. Finanzielle Anreize könnten dieses Ziel torpedieren, indem wirtschaftlich schlechter gestellte Personen allenfalls geneigt sein könnten, im Hinblick auf eine geldwerte Leistung in die Transplantatentnahme einzuwilligen.[5840] Mit Blick auf die Interessen der Empfängerin oder des Empfängers argumentierte der Bundesrat in der Botschaft, das Prinzip der Unentgeltlichkeit steigere die Transplantatqualität, da kein Anreiz geschaffen werde, qualitativ schlechte Transplantate zu spenden.[5841]

2. Spende

48 Die Verwendung des Begriffs der «**Spende**» in Abs. 3 hat zweierlei Konsequenzen. Die Botschaft zu Art. 24^{decies} aBV hält erstens fest, dass zur Spende einzig Menschen fähig sind. **Tierische** Organe, Gewebe und Zellen sind vom Prinzip der Unentgeltlichkeit in Art. 119*a* Abs. 3 BV daher **nicht erfasst**.[5842] Zu Diskussionen in den Kommissionen des Nationalrats[5843] und in den Räten führte zweitens die Frage, ob das Kriterium der Freiwilligkeit explizit festgeschrieben werden sollte.[5844] Die Mehrheit in den Räten argumentierte, der Begriff der «Spende» impliziere bereits die **Freiwilligkeit**.[5845]

5838 Bei einer Überkreuz-Lebendspende tauschen zwei oder mehr Spender:innen und Empfänger:innen Organe, um die bestmögliche Transplantationsübereinstimmung zu erreichen.

5839 Vgl. BJ Gutachten, VPB 68 (2004), S. 1480.

5840 BBl 1997 III 653, S. 682; BBl 2002 29, S. 137; vgl. BJ Gutachten, VPB 68 (2004), S. 1472 und 1480; Holliger, S. 244; vgl. Schöning, S. 270; Borghi kritisiert, diese Argumentation weise eine paternalistische Haltung auf, Borghi, in: Etica e trapianti, S. 178 f.

5841 Vgl. BBl 1997 III 653, S. 682; vgl. Schöning, S. 272. Mader zweifelt an der Stichhaltigkeit dieses Arguments. Siehe dazu Mader, S. 188 und 273 ff.

5842 BBl 1997 III 653, S. 682; BSK-Belser/Molinari, Art. 119*a* BV, N 28; SGK-Schweizer/Schott, Art. 119*a* BV, N 46.

5843 Protokoll der Sitzung der Kommission des Nationalrats für soziale Sicherheit und Gesundheit vom 11.09.1997, S. 28 (Anhang Nr. 5).

5844 Minderheitsantrag Goll, AB 1997 N 2419.

5845 Voten Schenk und Hochreutener AB 1997 N 2415.

3. Verbot des Organhandels

Bereits der Bundesbeschluss vom 22. März 1996 über die Kontrolle von Blut, Blutprodukten und Transplantaten[5846] untersagte den Handel mit Transplantaten.[5847] Das Verbot des Handels mit menschlichen Organen war im Entwurf zur Verfassungsbestimmung noch nicht vorgesehen,[5848] sondern fand erst aufgrund der parlamentarischen Debatte Eingang in Art. 24^{decies} aBV.[5849] Die Verfassungsbestimmung verbietet lediglich den Handel mit menschlichen Organen. Art. 22 ZP Biomedizinkonvention erweitert das Verbot auf Gewebe. Der Gesetzgeber ging über das verfassungsrechtlich festgeschriebene Organhandelsverbot hinaus und weitete dieses auf menschliche Gewebe und Zellen aus (Art. 7 Abs. 1 TxG).[5850] Aufgrund der Ratifizierung der Organhandelskonvention[5851] verbietet und bestraft Art. 69 Abs. 1 lit. b TxG auch den Handel im Ausland, ohne dass die Tathandlung oder Teile davon in der Schweiz oder von der Schweiz aus im Ausland erfolgen muss.[5852] 49

Unter dem Begriff des **Handels** werden sämtliche Austauschgeschäfte (z.B. Kauf, Verkauf, Tausch) verstanden, die auf einen eigenen Vorteil abzielen, worunter auch Werbung und Vermittlungsgeschäfte fallen.[5853] Gemeint ist folglich jegliches Vertreiben von menschlichen Organen. Bereits die illegale Entnahme fällt unter den Begriff des Organhandels.[5854] Professionelle Strukturen sind nicht vorausgesetzt. Der Aufwand, der durch eine Entnahme, Aufbereitung und Implantation entsteht, darf hingegen entschädigt werden.[5855] Das Austauschen von Organen zwischen Transplantations- und Zuteilungsstellen, ohne dass dabei eine Gewinnabsicht besteht, fällt nicht unter den Handelsbegriff.[5856] Das TxG versteht und sanktioniert den Organhandel sehr umfassend.[5857] 50

5846 Art. 17 Abs. 1 (SR 818.111).
5847 BBl 2002 29, S. 138.
5848 Vgl. BBl 1997 III 653, S. 676.
5849 AB 1997 N 2410, S. 2426.
5850 BSK-Belser/Molinari, Art. 119*a* BV, N 30; SGK-Schweizer/Schott, Art. 119*a* BV, N 47.
5851 Vgl. Fn. 44.
5852 BBl 2019 5971, S. 6009; SGK-Schweizer/Schott, Art. 119*a* BV, N 47.
5853 BSK-Belser/Molinari, Art. 119*a* BV, N 30; SGK-Schweizer/Schott, Art. 119*a* BV, N 47.
5854 Art. 7 Abs. 1 lit. b TxG; BBl 2002 29, S. 138.
5855 BJ Gutachten, VPB 68 (2004), S. 1481 f.; BBl 2002 29, S. 138; vgl. BSK-Belser/Molinari, Art. 119*a* BV, N 30.
5856 BSK-Belser/Molinari, Art. 119*a* BV, N 30; CR-Boillet, Art. 119*a* BV, N 28.

51 Das Organhandelsverbot bezweckt nicht nur den Schutz der potentiell unmittelbar betroffenen Personen, sondern das Vertrauen in das Transplantationssystem an sich.[5858] Dieses Ziel wird auch auf internationaler Ebene verfolgt (N. 10 f.).

Zu den Autorinnen

Prof. Dr. iur. Franziska Sprecher, Rechtsanwältin ist assoziierte Professorin für Staats- und Verwaltungsrecht mit besonderer Berücksichtigung des Gesundheitsrechts am Institut für öffentliches Recht und Direktorin des Zentrums für Gesundheitsrecht und Management im Gesundheitswesen an der Universität Bern.

Marina Rickenbacher ist Rechtsanwältin und studierte an den Universitäten Bern und British Columbia in Vancouver. Seit März 2021 verfasst sie ihre Dissertation im Rahmen des durch den Schweizerischen Nationalfonds geförderten Projekts «Governing by Values? Zur Geschichte der Bioethik in der Schweiz».

Über Anregungen und Hinweise freuen sich die Autorinnen unter franziska.sprecher@unibe.ch oder marina.rickenbacher@unibe.ch.

WEITERE EMPFOHLENE LEKTÜRE

Becchi Paolo/Bondolfi Alberto/Kostka Ulrike/Seelmann Kurt (Hrsg.), Organallokation, Ethische und rechtliche Fragen, Basel 2004.

Becchi Paolo/Bondolfi Alberto/Kostka Ulrike/Seelmann Kurt (Hrsg.), Die Zukunft der Transplantation von Zellen, Geweben und Organen, Basel 2007.

Borghi Marco/Sprumont Dominique, La transplantation d'organes, Repères pour une législation fédérale, Fribourg et al. 1995.

Dumoulin Jean-François, Transplantation d'organes en Suisse, Le droit au carrefour de la vie et de la mort, Neuchâtel 1997.

Guillod Olivier/Dumoulin Jean-François, Définition de la mort et prélèvement d'organes, Aspects constitutionnels, Neuchâtel 1999.

5857Strafbarkeit der spendenden und empfangenden Person gemäss Art. 6 Abs. 1 i.V.m. Art 69 Abs. 1 lit. a TxG; Zu den Strafandrohungen siehe Art. 69 TxG.

5858BSK-Belser/Molinari, Art. 119*a* BV, N 30; vgl. SGK-Schweizer/Schott, Art. 119*a* BV, N 49.

Hofer Pascal, Das Recht der Transplantationsmedizin in der Schweiz, Rechtsdogmatische, rechtspolitische und rechtsvergleichende Aspekte, Diss. Köln, Berlin et al. 2006.

Holliger Raphaela, Postmortale Organspende, Unter besonderer Berücksichtigung des Strafrechts, Diss., Zürich 2019.

Lachenmeier Pascal, Der Tod im liberalen Staat, Die Definitionsmacht des Rechts über den Todeszeitpunkt, Diss., Basel 2008.

Mader Mélanie, Le don d'organes entre gratuité et modèles de récompense, Quels instruments étatiques face à la pénurie d'organes?, Diss. Neuchâtel, Basel 2011.

Schmid Patrizia, Organentnahme an Verstorbenen, Rechtsgut und Rechtfertigung, Diss., Basel et al. 2003.

Schmidlin Cécile, Nudging durch den Staat, Die Standardvorgabe bei der Organspende im Lichte der Grundrechte, Diss., Zürich et al. 2025.

Schöning Rolf, Rechtliche Aspekte der Organtransplantation, Unter besonderer Berücksichtigung des Strafrechts, Diss., Zürich 1996.

Schott Markus, Patientenauswahl und Organallokation, Diss., Basel et al. 2001.

Sitter-Liver Beat, Gerechte Organallokation, Zur Verteilung knapper Güter in der Transplantationsmedizin, Fribourg 2003.

Tremp Dania, Lebendspende in der Schweiz, Insbesondere die finanzielle Absicherung des Spenders von Organen, Geweben und Zellen, Diss. Zürich, Basel 2010.

Tschumy Nicolas, Le corps humain après la mort, Le statut du cadavre en droit suisse, Diss. Lausanne, Bern 2022.

LITERATURVERZEICHNIS

Belser Eva Maria/Molinari Eva, Art. 119*a* BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Bundesverfassung, Basler Kommentar, 2. Aufl., Basel 2025 (zit. BSK-Belser/Molinari, Art. 119*a* BV).

Belser Eva Maria/Molinari Eva, Art. 7 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Bundesverfassung, Basler Kommentar, 2. Aufl., Basel 2025 (zit. BSK-Belser/Molinari, Art. 7 BV).

Boillet Véronique, Art. 119*a* Cst, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Constitution fédérale, Commentaire Romand, Basel 2021 (zit. CR-Boillet, Art. 119*a* BV).

Borghi Marco, Transplantation d'organes et de tissus, Aspects juridiques, in: Bondolfi Alberto/Malacrida Roberto/Rohner Adrien (Hrsg.), Etica e trapianti, Comano 1993, S. 163 ff. (zit. Borghi, in: Etica e trapianti).

Burch Stephanie, Das Konzept des "Hirntodes", Überlegungen zum rechtlichen und gesellschaftlichen Umgang mit einem Phänomen an der Grenze zwischen Leben und Tod, Jusletter 22. November 2010 (zit. Burch, Jusletter 22. November 2010).

Christen Markus/Gloor Martina, Ethische Relevanz und faktische Mängel in der Kommunikation von Spezifika der Organspende nach Kreislaufstillstand, Ethik in der Medizin 2018, 30(4), S. 343 ff. (zit. Christen/Gloor, Ethik in der Medizin 2018).

Christensen Birgit/Gächter Thomas, "Vermutete Zustimmung" und Informed Consent bei der Transplantation, Bedingungen einer verfassungskonformen Umsetzung der Widerspruchsregelung, Pflegerecht 2022, S. 130 ff. (zit. Christensen/Gächter, Pflegerecht 2022).

Christensen Birgit/Michel Margot, Die Wiedereinführung des Non-Heart-Beating-Donor-Programms in der Schweiz aus rechtlicher Perspektive, Bioethica Forum 2012, 5(2), S. 77 f. (zit. Christensen/Michel, Bioethica Forum 2012).

Donzallaz Yves, Traité de droit médical, Volume I, L'état, le médecin, les soignants et le patient: entre droit, éthique et règles de l'art, Bern 2021.

Dupont Anne-Sylvie, La constitution sociale, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz/Droit constitutionnel suisse, Zürich et al. 2020, S. 2091 ff. (zit. Dupont, in: Verfassungsrecht der Schweiz/Droit constitutionnel suisse).

Eidgenössische Ethikkommission für die Biotechnologie im Ausserhumanbereich (EKAH), Xenotransplantation, Neue Möglichkeiten, neue ethische Fragen? März 2024 (zit. EKAH, Xenotransplantation, 2024).

Frei Marco Andrea, Die erweitere Zustimmungslösung gemäss Art. 8 Transplantationsgesetz, Diss. Zürich, Genf et al. 2012.

Gächter Thomas/Christensen Birgit, Von der Information zur Warnung, Zur Umsetzung der Widerspruchsregelung im künftigen Transplantationsrecht, in: Jusletter 29. August 2022.

Gächter Thomas/Rütsche Bernhard, Gesundheitsrecht, Ein Grundriss für Studium und Praxis, 5. Aufl., Basel 2023.

Gruberski Thomas, Das Kommerzialisierungsverbot im Bereich der Organspende, Dargestellt am Beispiel der Regelung im schweizerischen Transplantationsgesetz, Diss., Basel 2011.

Guillod Olivier/Mader Mélanie, Vorbereitende medizinische Massnahmen im Hinblick auf eine Organentnahme, Rechtsgutachten zu verschiedenen Fragen im Zusammenhang mit dem Transplantationsgesetz, Neuchâtel März 2010.

Häfelin Ulrich/Müller Georg/Uhlmann Felix, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zürich et al. 2020.

Heri Corina, Kommentierung zu Art. 10 BV, in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (Hrsg.), Onlinekommentar zur Bundesverfassung – Version: 8.4.2023: https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/bv10 (besucht am 16. April 2026), DOI: 10.17176/20230411-123537-0 (zit. OK-Heri, N. XXX zu Art. 10 BV).

Hofer Pascal, Das Recht der Transplantationsmedizin in der Schweiz, Rechtsdogmatische, rechtspolitische und rechtsvergleichende Aspekte, Diss. Köln, Berlin et al. 2006.

Holliger Raphaela, Postmortale Organspende, Unter besonderer Berücksichtigung des Strafrechts, Diss., Zürich 2019.

Jox Ralf J., "Hirntod": historische Entwicklung, aktuelle Kontroversen und künftige Perspektiven, in: Kröll Wolfgang/Schaupp Walter (Hrsg.), Hirntod und Organtransplantation, Baden-Baden 2014, S. 79-91 (zit. Jox, in: Hirntod und Organtransplantation).

Kiener Regina/Kälin Walter/Wyttenbach Judith, Grundrechte, 4. Aufl., Bern 2024.

Lachenmeier Pascal, Der Tod im liberalen Staat, Die Definitionsmacht des Rechts über den Todeszeitpunkt, Diss., Basel 2008.

Largiadèr Felix, Ethik und Transplantationsmedizin, in: Bondolfi Alberto/Müller Hansjakob (Hrsg.), Medizinische Ethik im ärztlichen Alltag, Basel et al. 1999, S. 255 ff. (zit. Largiadèr, in: Medizinische Ethik im ärztlichen Alltag).

Lenherr Renato/Krones Tanja/Schwarz Urs, Organspende nach Herz-Kreislaufstillstand im USZ, in: Kröll Wolfgang/Schaupp Walter (Hrsg.), Hirntod und Organtransplantation, Baden-Baden 2014, S. 115 ff. (zit. Lenherr/Krones/Schwarz, in: Hirntod und Organtransplantation).

Löw-Friedrich Iris/Schöppe Wilhelm, Transplantation, Grundlagen, Klinik, Ethik und Recht, Darmstadt 1996.

Mader Mélanie, Le don d'organes entre gratuité et modèles de récompense, Quels instruments étatiques face à la pénurie d'organes?, Diss. Neuchâtel, Basel 2011.

Maire Délia, Postmortale Organspende im Kontext vorbereitender medizinischer Massnahmen, Diss., Zürich et al. 2020.

Nationale Ethikkommission, Organspende, Ethische Erwägungen zu den Modellen der Einwilligung in die Organentnahme, Stellungnahme Nr. 31, Bern 27. Juni 2019 (zit. NEK, Stellungnahme 2019).

Nationale Ethikkommission, Zur Widerspruchslösung im Bereich der Organspende, Ethische Erwägungen, Stellungnahme Nr. 19, Bern Oktober 2012 (zit. NEK, Stellungnahme 2012).

Rixen Stephan, Lebensschutz am Lebensende, Das Grundrecht auf Leben und die Hirntodkonzeption, zugleich ein Beitrag zur Autonomie rechtlicher Begriffsbildung, Diss. Giessen, Berlin 1999.

Romagnoli Simone, Une répartition équitable des organes (119*a* al. 2 Cst), Schèmes d'interprétation et implications normatives, Jusletter 22. November 2010.

Schärmeli Liliane/Griffel Alain, Art. 80 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Bundesverfassung, Basler Kommentar, 2. Aufl., Basel 2025 (zit. BSK-Schärmeli/Griffel, Art. 80 BV)

Schöning Rolf, Rechtliche Aspekte der Organtransplantation, Unter besonderer Berücksichtigung des Strafrechts, Diss., Zürich 1996.

Schott Markus, Patientenauswahl und Organallokation, Diss., Basel et al. 2001 (zit. Schott, Patientenauswahl und Organallokation).

Schott Markus, Verfassungsrechtliche Probleme der Organallokation, in: Becchi Paolo/Bondolfi Alberto/Kostka Ulrike/Seelmann Kurt (Hrsg.), Organallokation, Basel 2004, S. 127 ff. (zit. Schott, in: Organallokation).

Schweizer Rainer J., Verteilung der Staatsaufgaben zwischen Bund und Kantonen, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz/Droit constitutionnel suisse, Zürich et al. 2020, S. 691 ff. (zit. Schweizer, in: Verfassungsrecht der Schweiz/Droit constitutionnel suisse).

Schweizer Rainer J./Bongiovanni Jérémie/Bollmann Elia, Art. 10 BV, in: 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., St. Gallen et al. 2023 (zit. SGK-Schweizer/Bongiovanni/Bollmann, Art. 10).

Schweizer Rainer J./Schott Markus, Art. 119*a* BV, in: 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., St. Gallen et al. 2023 (zit. SGK-Schweizer/Schott, Art. 119*a* BV).

Schweizer Rainer J./Spenlé Christoph A., Art. 7 BV, in: 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., St. Gallen et al. 2023 (zit. SGK-Schweizer/Spenlé, Art. 7 BV).

Sitter-Liver Beat, Gerechte Organallokation, Ethisch-philosophische Überlegungen zur Verteilung knapper medizinischer Güter in der

Transplantationsmedizin, Studie zuhanden des Bundesamtes für Gesundheit (BAG), Bern 15. September 2003.

Sprecher Franziska, Medizinische Forschung mit Kindern und Jugendlichen, Nach schweizerischem, deutschem, europäischem und internationalem Recht, Diss. St. Gallen, Berlin et al. 2007.

Tremp Dania, Lebendspende in der Schweiz, Insbesondere die finanzielle Absicherung des Spenders von Organen, Geweben und Zellen, Diss. Zürich, Basel 2010.

Tschentscher Axel, Art. 10 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Bundesverfassung, Basler Kommentar, 2. Aufl., Basel 2025 (zit. BSK-Tschentscher, Art. 10 BV).

Waldmann Bernhard, Art. 120 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Bundesverfassung, Basler Kommentar, 2. Aufl., Basel 2025 (zit. BSK-Waldmann, Art. 120 BV).

MATERIALIENVERZEICHNIS

Botschaft des Bundesrates zu einem Bundesbeschluss über die Kontrolle von Blut, Blutprodukten und Transplantaten vom 1.3.1995, BBl 1995 II 985 ff. (zit. BBl 1995 II 985).

Botschaft zu einer Verfassungsbestimmung über die Transplantationsmedizin vom 23.4.1997, BBl 1997 III 653 ff. (zit. BBl 1997 III 653).

Botschaft über die Inkraftsetzung der neuen Bundesverfassung und die notwendige Anpassung der Gesetzgebung vom 11.8.1999, BBl 1999 7922 (zit. BBl 1999 7922).

Botschaft zum Bundesgesetz über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen (Transplantationsgesetz) vom 12.9.2001, BBl 2002 29 ff. (zit. BBl 2002 29).

Botschaft zur Änderung des Transplantationsgesetzes vom 8.3.2013, BBl 2013 2317 (zit. BBl 2013 2317).

Botschaft zur Genehmigung des Übereinkommens des Europarats gegen den Handel mit menschlichen Organen und zu seiner Umsetzung (Änderung des

Transplantationsgesetzes und des Humanforschungsgesetzes) vom 28.8.2019, BBl 2019 5971 ff. (zit. BBl 2019 5971).

Botschaft zur Volksinitiative «Organspende fördern – Leben retten» und zum indirekten Gegenvorschlag (Änderung des Transplantationsgesetzes) vom 25.11.2020, BBl 2020 9547 ff. (zit. BBl 2020 9547).

Botschaft zur Änderung des Transplantationsgesetzes vom 15.2.2023, BBl 2023 721 (zit. BBl 2023 721).

Bundesamt für Justiz, Gutachten vom 7.6.1995 über Bestand und Umfang von Gesetzgebungskompetenzen des Bundes im Bereich der Transplantationsmedizin, VPB 61.3 (1995), (zit. BJ Gutachten, VPB 61.3 (1995)).

Bundesamt für Justiz, Gutachten vom 22.6.2004 zur Auslegung von Art. 119 Abs. 2 Bst. e und Art. 119*a* Abs. 3 BV, VPB 68 (2004), Nr. 113 (zit. BJ Gutachten, VPB 68 (2004)).

Bundesgesetz über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen (Transplantationsgesetz), Änderung vom 1.10.2021, BBl 2021 2328 ff. (zit. BBl 2021 2328).

Bundesratsbeschluss über das Ergebnis der Volksabstimmung vom 7.2.1999 (Transplantationsmedizin; Raumplanungsgesetz; Initiative «Wohneigentum für alle») vom 23.3.1999, BBl 1999 III 2912 (zit. BBl 1999 III 2912).

Bundesbeschluss über die Genehmigung des Übereinkommens über Menschenrechte und Biomedizin vom 12.9.2001, BBl 2002 337 (zit. BBl 2002 337).

Bundesratsbeschluss über das Ergebnis der Volksabstimmung vom 15. Mai 2022 (Änderung des Bundesgesetzes über Filmproduktion und Filmkultur [Filmgesetz, FiG]; Änderung des Bundesgesetzes über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen [Transplantationsgesetz]; Bundesbeschluss über die Genehmigung und die Umsetzung des Notenaustausches zwischen der Schweiz und der EU betreffend die Übernahme der Verordnung [EU] 2019/1896 über die Europäische Grenz- und Küstenwache und zur Aufhebung der Verordnungen [EU] Nr. 1052/2013 und [EU] 2016/1624 [Weiterentwicklung des Schengen-Besitzstands]) vom 18.8.2022, BBl 2022 2010 (zit. BBl 2022 2010).

Motion Onken vom 7.12.1993, Verbot des Handels mit menschlichen Organen, angenommen vom Ständerat am 22.9.1994, vom Nationalrat am 23.3.1995 (93.3573) (zit. Motion Onken (93.3573)).

Motion Huber vom 28.2.1994, Gesetzgebung Transplantationsmedizin, angenommen vom Ständerat am 22.9.1994, vom Nationalrat am 23.3.1995 (94.3052) (zit. Motion Huber (94.3052)).

Protokoll der Sitzung der Kommission des Nationalrats für soziale Sicherheit und Gesundheit vom 11.9.1997.

Verfassungsbestimmung über die Transplantationsmedizin, Erläuternder Bericht und Entwurf zu Art. 24^{decies} BV, Eidgenössisches Departement des Innern, August 1996 (zit. Erläuternder Bericht und Entwurf zu Art. 24^{decies} BV).

ACHTUNG: Diese Version des Kommentars ist eine automatische maschinelle Übersetzung des Originals. Die Originalversion ist französisch. Die Übersetzung wurde mit www.deepl.com durchgeführt. Nur die Originalversion ist autoritativ. Die übersetzte Form des Kommentars kann nicht zitiert werden.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 122 BV

Eine Kommentierung von Damien Oppliger

ZITIERVORSCHLAG

Damien Oppliger, Kommentierung zu Art. 122 BV, in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (Hrsg.), Onlinekommentar zur Bundesverfassung

Kurzzitat: OK-Oppliger, Art. 122 BV N. XXX

10. Abschnitt: Zivilrecht, Strafrecht, Messwesen

Art. 122 Zivilrecht

[1] Die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Zivilrechts und des Zivilprozessrechts ist Sache des Bundes.

[2] Für die Organisation der Gerichte und die Rechtsprechung in Zivilsachen sind die Kantone zuständig, soweit das Gesetz nichts anderes vorsieht.

GLIEDERUNG

I. Entstehungsgeschichte 1397
II. Hintergrund 1398
III. eigentliche Erläuterung 1399
A. Zuständigkeit des Bundes im Zivilrecht (Art. 122 Abs. 1, 1. Teil, BV) 1399
1. Allgemeines 1399
2. Die allgemeinen Unterscheidungskriterien zwischen Zivilrecht und öffentlichem Recht 1400
3. Die Unterscheidung zwischen Zivilrecht und öffentlichem Recht auf der Grundlage der Sachbereichstheorie 1401
4. Die Praxis des Bundes im Bereich des Privatrechts auf der Grundlage der typologischen Methode 1402
B. Bundeszuständigkeit im Bereich des Zivilprozessrechts (Art. 122 Abs. 1, 2. Teil, BV) 1404
C. Kantonale Zuständigkeit in Bezug auf die Gerichtsorganisation und die Verwaltung der Zivilgerichtsbarkeit (Art. 122 Abs. 2 BV) 1406
1. Inhalt 1406
2. Einschränkungen 1407
a. Allgemein 1407
b. Verfassungsrechtliche und konventionelle Einschränkungen 1407
c. Einschränkungen aufgrund von Bundesgesetzen 1408
Empfohlene weiterführende Lektüre 1410
Literaturverzeichnis 1411
Materialienverzeichnis 1413

I. ENTSTEHUNGSGESCHICHTE

Art. 64 Abs. 1 der Verfassung vom 29. Mai 1874 (aCst.) übertrug dem Bund erstmals die Gesetzgebungskompetenz in bestimmten Bereichen des **Zivilrechts** oder des **„materiellen" Privatrechts**, nämlich in Bezug auf die Rechtsfähigkeit, alle Rechtsgebiete im Zusammenhang mit dem Handel und den beweglichen Rechtsgeschäften (Obligationenrecht, einschliesslich Handels- und Wechselrecht), das Urheber- und Kunstrecht sowie die Schuldbetreibung und den Konkurs. Die Zuständigkeit des Bundes, Rechtsvorschriften zum Schutz von industriell anwendbaren Erfindungen, einschliesslich Geschmacksmustern, zu erlassen, kam 1887 und 1905 hinzu. Im Jahr 1898 erhielt der Bund zudem die Zuständigkeit, Rechtsvorschriften zu „den übrigen Angelegenheiten des [materiellen] Zivilrechts" zu erlassen (Art. 64 Abs. 2 aCst.) . Das Inkrafttreten von Art. 64 Abs. 1 aCst. im Jahr 1874 ermöglichte die Verabschiedung der aCO vom 14. Juni 1881 sowie des Bundesgesetzes vom 11. April 1889 über die Schuldbetreibung und den Konkurs (SchKG). Die Einführung von Art. 64 Abs. 2 aCst. im Jahr 1898 diente ihrerseits dem Erlass des Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 (ZGB) sowie der Revision des aCO, was schliesslich zum Erlass des Obligationenrechts vom 30. März 1911 (OR). 1

Art. 64 Abs. 3 aBV sah vor, dass das Zivilverfahren eine **kantonale Zuständigkeit** blieb. Gleiches galt für die Gerichtsorganisation und die Rechtspflege. 2

Im Zuge der **Gesamtverfassungsrevision**, die zur Verfassung vom 18. April 1999 führte, wurde Art. 64 aCst. durch Art. 122 ersetzt. Dessen Abs. 1 sah vor, dass die Gesetzgebung im Bereich des „materiellen" Zivilrechts in die Zuständigkeit des Bundes fiel. Art. 122 Abs. 2 sah seinerseits vor, dass die Gerichtsorganisation, das Verfahren und die Rechtspflege im Zivilrecht in die Zuständigkeit der Kantone fielen. Art. 122 Abs. 3 sah schliesslich vor, dass rechtskräftige Zivilurteile in der ganzen Schweiz vollstreckbar waren. 3

Im Zuge der **Justizreform** von 1999 erhielt der Bund die Gesetzgebungskompetenz im Bereich des Zivilprozessrechts. Anlässlich dieser Reform wurde Art. 122 BV – dessen Zweckmäßigkeit infolge der Vereinheitlichung des materiellen Zivilrechts (N. 1) fragwürdig geworden war – aufgehoben. Art. 122 in seiner aktuellen Fassung trat am 1. Januar 2007 in 4

Kraft und sieht nun vor, dass „die Gesetzgebung im Bereich des Zivilrechts und des Zivilprozessrechts in die Zuständigkeit des Bundes fällt“ (Abs. 1) und dass „die Gerichtsorganisation und die Rechtspflege in zivilrechtlichen Angelegenheiten in die Zuständigkeit der Kantone fallen, sofern das Gesetz nichts anderes bestimmt“ (Abs. 2).

II. HINTERGRUND

5 Die schrittweise Entwicklung (N. 1–4) der Vereinheitlichung des Zivilrechts (materielles und prozessuales Recht) veranschaulicht perfekt das schweizerische Föderalismusverständnis, wonach die **ursprüngliche Souveränität** bei den Kantonen und nicht beim Bund liegt. Diese übertragen ihre Befugnisse an den Bund nur, wenn dies unbedingt notwendig ist. Dass die ursprüngliche Souveränität bei den Kantonen liegt, kommt im Übrigen auch in Art. 3 BV (ergänzt durch Art. 42 bis 43*a* BV) sowie in Art. 5a BV zum Ausdruck. Der Bund verfügt nur über die Befugnisse, die ihm die Verfassung zuweist, und die Kantone üben alle Befugnisse aus, die nicht an den Bund übertragen wurden. Derselbe Grundsatz gilt z. B. in Deutschland oder in Österreich, während z. B. Kanada genau den umgekehrten Mechanismus kennt.

6 Angesichts seiner grossen Bedeutung für die Ausübung privater Wirtschaftstätigkeiten ist es unserer Ansicht nach gerechtfertigt, dass das Zivilrecht (nach dem Vorbild des Strafrechts [Art. 123 BV]) auf Bundesebene einheitlich geregelt wird, anstatt 26 unterschiedlichen kantonalen Regelungen zu unterliegen. Im Bereich des Zivilrechts verfügt der Bund jedoch nur über eine **„konkurrierende Gesetzgebungskompetenz, die nicht auf Grundsätze beschränkt ist“** oder über eine **„konkurrierende Kompetenz mit nachträglicher Abweichungskraft“** (*[konkurrierende] Bundeskompetenz mit nachträglich derogierender Kraft|nachträglich derogierende Bundeskompetenz*) . Das bedeutet, dass die bloße Übertragung der Gesetzgebungskompetenz in zivilrechtlichen Angelegenheiten (materielles und Verfahrensrecht) an den Bund nicht unmittelbar das Ende der kantonalen Zuständigkeit in diesem Bereich zur Folge hat. Wie wir sehen werden, hat der Bund seine Kompetenz sowohl im materiellen Zivilrecht (N. 7) als auch im Zivilprozessrecht (N. 22) in vollem Umfang ausgeübt.

III. EIGENTLICHE ERLÄUTERUNG

A. Zuständigkeit des Bundes im Zivilrecht (Art. 122 Abs. 1, 1. Teil, BV)

1. Allgemeines

Wie wir gesehen haben (N. 1 und N. 3), ist der Bund seit 1898 uneingeschränkt befugt, im Bereich des **materiellen Zivilrechts** Gesetze zu erlassen. Der Bund hat von seiner Zuständigkeit in diesem Bereich in vollem Umfang Gebrauch gemacht, indem er das ZGB und das OR sowie verschiedene andere Spezialgesetze im Bereich des Privatrechts erlassen hat (z. B. das Bundesgesetz vom 28. August 1992 über den Markenschutz [MSchG] oder das Bundesgesetz vom 19. Dezember 1986 gegen den unlauteren Wettbewerb [UWG]) 7

Die Kantone können daher zivilrechtliche Vorschriften nur noch in dem Umfang erlassen, in dem das Bundeszivilrecht (explizit oder implizit) die kantonale Gesetzgebungskompetenz vorbehält (Art. 5 Abs. 1 ZGB). Solche **Zuweisungsvorbehalte** zugunsten des kantonalen Rechts finden sich z. B. in Art. 688 ZGB, der es den Kantonen gestattet, den Abstand festzulegen, den Eigentümer bei ihren Anpflanzungen einhalten müssen, oder auch in Art. 359 Abs. 2 OR, der die Kantone verpflichtet, Musterarbeitsverträge für landwirtschaftliche Arbeitnehmer und Hausangestellte zu erlassen. 8

Hingegen bleiben die Kantone grundsätzlich zuständig für den Erlass von Normen des **kantonalen öffentlichen Rechts** (Art. 6 Abs. 1 ZGB). Die Zivilgesetze des Bundes lassen somit die kantonalen Zuständigkeiten im Bereich des öffentlichen Rechts bestehen. Auch wenn er nicht allein auf diese Funktion reduziert werden kann, hat Art. 6 Abs. 1 ZGB somit einen deklaratorischen Charakter, insofern er den in Art. 3 BV verankerten Grundsatz wiederholt, wonach die Kantone souverän sind, soweit ihre Souveränität nicht durch die Bundesverfassung eingeschränkt ist. Das kantonale öffentliche Recht darf jedoch weder dem Geist und Zweck des eidgenössischen Zivilrechts zuwiderlaufen noch dessen Anwendung behindern. 9

10 Es ist daher wichtig, klar **zwischen** Privatrecht und öffentlichem Recht zu **unterscheiden**, um festlegen zu können, was in die Zuständigkeit des Bundes fällt und was in die Zuständigkeit der Kantone.

2. Die allgemeinen Unterscheidungskriterien zwischen Zivilrecht und öffentlichem Recht

11 Um zwischen privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Normen zu unterscheiden, haben Rechtsprechung und Lehre mehrere **allgemeine Unterscheidungskriterien** entwickelt, nämlich:

- Das Kriterium der Interessen. Nach diesem Kriterium fallen Normen, deren Ziel ausschliesslich oder hauptsächlich der Schutz des öffentlichen Interesses ist, unter das öffentliche Recht. Bestimmungen, deren ausschliessliches oder hauptsächliches Ziel der Schutz privater Interessen ist, fallen hingegen unter das Privatrecht. Beispielsweise fällt Art. 18 des Bundesgesetzes vom 13. März 1964 über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz [ArG]) unter das öffentliche Recht, da er darauf abzielt, das allgemeine Interesse der Arbeitnehmer zu schützen, indem er ein grundsätzliches Sonntagsarbeitsverbot vorsieht. Umgekehrt sind die §§ 21 OR und 23–31 OR privatrechtliche Normen, da sie den Schutz der besonderen Interessen der Vertragsparteien bezwecken.
- Das funktionale Kriterium. Nach diesem Kriterium, das dem Interessenkriterium nahekommt, fällt eine Norm unter das öffentliche Recht, wenn sie die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe unmittelbar regelt. So fallen die Normen, die die Tätigkeit der Notare im Zusammenhang mit der Ausübung der ihnen übertragenen öffentlichen Aufgaben regeln (z. B. die Erstellung öffentlich beglaubigter Urkunden), unter das öffentliche Recht.
- Das Kriterium der Unterordnung. Nach diesem Kriterium sind Normen öffentlich-rechtlicher Natur, die einer Partei eine der anderen übergeordnete Rechtsstellung einräumen, während privatrechtliche Normen Beziehungen begründen, in denen die Parteien rechtlich gleichberechtigt sind. So fällt beispielsweise Art. 319 OR fällt beispielsweise unter das Privatrecht, da diese Bestimmung eine Situation regelt, in der die Parteien formal auf Augenhöhe handeln (und zwar unabhängig davon, ob eine Partei [in diesem Fall der Arbeitgeber]

gegenüber der anderen [in diesem Fall dem Arbeitnehmer] tatsächlich eine beherrschende Stellung einnimmt).

- Das Modalkriterium (oder Sanktionskriterium). Nach diesem Kriterium fällt eine Norm unter das Privatrecht oder das öffentliche Recht, je nachdem, ob ihr Verstoß eine privatrechtliche Sanktion (z. B. die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts) oder eine öffentlich-rechtliche Sanktion (z. B. den Widerruf einer Genehmigung) nach sich zieht. Art. 26 Abs. 2 Bst. a des Gesetzes vom 16. Dezember 1983 über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland (LFAIE) fällt somit unter das Privatrecht, da diese Vorschrift vorsieht, dass ein ohne Bewilligung vollzogener Rechtsakt nichtig ist.

Nach Ansicht des Bundesgerichts „hat keine dieser Theorien *a priori* Vorrang vor den anderen [...]. Vielmehr ist **im Einzelfall** zu prüfen, welches Unterscheidungskriterium den konkreten Umständen am besten entspricht“. 12

Wir können noch **weitere Unterscheidungskriterien** zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht anführen. Diese Kriterien sind heute jedoch etwas überholt und von vor allem historischem Interesse: 13

- Das Steuerkriterium. Nach diesem Kriterium fallen vermögensrechtliche Streitigkeiten zwischen Bürgern und der öffentlichen Gewalt unter das Privatrecht, während die übrigen Rechtsstreitigkeiten dem öffentlichen Recht unterliegen.
- Das Subjektkriterium. Nach diesem Kriterium liegt ein öffentlich-rechtliches Verhältnis vor, wenn der Staat oder eine öffentlich-rechtliche Körperschaft Partei dieses Verhältnisses ist.
- Das Kriterium des zwingenden Rechts. Nach diesem Kriterium gehören die dispositiven Normen zum Privatrecht, während die zwingenden Normen dem öffentlichen Recht zuzuordnen sind.

3. Die Unterscheidung zwischen Zivilrecht und öffentlichem Recht auf der Grundlage der *Sachbereichstheorie*

Das Privatrecht lässt sich vom öffentlichen Recht auch anhand der **sogenannten „Sachbereichstheorie“** (*Sachbereichstheorie*) unterscheiden. Diese Theorie besteht darin, die Bereiche abzugrenzen, die zum Zivilrecht gehören, ohne dabei auf die spezifischen Vorschriften einzugehen, die somit 14

privatrechtlicher oder öffentlich-rechtlicher Natur sein können und die es anschließend ermöglichen sollen, die genannten Bereiche zu verwirklichen. Diese Methode wurde in Art. 64 Abs. 1 aBV angewandt, in dem Bereiche aufgeführt waren, die zum Privatrecht gehörten und deren Regelung in die Zuständigkeit des Bundes fiel (N. 1).

15 Die Methode, das Zivilrecht anhand seiner Anwendungsbereiche abzugrenzen, hat den Vorteil, dass sie der **praktischen Realität** des Privatrechts entspricht. Tatsächlich enthält das Privatrecht eine Vielzahl von Normen, die zwar formal dem Zivilrecht zugeordnet sind, materiell jedoch dem öffentlichen Recht unterliegen. Man spricht in diesem Zusammenhang von „formellem Zivilrecht" oder „akzessorischem öffentlichem Recht" " (*formelles Zivilrecht* oder *ergänzendes öffentliches Recht*). So enthält beispielsweise das in den Art. 80 bis 89*a* ZGB geregelte Stiftungsrecht auch Bestimmungen zur staatlichen Aufsicht über privatrechtliche Stiftungen, nämlich die Art. 84–84*b* ZGB, die formal dem öffentlichen Recht zuzuordnen sind.

4. Die Praxis des Bundes im Bereich des Privatrechts auf der Grundlage der typologischen Methode

16 Die oben dargelegten **allgemeinen Kriterien** (N. 11) ermöglichen keine wirksame Unterscheidung zwischen Normen, die dem Privatrecht zuzuordnen sind, und solchen, die dem öffentlichen Recht zuzuordnen sind. Tatsächlich reicht keines dieser Kriterien für sich allein aus, wie übrigens auch das Bundesgericht anerkennt (N. 12). Zudem kann die Anwendung eines Kriteriums dazu führen, dass eine Norm dem Privatrecht zugeordnet wird, während die Anwendung eines anderen Kriteriums zu der Feststellung führt, dass dieselbe Norm dem öffentlichen Recht unterliegt. So ist beispielsweise Art. 8 UWG nach dem Kriterium der Unterordnung eine privatrechtliche Vorschrift, da er eine Situation betrifft, in der keine der Parteien der anderen rechtlich untergeordnet ist. Dagegen führt die Anwendung des Interessenkriteriums eher dazu, Art. 8 UWG als öffentlich-rechtliche Vorschrift einzustufen, da diese Bestimmung im Allgemeinen darauf abzielt, Verbraucher vor den Risiken vorformulierter Verträge durch Gewerbetreibende zu schützen.

17 Auch die **Anwendungsbereichstheorie** (N. 14) ist nicht gänzlich zufriedenstellend. Denn diese Theorie setzt zunächst voraus, dass die

Bereiche, auf die das Privatrecht Anwendung findet, genau aufgezählt sind. Außerdem: Während sich die Anwendungsbereichstheorie historisch auf Art. 64 aBV stützen konnte, entzieht ihr der neue Wortlaut von Art. 122 Abs. 1 BV entzieht ihr jegliche Grundlage.

Aus diesem Grund stützen sich die Bundesbehörden bei der Abgrenzung der Zuständigkeit des Bundes gegenüber dem öffentlichen Recht der Kantone weder auf die allgemeinen Kriterien noch auf die Anwendungsbereichstheorie. Tatsächlich legt das Bundesamt für Justiz, dessen Ansatz vom Bundesrat übernommen wird, die Bundeskompetenz im Zivilrecht nach der **sogenannten „typologischen Methode“** (*typologische Methode*) aus. Nach dieser Auffassung, die eine Zwischenmethode darstellt, ist eine Norm privatrechtlicher Natur – und fällt somit unter die auf Art. 122 Abs. 1 BV beruhende Bundeskompetenz –, wenn sie die Voraussetzungen für die autonome Gestaltung des Privatrechts festlegt, traditionell im Zusammenhang mit der Kodifizierung des Privatrechts steht und Ziele verfolgt, die typischerweise dem Privatrecht zuzuordnen sind. Ebenfalls als privatrechtlich gelten alle Normen, die darauf abzielen, strukturelle Ungleichheiten zwischen den Vertragsparteien auszugleichen (Schutz der schwächeren Partei). Bereiche, die den Zielen des Zivilrechts fremd sind, fallen somit nicht unter die zivilrechtliche Zuständigkeit des Bundes und erfordern daher eine besondere verfassungsrechtliche Grundlage, um ein Eingreifen des Bundes zu rechtfertigen. 18

Die typologische Methode stützt sich somit auf ähnliche Kriterien wie jene, die der Interessentheorie zugrunde liegen (N. 11). Diese Methode ist **zu befürworten**, da die Abgrenzung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht zwangsläufig einen differenzierten und pragmatischen Ansatz erfordert. Und unter Berücksichtigung des mit der betreffenden Norm verfolgten Ziels fügt sich die typologische Methode besser in diesen Ansatz ein. 19

Die typologische Methode kann beispielsweise erklären, warum der Bund das **Bundesgesetz über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland (BEG)** auf die Bundeskompetenz zur Gesetzgebung im Bereich des Privatrechts gestützt hat. Tatsächlich betont der Bundesrat in der Botschaft zum LFAIE, dass die im LFAIE enthaltenen Einschränkungen ausreichend mit einem klassischen Bereich des Privatrechts, nämlich dem Eigentum, 20

verbunden sind, sodass dieses Gesetz auf Art. 64 Abs. 2 aBV (jetzt Art. 122 Abs. 1, 1. Teil, BV) gestützt werden kann .

21 Nach unserem Kenntnisstand scheint die typologische Methode jedoch (noch) nicht ausdrücklich in die Bundesrechtsprechung übernommen worden zu sein. Ungeachtet der Tatsache, dass das Bundesgericht diese Methode nicht ausdrücklich befürwortet, verfolgt es dennoch eine Argumentation, die dieser **sehr** nahekommt. Denn abgesehen davon, dass es sich weigert, nur ein einziges Unterscheidungskriterium zu berücksichtigen, prüft unser oberstes Gericht den Kontext, in den sich eine Norm einfügt, um diese als privatrechtliche oder öffentlich-rechtliche Regel einordnen zu können.

B. Bundeszuständigkeit im Bereich des Zivilprozessrechts (Art. 122 Abs. 1, 2. Teil, BV)

22 Seit der 1999 eingeleiteten Justizreform (N. 4) ist der Bund für die Gesetzgebung im Bereich des Zivilprozessrechts zuständig. Wie bereits erwähnt (Anm. 6), besteht die Zuständigkeit des Bundes nicht parallel zu der der Kantone. Vielmehr handelt es sich um eine **konkurrierende Zuständigkeit mit nachträglicher Abweichungsbefugnis**. Der Bund hat von dieser Zuständigkeit durch den Erlass der Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (ZPO) in vollem Umfang Gebrauch gemacht. Bevor der Bund die Gesetzgebungskompetenz im Bereich des Zivilprozessrechts erhielt, gab es jedoch bereits ein „ ungeschriebenes Zivilprozessrecht des Bundes“, das sich aus der Rechtsprechung des Bundesgerichts sowie aus verschiedenen, in der Bundesgesetzgebung verstreuten Verfahrensbestimmungen ergab. Diese Normen stützten sich auf den ungeschriebenen Verfassungsgrundsatz, wonach der Bund die Gesetzgebungskompetenz im Bereich des Zivilprozessrechts hatte, soweit dies für die Umsetzung des materiellen Zivilrechts unerlässlich war.

23 Unter **Zivilprozess** ist nicht nur das Verfahren zu verstehen, das darauf abzielt, mit der Rechtskraft über relative oder absolute Privatrechte zu entscheiden und das im kontradiktorischen Verfahren abläuft, d. h. das streitige Zivilverfahren (dem in der Regel eine Schlichtungsphase zwischen den Parteien vorausgeht) (Art. 1 Bst. a ZPO), sondern auch die Vorschriften, die der Vollstreckung von Urteilen dienen, die sich nicht auf Geldleistungen oder die Stellung von Sicherheiten beziehen (die Vollstreckung von Entscheidungen, die zur Zahlung eines Geldbetrags oder zur Stellung von

Sicherheiten verpflichten, ist im Bundesgesetz vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs [SchKG] geregelt [Art. 38 Abs. 1 SchKG]). Ebenfalls Teil des Zivilverfahrens – und somit der Zuständigkeit des Bundes in diesem Bereich – sind die Vorschriften über gerichtliche Entscheidungen in Zivilsachen im freiwilligen Rechtsschutz (Art. 1 Bst. b ZPO).

Die **Schiedsgerichtsbarkeit** – sei sie innerstaatlich (vgl. Art. 1 Bst. d und 353 ff. ZPO) oder international (vgl. Art. 176 ff. des Bundesgesetzes vom 18. Dezember 1987 über das internationale Privatrecht [IPRG]) – fällt ebenfalls unter das Zivilverfahren. Die **zivilrechtliche Mediation** hingegen ist kein Teil des Zivilverfahrens. Dies ist letztlich logisch, da diese beiden alternativen Formen der Streitbeilegung unterschiedliche Ziele verfolgen: Während die Schiedsgerichtsbarkeit zu einer verbindlichen Entscheidung führt, die einen Rechtsstreit entscheidet und die einem Urteil staatlicher Gerichte gleichgestellt ist und dieselben Wirkungen entfaltet (insbesondere die Rechtskraft und die Vollstreckbarkeit [für die innerstaatliche Schiedsgerichtsbarkeit, vgl. Art. 387 ZPO und für das internationale Schiedsverfahren vgl. Art. 190 Abs. 1 und 193 Abs. 2 IPRG]), hat die Mediation hingegen zum Ziel, eine gütliche Einigung in einer Streitigkeit zu erzielen. Somit bleiben die Kantone grundsätzlich für die Gesetzgebung im Bereich der zivilrechtlichen Mediation zuständig. Einige Kantone (z. B. Genf oder Neuenburg) haben diesbezüglich bereits spezielle Regelungen erlassen. Bei der Ausübung ihrer Regelungsbefugnisse müssen die Kantone jedoch darauf achten, dass sie die Anforderungen des Bundesrechts gemäss Art. 213 ff. ZPO einhalten, insbesondere die Anforderung, die Freiheit der Parteien bei der Gestaltung ihrer Mediation nicht einzuschränken (vgl. Art. 215 ZPO). 24

Die Kantone dürfen fortan nur dann zivilprozessuale Vorschriften erlassen, wenn dies in der ZPO **ausdrücklich** vorgesehen ist. Solche ausdrücklichen Vorbehalte finden sich z. B. in Art. 4 ZPO (sachliche und funktionale Zuständigkeit der Gerichte), in Art. 6 ZPO (Möglichkeit zur Einrichtung eines Handelsgerichts), in Art. 68 Abs. 2 Bst. b ZPO (berufliche Vertretung durch patentierte Geschäfts- und Rechtsbeistände) oder auch in Art. 96 ZPO (Abs. 1: Festsetzung der Gerichtskosten und der Prozesskosten sowie Abs. 2: Möglichkeit, die Abführung der Prozesskosten zugunsten der Rechtsanwälte vorzusehen). 25

Die Kantone bleiben hingegen uneingeschränkt zuständig für die Regelung des **Verwaltungsverfahrens**, das vor einer kantonalen Behörde 26

durchgeführt werden muss. Gleiches gilt für das Verfahren in Zivilsachen, das von einer kantonalen Verwaltungsbehörde zu behandeln ist (Art. 54 Abs. 3 Schlusstitel ZGB). So sind die Kantone beispielsweise für die Regelung des Verfahrens bei einer Namensänderung (Art. 30 ZGB) oder einer Adoption (Art. 268 ZGB) zuständig, sofern die zuständige kantonale Behörde eine Verwaltungsbehörde ist.

C. Kantonale Zuständigkeit in Bezug auf die Gerichtsorganisation und die Verwaltung der Zivilgerichtsbarkeit (Art. 122 Abs. 2 BV)

1. Inhalt

27 Seit der Justizreform von 1999 (N. 4) haben wir gesehen, dass der Bund die Gesetzgebungskompetenz im Bereich des Zivilprozessrechts im eigentlichen Sinne erhalten hat. Die Gesetzgebungskompetenz in Bezug auf die Gerichtsorganisation und die Verwaltung der Zivilgerichtsbarkeit ist jedoch weiterhin bei den **Kantonen** verblieben.

28 Unserer Ansicht nach hat die**Rechtspflege in Zivilsachen** keine eigenständige Bedeutung im Verhältnis zur Gerichtsorganisation, da sie sich aus dieser ableitet und somit in diesem Begriff enthalten ist. Zwar könnte der deutsche Wortlaut von Art. 122 Abs. 2 BV, der von *„Rechtsprechung in Zivilsachen*“ spricht, auf den ersten Blick den Eindruck erwecken, dass dieser Begriff im Verhältnis zur Gerichtsorganisation eine eigenständige Existenz habe. Dies ist im Übrigen die Auffassung, die von einigen Autoren vertreten wird. Bei näherer Betrachtung wird jedoch auch der Kausalzusammenhang mit der zivilrechtlichen Gerichtsorganisation deutlich: Denn es erscheint logisch, dass die Zivilgerichte – die nach kantonalem Recht organisiert sind – am Ende des Zivilprozesses das Zivilrecht „verkünden“ müssen.

29 Die kantonale Zuständigkeit für die **Gerichtsorganisation** – die auch in Art. 3 ZPO bekräftigt wird – bedeutet, dass die Kantone insbesondere für die Regelung folgender Angelegenheiten zuständig sind:

- die Zusammensetzung der Gerichte, d. h. die Frage, ob das Gericht aus einem Einzelrichter besteht (was in erster Instanz bei „kleinen“ Rechtssachen, also Fällen ohne grosse rechtliche Schwierigkeiten, häufig der Fall ist) oder ob es sich um ein Kollegialgericht handelt (was in zweiter

Instanz sowie in erster Instanz bei komplexeren Rechtssachen die Regel ist);

- die für die Ausübung des Richteramtes erforderliche berufliche Ausbildung, wobei das Bundesverfassungsrecht jedoch nicht vorschreibt, dass ein Richter zwingend über eine juristische Ausbildung verfügen muss. Den Kantonen stünde es somit frei, nach dem Vorbild einer Richterakademie einen spezifischen Ausbildungsgang für Berufsrichter einzurichten;
- das Wahlverfahren für Richter. Die Kantone können daher die Voraussetzungen für die Wählbarkeit von Richtern (z. B. Beherrschung der Amtssprachen des Kantons, Wohnsitz usw.) frei festlegen sowie die Behörden (Volk, Kantonsparlament, Kantonsregierung oder auch Obergericht) bestimmen, die für die Wahl der Richter zuständig sind;
- die Zuweisung von Rechtssachen innerhalb der verschiedenen kantonalen Gerichte, z. B. die Zuweisung bestimmter komplexer Rechtsstreitigkeiten an eine Fachkammer innerhalb eines ordentlichen Gerichts oder die Einrichtung von Sondergerichten für bestimmte Rechtssachen (z. B. Arbeitsgerichte, Mietgerichte oder Handelsgerichte [im Rahmen der durch Art. 6 ZPO]); oder auch
- die territoriale Organisation (z. B. in Bezirke oder Kreise) und die Bezeichnung der Gerichte (z. B. „Friedensgericht", „Kantonsgericht", „Gerichtshof" usw.).

2. Einschränkungen

a. Allgemein

Generell muss die Gerichtsorganisation der Kantone die Anwendung des Zivilrechts (materielles und prozessuales Recht) ermöglichen. Daher dürfen die Kantone keine Vorschriften zur Gerichtsorganisation erlassen, die die Anwendung des Zivilrechts **verhindern** würden. 30

b. Verfassungsrechtliche und konventionelle Einschränkungen

Die **B BV**B sowie die Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (**B EMRK**B) enthalten ebenfalls mehrere Bestimmungen, die die kantonale Zuständigkeit im Bereich der 31

zivilrechtlichen Gerichtsorganisation einschränken. Zu nennen sind beispielsweise folgende Normen:

- Art. 29 Abs. 1 BV, der den Kantonen vorschreibt, eine Gerichtsorganisation einzurichten, die ausreichend effizient ist, um dem Grundsatz der zügigen Rechtspflege gerecht zu werden;
- Art. 29*a* BV, der jeder Person das Recht garantiert, dass ihre Sache von einer gerichtlichen Instanz entschieden wird, die über eine umfassende Prüfungsbefugnis in Sach- und Rechtsfragen verfügt;
- Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Abs. 1 EMRK, wonach jede Person, deren Sache in einem Gerichtsverfahren entschieden werden muss, das Recht hat, dass ihre Sache vor einem gesetzlich eingerichteten, unabhängigen und unparteiischen Gericht verhandelt wird; oder auch
- Art. 191*b* Abs. 1 BV – der Art. 29*a* BV konkretisiert – der die Kantone verpflichtet, Justizbehörden zur Behandlung zivilrechtlicher Streitigkeiten einzurichten; die Kantone dürfen die Behandlung solcher Streitigkeiten somit nicht Verwaltungsbehörden übertragen. Diese Bestimmung bringt jedoch keine weiteren Einschränkungen der kantonalen Souveränität in Bezug auf die Gerichtsorganisation mit sich (N. 27).

c. Einschränkungen aufgrund von Bundesgesetzen

32 Spezifische Einschränkungen der Zuständigkeit der Kantone im Bereich der zivilrechtlichen Gerichtsorganisation können schliesslich aus einem **formellen Bundesgesetz** im Sinne von Art. 164 BV resultieren. Denn Art. 122 Abs. 2 BV sieht ausdrücklich vor, dass die Gerichtsorganisation in die Zuständigkeit der Kantone fällt, „sofern das Gesetz nichts anderes bestimmt ". Dieser Vorbehalt zugunsten des Bundes darf jedoch nicht als Freibrief verstanden werden, der es diesem erlaubt, nach Belieben in die Gerichtsorganisation der Kantone einzugreifen. Denn der Bund darf in die kantonale Organisation nur insoweit eingreifen, als dies zur Gewährleistung einer einheitlichen Anwendung des Zivilrechts (materielles oder Verfahrensrecht) erforderlich ist. Mit anderen Worten: Will der Bund in einer Angelegenheit gesetzgeberisch tätig werden, die in den Bereich der zivilrechtlichen Gerichtsorganisation fällt, muss er berechtigte Befürchtungen hegen, dass die kantonale Organisation die Anwendung des Bundeszivilrechts verhindern oder zumindest erschweren würde. Die blosse Tatsache, dass eine

Harmonisierung auf Bundesebene wünschenswert oder angemessener wäre, würde daher für sich allein genommen kein Eingreifen des Bundesgesetzgebers rechtfertigen. Im Übrigen kann der Bundesgesetzgeber die kantonale Zuständigkeit im Bereich der zivilrechtlichen Gerichtsorganisation nur einschränken – und nicht vollständig aufheben. Als Beispiele für gesetzliche Einschränkungen der kantonalen Zuständigkeit im Bereich der zivilrechtlichen Gerichtsorganisation auf Bundesebene lassen sich insbesondere folgende nennen:

- Art. 75 Abs. 2 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG), wonach die Kantone im Zivilrecht ein zweistufiges Verfahren einrichten müssen;
- Art. 200 ZPO, der die Kantone verpflichtet, paritätische Schlichtungsbehörden für Streitigkeiten im Zusammenhang mit Miet- oder Pachtverhältnissen von Wohn- oder Geschäftsräumen sowie für Streitigkeiten vorzusehen, die unter das Bundesgesetz vom 24. März 1995 über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz [GlG]) fallen;
- Art. 5 Abs. 1 ZPO, der die Kantone verpflichtet, in bestimmten Bereichen eine einheitliche gerichtliche Instanz einzurichten;
- Art. 6 Abs. 2 ZPO, der die Voraussetzungen festlegt, unter denen ein Rechtsstreit als Handelssache gilt und somit einem Handelsgericht vorgelegt werden kann, wobei die Kantone ihren Handelsgerichten auch bestimmte internationale Handelssachen zuweisen können (vgl. Art. 6 Abs. 4 Bst. c ZPO);
- Art. 8 Abs. 1 ZPO, der die Voraussetzungen festlegt, die erfüllt sein müssen, damit eine Klage direkt vor das kantonale Obergericht gebracht werden kann; oder
- Art. 47 ZPO, der die Ablehnungsgründe für Richter vorschreibt.

Schliesslich ist anzumerken, dass die durch die letzte Revision der ZPO 33
eingeführten Änderungen (Verbesserung der Praktikabilität und der Rechtsanwendung), die am 1. Januar 2025 in Kraft getreten sind, zwar nicht unmittelbar in die kantonalen Gerichtsorganisationen eingreifen, jedoch in diesem Bereich unter Umständen Anpassungen erfordern können (z. B. in Kantonen, in denen es bereits Handelsgerichte gibt) . Diese Änderungen sind somit **verfassungsmässig**, da sie auf der umfassenden Zuständigkeit des

Bundes im Bereich des Zivilprozessrechts beruhen und die grundsätzlich kantonale Zuständigkeit für die Organisation der Zivilgerichte wahren.

Über den Autor

Damien Oppliger, Dr. iur. und zugelassener Rechtsanwalt, ist als wissenschaftlicher Mitarbeiter in der Abteilung Zivilrecht und Zivilprozessrecht des Bundesamtes für Justiz (BJ) in Bern.

Der Autor dankt Herrn Philipp Weber, lic. iur., Rechtsanwalt und Leiter des Referats Zivilrecht und Zivilprozessrecht beim BJ, für seine wertvollen Kommentare und Anmerkungen. Es wird jedoch darauf hingewiesen, dass die in diesem Kommentar geäußerten Meinungen die persönlichen Ansichten des Autors sind und nicht das BJ verpflichten.

EMPFOHLENE WEITERFÜHRENDE LEKTÜRE

Knapp Blaise, Commentaire de l'art. 64 aCst., in : Aubert Jean-François/Cagianut Francis/Höhn Ernst/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (édit.), Kommentar zur Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29.5.1874, Bâle 1987–1996.

Marti Arnold, Remarques préliminaires aux art. 5–6 CC, in : Baumann Max et al. (édit.), Zürcher Kommentar, Einleitung, Art. 1–7 ZGB, 3e éd., Zurich 1998.

Pradervand-Kernen Maryse, Commentaire de l'art. 5 CC, in : Pichonnaz Pascal/Foëx Bénédict/Fountoulakis Christiana (édit.), Commentaire romand, Code civil I, 2e éd., Bâle 2023.

Russo Alfio, Les modes de désignation des juges – Étude de droit constitutionnel suisse et comparé, Bâle 2021.

Schweizer Rainer J., Entstehung und Entwicklung des schweizerischen Föderalismus, in : Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (édit.), Verfassungsrecht der Schweiz/Droit constitutionnel suisse, Vol. I, Zurich 2020.

Widerkehr René/Richli Paul, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts, Vol. I, Berne 2012.

Zellweger-Gutknecht Corinne, Remarques introductives aux art. 1 ss CO, in : Widmer Lüchinger Corinne/Oser David (édit.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7e éd., Bâle 2020.

LITERATURVERZEICHNIS

Amonn Kurt/Walther Fridolin, Grundriss des Schuldbetreibungs – und Konkursrecht, 9e éd., Berne 2013.

Aubert Jean-François, Commentaire de l'art. 122 Cst., in : Aubert Jean-François/Mahon Pascal (édit.), Petit Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zurich 2003.

Berger Bernhard/Güngerich Andreas/Hurni Christoph/Strittmatter Reto, Zivilprozessrecht, 3e éd., Berne 2025.

Biaggini Giovanni, Commentaire de l'art. 122 Cst., in : Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2e éd., Zurich 2017.

Bovet Christian/Grodecki Stéphane, Commentaire de l'art. 6 CC, in : Pichonnaz Pascal/Foëx Bénédict/Fountoulakis Christiana (édit.), Commentaire romand, Code civil I, art. 1-456 CC, 2e éd., Bâle 2023.

Deutschmann Lennart, Mediation und Gesetzgebung, recht 2025, p. 232–241.

Girsberger Daniel/Voser Nathalie, International Arbitration, Comparative and Swiss Perspectives, 5e éd., Zurich 2024.

Göksu Tarkan, Commentaire de l'art. 122 Cst., in : Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (édit.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, 2e éd., Bâle 2025.

Häfelin Ulrich/Müller Georg/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8e éd., Zurich/St. Gall 2020.

Haldy Jacques, Commentaire de l'art. 1 CPC, in : Bohnet François/Haldy Jacques/Jeandin Nicolas/Schweizer Philippe/Tappy Denis (édit.), Commentaire romand, Code de procédure civile, 2e éd., Bâle 2019.

Hohl Fabienne, Procédure civile, Tome I – Introduction et théorie générale, 2e éd., Berne 2016.

Hottelier Michel, Le rôle du juge dans l'architecture du fédéralisme suisse, in : Papaux van Delden Marie-Laure/Marchand Sylvain/Bernard Frédéric (édit.), Le juge apprécie, Mélanges en l'honneur de Bénédict Foëx, Zurich 2023, p. 95–112.

Hrubesch-Millauer Stephanie/Bosshardt Martina, Die Einleitungsartikel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Art. 1–9 ZGB), 2e éd., Berne 2025.

Karlen Peter/Hänni Julia, Commentaire de l'art. 122 Cst., in : Spühler Karl/Tenchio Luca/Infanger Dominik (édit.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 4e éd., Bâle 2024.

Koller Thomas, Commentaire de l'art. 6 CC, in : Hausheer Heinz/Walter Hans Peter (édit.), Berner Kommentar, Einleitung, Art. 1-9 ZGB, Berne 2012.

Martenet Vincent, Commentaire de l'art. 3 Cst., in : Martenet Vincent/Dubey Jacques (édit.), Commentaire romand, Constitution fédérale, Bâle 2021.

Moor Pierre/Flückiger Alexandre/Martenet Vincent, Droit administratif, Vol. I : Les fondements, 3e éd., Berne 2012.

Müller-Chen Markus/Catrina Ramona, Commentaire de l'art. 122 Cst., in : Ehrenzeller Bernhard et al. (édit.), St. Galler Kommentar, Die schweizerische Bundesverfassung, 4e éd., Zurich 2023.

Piotet Denis, Commentaire de l'art. 122 Cst., in : Martenet Vincent/Dubey Jacques (édit.), Commentaire romand, Constitution fédérale, Bâle 2021.

Piotet Denis, Commentaire de l'art. 1 CPC, in : Chabloz Isabelle/Dietschy-Martenet Patricia/Heinzmann Michel (édit.), Petit commentaire CPC, Code de procédure civile, Bâle 2020.

Trajkova Renata, Das klassische Stiftungsaufsichtsrecht, Grundlagen der Aufsicht über klassische Stiftungen in der Schweiz, Zurich 2024.

Verniory Jean-Marc, Commentaire de l'art. 191*b* Cst., in : Martenet Vincent/Dubey Jacques (édit.), Commentaire romand, Constitution fédérale, Bâle 2021.

Walther Reto, Commentaire de l'art. 5a Cst., in : Schlegel Stefan/Ammann Odile (édit.), Commentaire en ligne de la Constitution fédérale, version du 6.3.2026, https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/bv5a.

MATERIALIENVERZEICHNIS

Message relatif à la révision de la constitution fédérale en vue d'introduire l'unification du droit du 28.11.1896, FF 1896 IV 574 ss, disponible sur https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1896/4_733_574_/fr, consulté le 30.1.2026.

Message concernant la votation fédérale du 13 novembre 1898 (unification du droit) du 3.12.1898, FF 1898 IV 958 ss, disponible sur https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1898/4__958_/fr, consulté le 30.1.2026.

Message relatif à une loi fédérale sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger et à l'initiative populaire « contre le bradage du sol national » du 16.9.1981, FF 1981 III 553 ss, disponible sur https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1981/3_585_553_521/fr, consulté le 30.1.2026.

Message concernant des mesures urgentes en matière de droit foncier dans le secteur urbain du 16.8.1989, FF 1989 III 165 ss, disponible sur https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1989/3_169_165_153/fr, consulté le 30.1.2026.

Message relatif à une nouvelle constitution fédérale du 20.11.1996, FF 1997 I 1 ss, disponible sur https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1997/1_1_1_1/fr, consulté le 30.1.2026.

Arrêté fédéral relatif à la réforme de la justice du 8.10.1999, FF 1999 7831 et s., disponible sur https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1999/1_8633_7831_7454/fr, consulté le 30.1.2026.

Arrêté fédéral sur l'entrée en vigueur intégrale de la réforme de la justice du 12 mars 2000 du 8.3.2005, RO 2006 1059 et s., disponible sur https://www.fedlex.admin.ch/eli/oc/2006/185/fr, consulté le 30.1.2026.

Message relatif au code de procédure civile suisse du 28.06.2006, FF 2006 6841 ss, disponible sur https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2006/914/fr, consulté le 30.1.2026.

Message concernant la modification de la loi fédérale sur le droit international privé (Chapitre 12: Arbitrage international) du 24.10.2018, FF 2018 7153 ss, disponible sur https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2018/2548/fr, consulté le 26.05.2026.

Message relatif à la modification du code de procédure civile suisse (Amélioration de la praticabilité et de l'application du droit) du 26.2.2020, FF

2020 2607 ss, disponible sur https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2020/653/fr, consulté le 27.5.2026.

Recueil systématique du droit fédéral (Partie 2 : Droit privé – Procédure civile – Exécution), disponible sur https://www.fedlex.admin.ch/fr/cc/internal-law/2, consulté le 30.1.2026.

ACHTUNG: Diese Version des Kommentars ist eine automatische maschinelle Übersetzung des Originals. Die Originalversion ist französisch. Die Übersetzung wurde mit www.deepl.com durchgeführt. Nur die Originalversion ist autoritativ. Die übersetzte Form des Kommentars kann nicht zitiert werden.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 123a BV

Eine Kommentierung von Justine Barton / Fabio Burgener

ZITIERVORSCHLAG

Justine Barton/Fabio Burgener, Kommentierung zu Art. 123a BV, in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (Hrsg.), Onlinekommentar zur Bundesverfassung

Kurzzitat: OK-Barton/Burgener, art. 123a BV N XXX.

Art. 123*a*

[1] Wird ein Sexual- oder Gewaltstraftäter in den Gutachten, die für das Gerichtsurteil nötig sind, als extrem gefährlich erachtet und nicht therapierbar eingestuft, ist er wegen des hohen Rückfallrisikos bis an sein Lebensende zu verwahren. Frühzeitige Entlassung und Hafturlaub sind ausgeschlossen.

[2] Nur wenn durch neue, wissenschaftliche Erkenntnisse erwiesen wird, dass der Täter geheilt werden kann und somit keine Gefahr mehr für die Öffentlichkeit darstellt, können neue Gutachten erstellt werden. Sollte auf Grund dieser neuen Gutachten die Verwahrung aufgehoben werden, so muss die Haftung für einen Rückfall des Täters von der Behörde übernommen werden, die die Verwahrung aufgehoben hat.

[3] Alle Gutachten zur Beurteilung der Sexual- und Gewaltstraftäter sind von mindestens zwei voneinander unabhängigen, erfahrenen

Fachleuten unter Berücksichtigung aller für die Beurteilung wichtigen Grundlagen zu erstellen.

GLIEDERUNG

I. Von der Entstehung des Artikels 123a der Bundesverfassung bis heute 1418
II. Integration von Art. 123a der Bundesverfassung in die schweizerische Rechtsordnung und strafpolitische Herausforderungen 1421
III. Kommentar im engeren Sinne 1426
A. Fehlen eines Randtitels 1426
B. Absatz 1 Satz 1: Voraussetzungen für die Anordnung der lebenslangen Verwahrung 1427
1. Ein „Sexual- oder Gewaltstraftäter“ 1427
2. Ein „äußerst gefährlicher“ Mensch 1428
3. Ein „nicht therapierbarer“ Mensch 1428
C. Absatz 1 Satz 2: Ausschluss von Erleichterungen während der Vollstreckung der lebenslangen Verwahrung 1431
D. Absatz 2 Satz 1: Voraussetzungen für die Aufhebung der lebenslangen Verwahrung 1432
E. Absatz 2 Satz 2: Haftung der Behörde, die die Aufhebung der Verwahrung anordnet 1442
F. Absatz 3: Anforderungen an Gutachten 1444
Empfohlene weiterführende Lektüre 1446
Literaturverzeichnis 1446
Lehre 1446
Materialien 1452

I. VON DER ENTSTEHUNG DES ARTIKELS 123*A* DER BUNDESVERFASSUNG BIS HEUTE

1 Am 3. Mai 2000 reichte die Selbsthilfegruppe „Lumière de l'Espoir – Ensemble contre la violence“ (Licht der Hoffnung – Gemeinsam gegen Gewalt) bei der Bundeskanzlei **die Volksinitiative „Lebenslange Verwahrung für nicht therapierbare, extrem gefährliche Sexual- und Gewaltstraftäter“** mit 194.390 gültigen Unterschriften ein. Diese Initiative stand im Zusammenhang mit den seit Anfang der 1990er Jahre unternommenen Bemühungen, die Gesellschaft vor einigen inhaftierten Personen zu schützen, bei denen das Risiko eines Rückfalls bei Urlaub oder bedingter Entlassung besteht. Sie forderte eine Teilrevision der Bundesverfassung, die es ermöglicht, für diese als sehr gefährlich eingestufte Gruppe von Personen eine lebenslange Verwahrung ohne Urlaub einzuführen.

2 In der **Botschaft von 2001 zu dieser Initiative** wies der Bundesrat darauf hin, dass die Problematik der gefährlichen Personen eher in der Schwere der begangenen Taten und dem zugefügten Schaden für andere Personen liege als in ihrer Anzahl. Die Regierung erkannte auch an, dass die Forderung nach einem besseren Schutz der Gemeinschaft vor dem Rückfallrisiko, das von diesen Personen ausgeht, immer dringlicher wird. Wie dieses Ziel erreicht werden sollte, war jedoch nicht klar. Denn die Begehung einer schweren Straftat bedeutete nicht zwangsläufig, dass ein Wiederholungsrisiko bestand. Wenn sich die Mehrheit der Personen bessert, besteht bei jeder Entlassung ein Wiederholungsrisiko. Die Durchführung psychiatrischer Gutachten konnte dieses Risiko zwar verringern, aber nicht vollständig ausschließen. Es stellte sich daher die Frage, ob die Allgemeinheit verpflichtet werden kann, dieses Restrisiko zu tolerieren.

3 Nach Ansicht des Bundesrates war die Umsetzung des vorgeschlagenen Verfassungsartikels mit **erheblichen Schwierigkeiten** verbunden und könnte zu ungerechten Situationen führen. Der Bundesrat war dennoch der Ansicht, dass Art. 123*a* der Bundesverfassung mit den zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts, insbesondere des UNO-Pakts II und der EMRK, vereinbar sei. Die Reibungspunkte mit den internationalen Normen, insbesondere der EMRK, könnten durch eine extensive Auslegung gelöst werden, die teilweise dem Willen der Initiant*innen des in der

Verfassungsnorm vorgesehenen Verfahrens zur Freilassung zuwiderläuft. Auf dieser Grundlage beschloss die Regierung, die Initiative Volk und Ständen ohne Gegenentwurf zur Abstimmung vorzulegen und ihre Ablehnung zu empfehlen.

Bei der **Revision des allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches, die ebenfalls Anfang der 2000er Jahre** durchgeführt wurde, war einer der im Parlament diskutierten Punkte eine neue Form der Sicherheitsverwahrung, die für alle Personen gilt, die schwere Straftaten begangen haben und rückfällig werden könnten (siehe Art. 64 Abs. 1 und 2 bis 4, 64*a)* und 64*b)* StGB). Das Parlament hat bei der Gesetzgebung die Ziele der Initiantinnen und Initianten berücksichtigt und diese Änderung des Strafgesetzbuches als indirekten Gegenvorschlag zur Initiative präsentiert. Trotz dieser im Dezember 2002 verabschiedeten Gesetzesänderung und trotz der Diskussionen zwischen den Mitgliedern der Rechtskommission des Nationalrats und den Initiantinnen und Initianten haben diese sich geweigert, ihre Initiative zurückzuziehen. Im Juni 2003 empfahlen sowohl der Nationalrat als auch der Ständerat dem Volk und den Kantonen, die Initiative abzulehnen. 4

Zum Zeitpunkt der Abstimmung lauteten die **wichtigsten Argumente der Initiantinnen und Initianten**, dass (i) der Gesetzgeber es bisher versäumt habe, die Gesellschaft vor Sexual- und Gewaltstraftätern zu schützen, die als nicht therapierbar und sehr gefährlich eingestuft werden, (ii) einige von ihnen nach einer Haftentlassung oder vorzeitigen Entlassung aufgrund psychiatrischer Fehldiagnosen rückfällig wurden und (iii) die Verwahrung nur dann überdacht werden sollte, wenn „neue wissenschaftliche Erkenntnisse" belegen, dass die Person so behandelt werden kann, dass sie keine Gefahr mehr für die Gesellschaft darstellt. Die Annahme der Initiative würde es somit ermöglichen, Lücken in der damals geltenden Gesetzgebung für sogenannte nicht therapierbare Straftäter zu schließen, ohne eine jährliche Überprüfung von als therapierbar geltenden Straftätern zu verbieten. Im Gegensatz dazu argumentierte der **Bundesrat,** dass die im Dezember 2002 verabschiedeten Änderungen des Strafgesetzbuches einen umfassenden und wirksamen Schutz der Gesellschaft vor gefährlichen Straftätern gewährleisten würden. Die Initiative verfehle ihr Ziel, sei unvollständig und verhindere die Freilassung von Personen, selbst wenn diese nicht mehr gefährlich seien· Die Mehrheit der politischen Parteien teilte die Ansicht des Bundesrates. 5

6 Am 8. Februar 2004 wurde die Volksinitiative mit 56,2 % der gültigen Stimmen und von 19 Kantonen und 5 Halbkantonen **angenommen**.

7 Art. 123*a* der Bundesverfassung ist in mehreren Punkten auslegungsbedürftig und **nicht direkt anwendbar**. Nach der Abstimmung wurde rasch eine Arbeitsgruppe gebildet, um einen Vorentwurf für Bestimmungen zur Konkretisierung der Verfassungsnorm zu erarbeiten. Die Arbeitsgruppe unter der Leitung des Direktors des Bundesamtes für Justiz und bestehend aus sechs Juristen, zwei Ärzten und zwei ehemaligen Mitgliedern des Initiativkomitees schlug Bestimmungen vor, die den im Dezember 2002 verabschiedeten neuen Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches ergänzen sollten. Nach einem mühsamen Gesetzgebungsverfahren, bei dem es darum ging, den Volkswillen so weit wie möglich **in Einklang zu bringen** mit den internationalen Menschenrechtsverpflichtungen der Schweiz, traten schließlich am 1. August 2003 die Art. 56 Abs. 4, 64 Abs. 1bis, 64*a)* Abs. 1 S. 1, 64*c)*, 65 S. 1, 84 Abs. 6^{bis,} 90 Abs. 4ter, 380*a und* 387 Abs. 1bis StGB sind schließlich am 1· August 2008 in Kraft getreten. Während der Hauptsitz der Materie nun im Strafgesetzbuch liegt, hauptsächlich in Art. 64 Abs. 1^{bis,} trägt die Untersuchung der Verfassungsbestimmung zur Auslegung des Gesetzestextes bei.

8 Im Jahr 2018 wurden im Nationalrat eine **Interpellation mit** dem Titel „Ist es nicht an der Zeit, die Initiative für eine lebenslange Verwahrung von gefährlichen Straftätern wirklich umzusetzen? » und das **Postulat mit** dem Titel „Lebenslange Verwahrung für gefährliche Straftäter wirklich umsetzen“ wurden im Nationalrat eingereicht. Die Interpellation stellte nach einem Bundesgerichtsentscheid, der eine lebenslange Verwahrung aufhob, die Frage nach der Angemessenheit der Umsetzungsnormen, um das von der Initiative angestrebte Sicherheitsziel zu erreichen. In seiner Antwort lehnte der Bundesrat es aufgrund des Prinzips der Gewaltentrennung ab, sich zu den Gerichtsentscheidungen zu äußern. Er betonte dann, dass die im Umsetzungsgesetz aufgeführten Bedingungen die in Art. 123*a* der Bundesverfassung festgelegten Bedingungen wiederholten. Schliesslich erinnerte er daran, dass es neben der lebenslangen Verwahrung mehrere strafrechtliche Sanktionen gibt (lebenslange Freiheitsstrafe [Art. 40 Abs. 2 StGB] und ordentliche Verwahrung [Art. 64 Abs. 1 StGB]), die es ermöglichen, eine Person lebenslang ihrer Freiheit zu berauben, wenn ihre Gefährlichkeit und der Schutz der Allgemeinheit dies erfordern. Der oben erwähnte Vorstoss forderte vom Bundesrat die Vorlage eines Zwischenberichts elf Jahre nach

Inkrafttreten der Bestimmungen zur lebenslangen Verwahrung im Strafgesetzbuch. Die Regierung verzichtete aufgrund der geringen Anzahl von Fällen, die von einer möglichen Anwendung der Maßnahme betroffen sind. Der Nationalrat gab diesen beiden parlamentarischen Vorstössen keine Folge. Im Juni 2022 lehnte die grosse Kammer ein neues Postulat ab, das 2020 mit dem gleichen Wortlaut wie das erste eingereicht worden war.

Bis Ende März 2025 wurde in der Schweiz **nur eine Person endgültig zu lebenslanger** Verwahrung verurteilt. Diese Massnahme wurde 2010 vom *Bezirksgericht* Weinfelden (Thurgau) angeordnet. Zum Zeitpunkt der Veröffentlichung dieses Beitrags hatte der Verurteilte etwas mehr als die Hälfte seiner 20-jährigen Freiheitsstrafe verbüßt, nach der seine lebenslange Verwahrung beginnen wird. Andere erst- und zweitinstanzliche Gerichte haben eine solche Sanktion verhängt, bevor das Bundesgericht sie wegen Verletzung des Bundesrechts aufhob. In Urteilen, gegen die keine Beschwerde beim Bundesgericht eingelegt wurde, vertraten auch die bernischen und zugerischen Berufungsgerichte sowie das erstinstanzliche Strafgericht in Genf die Auffassung, dass die von der Staatsanwaltschaft geforderten Voraussetzungen für eine lebenslange Verwahrung nicht erfüllt seien. 9

II. INTEGRATION VON ART. 123*A* DER BUNDESVERFASSUNG IN DIE SCHWEIZERISCHE RECHTSORDNUNG UND STRAFPOLITISCHE HERAUSFORDERUNGEN

Die lebenslange Verwahrung, die in erster Linie darauf abzielt, die Gemeinschaft vor einer Handvoll als besonders gefährlich eingestufter Personen zu schützen, verstärkt einige der **Spannungen, die die schweizerische Rechtsordnung** durchziehen. Art. 123*a* der Bundesverfassung schwächt grundlegende Aspekte des Strafrechts und drängt die Garantien der Menschenrechte an den Rand. 10

Genau wie die Revision des allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches von 2007 tragen auch Art. 123*a* der Bundesverfassung und seine Umsetzungsbestimmungen dazu bei, das von Carl Stooss konzipierte dualistische System zu verzerren, indem sie die **konkrete Unterscheidung zwischen den verschiedenen freiheitsentziehenden** Sanktionen, die im Schweizer Recht vorgesehen sind, noch **verwischen**. Grundsätzlich sollten 11

sich Strafen und Massnahmen ergänzen und nicht überlagern. Die Verwahrungsmassnahme (Art. 64 Abs. 1 StGB) weist jedoch «eine grosse Ähnlichkeit» mit der Freiheitsstrafe auf, so dass «die Trennung zwischen [beiden] in der Praxis nicht klar aufrechterhalten werden kann». Für das Bundesgericht, dessen Argumentation vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) bestätigt wurde, unterscheidet sich die ordentliche Verwahrung von der Strafe dadurch, dass erstere auf der Gefährlichkeit des Täters beruht, während letztere entsprechend seiner Schuld festgelegt wird. Dennoch kann die Maßnahme wie die Strafe nur von einer urteilenden Behörde als strafrechtliche Sanktion nach einer Straftat verhängt werden. Darüber hinaus hat die Verwahrung aufgrund ihrer unbegrenzten Dauer, ihrer Vollstreckung in einer geschlossenen Strafanstalt (siehe Art. 64 Abs. 4 und 76 Abs. 2 StGB) und der damit verbundenen schweren Beeinträchtigung der Freiheit und der Persönlichkeitsrechte einen unbestreitbaren Strafcharakter. Umgekehrt ist das Sicherheitsziel nicht auf die Massnahmen beschränkt (vgl. Art. 75 Abs. 1 StGB). Die Strafe soll nicht nur ein Verschulden des Täters ausgleichen, denn das Strafrecht dient nicht in erster Linie der Vergeltung, sondern der Verhütung von Straftaten.

12 Das Bundesgericht und der EGMR haben die ordentliche Verwahrung daher als **„Strafe" im Sinne von Art. 7 Abs. 1 EMRK** qualifiziert, obwohl letztere im innerstaatlichen Recht eine „Maßnahme" ist. Unserer Meinung nach erfüllt Art. 64 Abs. 1$^{\text{bis des}}$ StGB aufgrund seines „quasi irreversiblen" Charakters *a fortiori* die Kriterien zur Definition des autonomen Begriffs „Strafe", die von der Straßburger Rechtsprechung festgelegt wurden. Ohne sich unbedingt auf die EMRK zu beziehen, sind der Bundesrat und ein Teil der Lehre der Ansicht, dass die (lebenslange) Verwahrung aus ähnlichen Gründen eine Strafe darstellt.

13 Angesichts des Vorstehenden stellt sich insbesondere die Frage nach der Einhaltung des **Grundsatzes der Schuld** (*nulla poena sine culpa;* Art. 19 Abs. 1 StGB) und der **Regeln zur Strafzumessung** (Art. 47 StGB). Wenn die Verwahrung (auf Lebenszeit) tatsächlich eine Strafe im Sinne von Art. 7 EMRK ist, werden die von einer solchen Maßnahme betroffenen Personen „für das bestraft, was sie getan haben (die Tat), aber auch und vor allem für das, was sie sind (das Wesen)", da der persönliche Zustand des Täters hier „der entscheidende Faktor" ist. Wenn der Täter jedoch für strafrechtlich unzurechnungsfähig erklärt, aber dennoch interniert wird (siehe Art. 19 Abs. 3

StGB), was bleibt dann von seiner Schuld übrig, wenn nicht seine Persönlichkeit? Dieses „zugrundeliegende Problem, das von der Strafrechtslehre noch nicht behandelt und noch weniger gelöst wurde", könnte eine Verletzung des in Art. 7 Abs. 1 EMRK verankerten Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit der Strafen nach sich ziehen, sofern dieser anwendbar ist. 7 Abs. 1 EMRK, sofern anwendbar. Nach der Rechtsprechung des EGMR steht das Fehlen einer „Verurteilung", d. h. einer Schuldigsprechung, der Einstufung als „Strafe" im Sinne der Konvention nicht entgegen.

Art. 123*a* der Bundesverfassung untergräbt auch die Kohärenz des schweizerischen Sanktionssystems, da das Gesetz die **gleichzeitige Verhängung einer Verwahrung (lebenslang) und einer lebenslangen** Freiheitsstrafe zulässt (Art. 40 Abs. 2 S. 2 StGB; vgl. Art. 57 StGB). Trotz des monistischen Charakters der lebenslangen Freiheitsstrafe und der Tatsache, dass sie ein „funktionales Äquivalent" zur ordentlichen Verwahrung darstellt, spricht in der Praxis nichts dagegen, sie gemäß der Rechtsprechung zusammen anzuordnen (vgl. Art. 64 Abs. 3, 64*a)* Abs. 1 und 86 Abs. 1 StGB). Hinsichtlich ihrer unterschiedlichen Vollzugs- und Entlassungsbedingungen (vgl. Art. 64*c und* 86 Abs. 1 StGB) hat sich das Bundesgericht hingegen kritischer gezeigt, was die Möglichkeit betrifft, den Vollzug einer lebenslangen Verwahrung mit dem Vollzug der gegebenenfalls vorausgehenden lebenslangen Freiheitsstrafe zu verbinden (Art. 64 Abs. 2 StGB) indem er bestätigte, dass eine «koordinierte Lösung ausgeschlossen erscheint». 14

Der Bundesrat hielt es auch für notwendig, «die Form des Vollzugs bei einer lebenslangen Freiheitsstrafe mit Verwahrung klarer zu regeln» im Rahmen der **Reform der lebenslangen Freiheitsstrafe**, die als Antwort auf die Postulate Caroni und Rickli eingeleitet wurde. In ihrem Vorentwurf vom 2. Juni 2023 schlug die Exekutive vor, dass der Freiheitsentzug zunächst nach den Regeln für Freiheitsstrafen vollzogen wird und dann nach einer auf 26 Jahre festgelegten Dauer „der Vollzug nach den für die (lebenslange) Verwahrung geltenden Bestimmungen fortgesetzt wird" (vgl. Art. 64 Abs. 3$^{\text{bis und}}$ 64*c Abs.* 7 VE-StGB). Obwohl der Wille, die Verknüpfung dieser Sanktionen zu regeln, von den meisten Beteiligten der Konsultation begrüßt wurde, mussten noch „Unklarheiten" in der Umsetzungslösung des Bundesrates beseitigt werden. Unter Berücksichtigung der Ergebnisse des am 2. Oktober 2023 abgeschlossenen Konsultationsverfahrens sieht der Entwurf des Bundesrates vom 19. Februar 2025 schließlich die Einführung eines Art. 80*a.* E-StGB vor, 15

damit „bestimmte Aspekte des Freiheitsentzugs unter den Bedingungen der Verwahrung vollzogen werden können". Gemäß dieser neuen Bestimmung, die restriktiver formuliert ist als die des Vorentwurfs, „kann der Gefangene, wenn er zu einer lebenslangen Freiheitsstrafe verurteilt wurde, der Richter zusätzlich eine Verwahrung im Sinne von Art. 64 Abs. 1 oder 1bis angeordnet hat und der Gefangene 25 Jahre der Strafe verbüßt hat, kann er in eine Einrichtung eingewiesen werden, die auf den Vollzug von Verwahrungen spezialisiert ist. Unserer Meinung nach löst keiner dieser Vorschläge die Frage, welche Entlassungsbedingungen bei der gleichzeitigen Verhängung einer lebenslangen Freiheitsstrafe und einer lebenslangen Verwahrung gelten, obwohl genau dies der von der Rechtsprechung festgestellte Stolperstein ist.

16 Mit dem Ziel der Sicherheit, Personen, die als gefährlich eingestuft werden, **endgültig zu neutralisieren**, zeugt Artikel 123*a der* Bundesverfassung zudem von einer sehr alten Angst vor Rückfällen, die Teil des Konzepts eines „Feindstrafrechts" ist. Insbesondere im Zusammenhang mit schweren Straftaten gegen die körperliche und sexuelle Integrität scheint eine der bevorzugten Methoden zur „Verteidigung" der Gesellschaft tatsächlich darin zu bestehen, „unerwünschte" Mitglieder, die nicht oder nicht mehr Teil der Gesellschaft sind, auf strafrechtlichem Wege dauerhaft auszuschließen und ihnen damit den vollen und uneingeschränkten Schutz zu entziehen, den ihnen der Staat eigentlich gewähren sollte. Da immer ein (vermeintliches) kollektives Sicherheitsinteresse im Vordergrund steht, das *a priori* unvereinbar mit der Wahrung der Menschenwürde und der (individuellen) Freiheiten ist, werden die Grundsätze der Universalität und Unbedingtheit der Menschenrechte damit zunichte gemacht. Angesichts des Leidens und der sozialen Ausgrenzung, die den (lebenslang) verwahrten Personen auferlegt werden, zeigt die Annahme von Art. 123*a* BV zeigt eine gewisse Gleichgültigkeit gegenüber dem Schicksal und den Rechten dieser Menschen, die mit den (statistischen) Risiken gerechtfertigt wird, die sie für die Gemeinschaft darstellen. Diese dichotomische und feindselige Sichtweise widerspricht der Theorie, dass die Gesellschaft aus der Gesamtheit ihrer Mitglieder besteht und dass niemand, unabhängig von seinem Handeln, außerhalb des Gesellschaftsvertrags stehen kann. Aus dieser Art, das Zusammenleben und das Gemeinwohl zu denken und zu gestalten, entsteht ein **„paradoxer Widerspruch" zwischen Strafrecht und Menschenrechten**, der sich in der lebenslangen Freiheitsstrafe gut materialisiert; es wird unmöglich, die Grundwerte des Systems zu schützen,

ohne sie gleichzeitig zu verletzen. Die Menschenrechte dringen daher nur am Rande in das Strafsystem ein, da sie insbesondere bei schweren Straftaten nur zur Eindämmung sogenannter „radikaler" oder „extremer" Strafen herangezogen werden. So bestand der Prozess der Umsetzung von Art. 123*a* der Bundesverfassung vor allem darin, die Reichweite einer Verfassungsnorm, die die Grundrechte offensichtlich verletzte, zu begrenzen – manchmal vergeblich.

Für einen Teil der Lehre ähneln lebenslange Freiheitsstrafen aufgrund ihrer Schwere, ihrer neutralisierenden Wirkung und ihrer Unwiderruflichkeit der Todesstrafe. Historisch gesehen ist die **„qualitative Nähe" zwischen der Todesstrafe und lebenslangen** Sanktionen in den Werken von Beccaria deutlich zu erkennen, der sich dafür ausspricht, die Todesstrafe durch eine lebenslange Strafe zu ersetzen, da letztere aufgrund ihrer Dauer wirksamer und grausamer sei. Die Prozesse zur Abschaffung der Todesstrafe in mehreren westlichen Ländern haben diese Verbindung im Laufe des 19. und 20. Jahrhunderts immer wieder reaktiviert; eine lebenslange Strafe hat die Todesstrafe in den meisten von ihnen ersetzt, denn " Wenn man über eine Alternative zur Todesstrafe nachdenkt, besteht die große Sorge nicht darin, die Grundrechte des Verurteilten zu berücksichtigen, sondern die Strafskala nicht zu „schwächen". Forscher*innen und Praktiker*innen sind daher der Ansicht, dass in den Rechtsordnungen, in denen die Vollstreckung der Todesstrafe nicht mehr üblich ist, nur die biologische Tötung abgeschafft wurde, da lebenslange Strafen, die „auf kleiner Flamme" töten, eine andere Art der Todesstrafe sind. 17

Die Verabschiedung von Art. 123*a* der Bundesverfassung, die ein Strafmaß wieder einführt, das auch heute noch unübertroffen zu sein scheint, zeigt, wie wenig sich die Strafrechtsideen seit dem 18. Jahrhundert erneuert haben. Die Annäherung zwischen lebenslanger Verwahrung und Todesstrafe trägt jedoch zur **Normalisierung anderer Freiheitsstrafen von unbestimmter Dauer** bei, indem sie die lebenslange Freiheitsstrafe (Art. 40 Abs. 1 und 2 StGB), die ordentliche Verwahrung (Art. 64 Abs. 1 StGB) und die stationäre therapeutische Massnahme (Art. 59 Abs. 3 StGB). Da es sich um die „schwerste" dieser Sanktionen handelt und die *ultima ratio* darstellt, wird die Schwere dieser anderen Sanktionen durch die lebenslange Verwahrung tendenziell verschleiert, da sie einen Großteil der Erwartungen ihrer Befürworter und der Bedenken ihrer Gegner auf sich zieht. Die Zustimmung 18

zur Volksinitiative für eine lebenslange Verwahrung zeigt, dass die Mehrheit des Volkes und der Kantone das bestehende Strafarsenal für unzureichend hielt und dass nur diese neue, unbefristete Maßnahme die Gesellschaft schützen könnte. Im Gegenzug wurde gegen Art. 123*a* der Bundesverfassung und seine Umsetzungsbestimmungen oft das Argument vorgebracht, dass die einmalige – oder kumulative (siehe Art. 57 StGB) – Verhängung anderer unbefristeter Sanktionen bereits erlaube, eine als gefährlich eingestufte Person bis zu ihrem Tod zu neutralisieren. Trotz ihrer Unterschiede folgen diese Sanktionen jedoch alle in unterschiedlichem Maße einer ähnlichen Logik wie die lebenslange Verwahrung; sie bauen auf demselben „Gedankensystem" auf und führen angesichts ihrer zeitlichen Unbegrenztheit zu ähnlichen Auswirkungen und Risiken einer Verletzung der Grundrechte. Art. 123*a* BV trägt somit dazu bei, das Spektrum der Strafpraktiken zu erweitern, die heute als akzeptabel gelten, um schwere Straftaten zu bestrafen und zu verhindern; über seine Existenz hinaus verankert er den Grundsatz der Anwendung von Sanktionen ohne Ende.

III. KOMMENTAR IM ENGEREN SINNE

A. Fehlen eines Randtitels

19 Art. 123*a* der Bundesverfassung ist die einzige Bestimmung der Bundesverfassung, die **keinen Randtitel** enthält. Biaggini bezeichnet sie als «*das namenlose Sorgenkind*». Diese Anomalie erklärt sich dadurch, dass die Initiant*innen bei der Ausarbeitung des ausgearbeiteten Entwurfs der Volksinitiative keinen Randtitel für den Artikel vorgesehen haben (nicht zu verwechseln mit dem Titel der Initiative) (vgl. Art. 139 Abs. 2 Satz 2 BV). Bei der Vorprüfung der Initiative durch die Bundeskanzlei scheint diese Unterlassung – ohne jegliche formale Konsequenz – keinen Austausch mit den Initiant*innen ausgelöst zu haben. Nach der offiziellen Veröffentlichung der Initiative und der gleichzeitigen Einleitung der Unterschriftensammlung (Art. 139 Abs. 1 BV) war die Hinzufügung eines Randtitels – also eines Auslegungselements des Textes, das Teil des Verfassungsartikels ist – nicht mehr möglich (siehe Art. 139 Abs. 5 S. 1 BV und Art. 99 ParlG, zum Verbot der Abänderung des Wortlauts einer Volksinitiative).

B. Absatz 1 Satz 1: Voraussetzungen für die Anordnung der lebenslangen Verwahrung

Art. 123*a Abs.* 1 Satz 1 BV sieht vor, dass ein „Sexual- oder Gewaltstraftäter" **lebenslang verwahrt** werden muss, wenn das dem Urteil zugrunde liegende Gutachten ihn als „hochgefährlich" und „nicht therapierbar" einstuft. 20

1. Ein „Sexual- oder Gewaltstraftäter"

Gemäß Verfassungstext wird die lebenslange Verwahrung gegen einen **„Sexual- oder Gewaltstraftäter"** angeordnet, d. h. gegen den Täter einer Gewalttat oder alternativ einer Sexualstraftat. Da dieser Begriff des „Sexual- oder Gewaltstraftäters" im Schweizer Strafrecht unbekannt ist, wurde er in Form einer **erschöpfenden Liste von Straftaten** (Art. 64 Abs. 1bis *in limine* StGB) umgesetzt, in Übereinstimmung mit dem Legalitätsprinzip (Art. 1 StGB). So riskiert lebenslange Verwahrung, wer einen Mord (Art. 112 StGB), eine vorsätzliche Tötung (Art. 111 StGB), eine schwere Körperverletzung (Art. 122 StGB), eine Vergewaltigung (Art. 190 StGB), Raub (Art. 140 StGB), sexuelle Nötigung (Art. 189 Abs. 2 und 3 StGB), Freiheitsberaubung (Art. 183 Ziff. 1 StGB), Entführung (Art. 183 Ziff. 2 StGB), Geiselnahme (Art. 185 StGB) oder Verbrechen des Verschwindenlassens (Art. 185$^{bis)}$ StGB, wer sich am Menschenhandel beteiligt hat (Art. 182 StGB), an einem Völkermord (Art. 264 StGB) oder an einem Verbrechen gegen die Menschlichkeit (Art. 264*a)* StGB oder einem Kriegsverbrechen (Art. 264*d)* bis 264*h)* StGB mitgewirkt hat. Darüber hinaus muss die Person eine **besonders schwere** körperliche, psychische oder sexuelle Beeinträchtigung anderer Personen begangen oder beabsichtigt haben (Art. 64 Abs. 1bis lit. a StGB). Das Bundesgericht und die Rechtslehre stellen in diesem Zusammenhang klar, dass nicht alle Straftaten des Katalogs den gleichen Schweregrad aufweisen. Während beispielsweise kein Zweifel daran besteht, dass ein Mord oder eine Vergewaltigung *per se* eine solche Verletzung darstellen, so dass die in Art. 64 Abs. 1bis lit. a StGB geforderte Bedingung immer erfüllt ist, muss die Prüfung insbesondere bei sexueller Nötigung gründlicher sein. Nach Ansicht des Bundesgerichts impliziert letztere Straftat nicht zwangsläufig eine besonders schwere Beeinträchtigung der körperlichen, psychischen oder sexuellen Integrität. Die **beiden kumulativen Bedingungen** in Bezug auf die Art der Straftat, die im Strafgesetzbuch vorgesehen sind (Art. 64 Abs. 1bis *in limine* und 1bis lit. a 21

StGB), spiegeln somit den Willen wider, die Verhängung einer lebenslangen Verwahrung auf die schwersten Fälle zu beschränken.

2. Ein „äußerst gefährlicher" Mensch

22 Die „**äußerste Gefährlichkeit**", die den Menschen nach Art. 123*a Abs.* 1 BV auszeichnet, ist ein rechtlich unbestimmter und psychiatrisch unpräziser Begriff. Auf rechtlicher Ebene ermöglichen mehrere Elemente der Ausführungsbestimmung eine Konkretisierung dieses Begriffs, der nicht unverändert übernommen werden konnte. Die „äußerste Gefährlichkeit" der Person wird hauptsächlich aus dem hohen **Risiko abgeleitet, dass sie rückfällig wird** und erneut eine der in Art. 64 Abs. 1bis *in limine* StGB genannten Straftaten begeht (Art. 64 Abs. 1bis lit. b StGB). Indizien sind auch die erstmalige Begehung (oder der Versuch) einer der im Katalog aufgeführten Straftaten sowie die (tatsächliche oder beabsichtigte) Verletzung der körperlichen Integrität einer anderen Person in einem qualifizierten Ausmaß (Art. 64 Abs. 1$^{bis)}$ StGB. Aus medizinischer Sicht ergeben sich Schwierigkeiten insbesondere aus der Kontroverse um den Begriff der Gefährlichkeit und der Unsicherheit bei der Bewertung des Rückfallrisikos. Die in Art. 64 Abs. 1bis Bst. b StGB geforderte hohe Wahrscheinlichkeit eines spezifischen oder gleichartigen Rückfalls kann nur in seltenen Fällen angenommen werden und beschränkt die Möglichkeit, eine lebenslange Verwahrung auszusprechen, auf Ausnahmefälle. 64 Abs. 1bis lit. b StGB, beschränkt die Möglichkeit, eine lebenslange Verwahrung auszusprechen, auf Ausnahmefälle.

3. Ein „nicht therapierbarer" Mensch

23 Für die Zwecke der Verfassungsbestimmung muss der Mensch darüber hinaus als „**nicht therapierbar**" (*non amendable*; *refrattario alla terapia*) angesehen werden. Dieser Begriff wurde von den betroffenen Praktiker*innen und wissenschaftlichen Kreisen weitgehend angefochten, weil er eine grundlegende ethische Frage berührt. Nach dem kantischen Konzept der Menschenwürde, das auf der Achtung der individuellen Autonomie beruht, ist es nicht zulässig, eine Person als endgültig unfähig zu behandeln, die Kontrolle über ihr Leben zu übernehmen, denn dies kommt der Annahme gleich, dass sie kein rationaler Akteur ist, der zu moralischem Urteilsvermögen fähig ist. Mit anderen Worten: Die Annahme der irreversiblen Unheilbarkeit einer Person läuft darauf hinaus, ihre Menschlichkeit zu leugnen, da Autonomie und Selbstbestimmung, zu denen auch die Fähigkeit zur

Veränderung gehört, unveräußerliche und unverzichtbare Eigenschaften des Menschen sind. Der Begriff der Nichttherapierbarkeit scheint daher nur schwer mit den verfassungsmäßigen und vertraglichen Normen vereinbar zu sein, die die Menschenwürde schützen, da sie einer der Grundwerte demokratischer Gesellschaften ist. Aus ähnlichen Überlegungen heraus ist auch die vorherrschende forensisch-psychiatrische Lehre aus deontologischen und wissenschaftlichen Gründen der Ansicht, dass es nicht möglich ist, sich endgültig zur Nichttherapierbarkeit zu äußern; jedes Lebewesen und *a fortiori* der Mensch kann sich im Laufe der Zeit weiterentwickeln. Unter dem Gesichtspunkt ihrer klinischen Gültigkeit stellen die meisten Psychiaterinnen und Psychiater außerdem klar, dass die Prognosen höchstens einen Zeitraum von ein oder zwei Jahrzehnten abdecken können, wenn die betroffenen Täterinnen und Täter zum Zeitpunkt des Urteils im Allgemeinen eine Restlebenserwartung von vierzig bis fünfzig Jahren haben.

Indem er die Mehrheit des Volkes der Mehrheit der Expert*innen und Praktiker*innen entgegenstellt, spiegelt der Begriff der „Nichttherapierbarkeit" den gordischen Knoten wider, der die lebenslange Verwahrung darstellt. Er hat zu zahlreichen Diskussionen über seine rechtliche Auslegung geführt. Art. 64 Abs. 1bis lit. c StGB sieht vor, dass eine lebenslange Verwahrung für Personen angeordnet werden kann, die als «**auf Dauer nicht therapierbar** [(*dauerhaft nicht therapierbar*; *durevolmente refrattario alla terapia*)]» eingestuft werden, sofern die Therapie auf lange Sicht erfolglos zu sein scheint. In der **Botschaft von 2005** qualifiziert die Exekutive die Nichttherapierbarkeit als **chronisch und** erklärt, dass diese „tatsächlich ein Wahrscheinlichkeitsverhältnis darstellt, das dem extrem hohen Risiko, dass neue sehr schwere Straftaten begangen werden, die sehr geringe Wahrscheinlichkeit gegenüberstellt, dass Veränderungen eintreten, die die Risiken verringern könnten". Mit dem Vorschlag, das Adverb „dauerhaft" hinzuzufügen, um wissenschaftliche Vorbehalte hinsichtlich der Nicht-Besserungsfähigkeit zu berücksichtigen, ging der Bundesrat das Risiko ein, die Bedingungen für die Verhängung einer lebenslangen Verwahrung zu lockern. Diese Entscheidung mag überraschen, da sie *a priori* der Logik der Abschottung widerspricht, die bei der Einführung der lebenslangen Verwahrung maßgebend war. Sie zeigt, wie schwierig es für die Schweizer Behörden ist, die verschiedenen Interessen und Herausforderungen nach der Verabschiedung von Art. 123*a* der Bundesverfassung in Einklang zu bringen. 24

25 Nach einer sorgfältigen Analyse entschied sich das **Bundesgericht** schließlich für einen restriktiven Ansatz und stellte fest, dass „nur derjenige, der **wirklich untherapierbar ist, sein Leben lang**“ im Sinne von Art. 64 Abs. 1bis lit. c StGB dauerhaft nicht therapierbar ist. Seine Auslegung, die dem Willen des Gesetzgebers treuer ist als die vom Bundesrat skizzierte, reduziert die praktische Tragweite der gesetzlichen Bestimmung fast auf Null, da „die Initiative auf einer Fiktion beruht, die im Widerspruch zur Realität steht“.

26 Nach Ansicht des Bundesrates muss die vorgesehene Behandlung (traitement; *trattamento*) darauf abzielen, die Gefährlichkeit der Person ausreichend zu verringern, unabhängig davon, ob diese mit psychischen Störungen im eigentlichen Sinne zusammenhängt oder von Symptomen oder Persönlichkeitsmerkmalen abgeleitet wird, die mit einer Therapie erfolgreich behandelt werden könnten. Die Bestimmungen über die lebenslange Verwahrung gelten daher sowohl für Personen mit psychischen Störungen als auch für Personen ohne psychische Störungen, sofern zum Zeitpunkt des Urteils feststeht, dass keine Therapieform sie daran hindern wird, erneut eine schwere Straftat zu begehen.

27 In Übereinstimmung mit dem Bundesrat verlangt die Rechtsprechung, dass sich die Analyse des Zustands **des Individuums** ausschließlich auf **strukturelle Kriterien** stützt, die eng und dauerhaft mit seiner Person verbunden sind. Variable Kriterien – wie mangelnde Motivation, fehlende rationale Anerkennung seiner Tat, Symptome, die durch den Einsatz von Medikamenten verändert werden können, oder das Fehlen einer geeigneten Einrichtung – werden nicht berücksichtigt. Im Übrigen würde die Schweiz, wenn dies der Fall wäre, ihre Pflichten aus den **Artikeln 3 und 5 Absatz 1 EMRK** im Bereich der inhaftierten Personen, insbesondere der psychischen Betreuung, verletzen. In diesem Zusammenhang gehören eine angemessene Einrichtung und Betreuung des Gesundheitszustands der Person zu den unerlässlichen Maßnahmen. Im Allgemeinen müssen gemäß der positiven Verpflichtung, allen Personen, denen die Freiheit entzogen wurde, die Möglichkeit zu bieten, Fortschritte auf dem Weg der Besserung zu machen, alle Mittel angeboten werden, die es dem Individuum ermöglichen, seine Gefährlichkeit zu verringern, unabhängig davon, ob es psychische Störungen aufweist oder nicht. Auch wenn eine Person im Sinne der Bundesrechtsprechung als „dauerhaft nicht therapierbar“ eingestuft wird, sind

die Schweizer Behörden daher nicht von ihren Verpflichtungen ihr gegenüber befreit.

C. Absatz 1 Satz 2: Ausschluss von Erleichterungen während der Vollstreckung der lebenslangen Verwahrung

Art. 123*a Abs.* 1 Satz 2 BV **schliesst jegliche vorzeitige Entlassung und jeglichen Urlaub** für lebenslänglich verwahrte Personen aus. Dieses Verbot wird in Art. 90 StGB explizit aufgegriffen, dessen Absätze 2 bis 4bis die Modalitäten der Vorbereitung auf die Entlassung regeln und in Absatz 4ter festlegen, dass «während der lebenslangen Verwahrung kein Urlaub oder eine andere Vollzugsöffnun gewährt wird». Art. 84 StGB, der die Beziehungen der verurteilten Person zur Aussenwelt regelt, wurde ebenfalls um einen Absatz 6bis ergänzt, der den gleichen Ausschluss während des Strafvollzugs vorsieht, der der lebenslangen Verwahrung vorausgeht. 28

In der Botschaft von 2001 betont der Bundesrat zu Recht, dass das von der Initiative vorgesehene System nur schwer mit dem **Grundsatz der Verhältnismäßigkeit** vereinbar ist. Wir haben zwei weitere Vorbehalte hinsichtlich der Vereinbarkeit des durch Art. 123*a Abs.* 1 S. 2 BV eingeführten Systems mit der Verfassung. Die erste hätte bereits zum Zeitpunkt der Abstimmung über die lebenslange Verwahrung formuliert werden können, während die zweite auf Entwicklungen des EGMR zurückgeht, die nach der Verabschiedung von Art. 123*a* der Bundesverfassung und ihrer Durchführungsbestimmungen erfolgten, aber unter eine Norm des *ius cogens* fallen. Einerseits sind die Staaten nach ständiger Rechtsprechung seit den 1990er Jahren verpflichtet, Personen, denen die Freiheit entzogen wurde, gemäß **Art. 8 EMRK** zu gestatten und zu unterstützen, mit ihren engsten Familienangehörigen in Kontakt zu treten. Daraus ergibt sich zwar kein bedingungsloses Recht auf eine vorübergehende Ausgangsgenehmigung, doch obliegt es den nationalen Behörden, jeden einzelnen Antrag inhaltlich zu prüfen und nachzuweisen, dass die Einschränkung des Rechts der betroffenen Person im Hinblick auf Art. 8 Abs. 2 EMRK gerechtfertigt ist. Indem Art. 84 Abs. 6bis StGB jegliche Interessenabwägung ausschließt, wird diesen Anforderungen nicht gerecht. Darüber hinaus stehen Art. 84 Abs. 6bis und Art. 90 Abs. 4ter StGB stehen im Widerspruch zu dem Hauptziel der Wiedereingliederung und Resozialisierung, das dem schweizerischen Strafvollzug zugrunde liegt (siehe insbesondere Art. 74, 75 Abs. 1 und 3 sowie 29

90 Abs. 2 StGB) und das der EGMR 2013 zur positiven Verpflichtung erhoben hat. Ihrer Ansicht nach geht es um die Achtung der Menschenwürde aller Personen, denen die Freiheit entzogen ist, aber auch um die Sicherheit der Allgemeinheit, da die Resozialisierung durch die strafrechtliche Sanktion „letztendlich darauf abzielt, Rückfälle zu verhindern und damit die Gesellschaft zu schützen". Im Bereich des **Art. 3 EMRK** bedeutet die Verpflichtung, die Resozialisierung aller Personen im Freiheitsentzug zu fördern, auch wenn sie zu lebenslanger Haft verurteilt sind, insbesondere, dass Strafvollzugsregime gewährleistet werden müssen, die mit dem Ziel der Besserung vereinbar sind und es den Betroffenen ermöglichen, auf diesem Weg Fortschritte zu machen. Das progressive System des Strafvollzugs (siehe Art. 75 StGB) und der Maßnahmen (siehe Art. 90 StGB), das Erleichterungen umfasst, ist genau eine Ausprägung der Resozialisierungsfunktion der strafrechtlichen Sanktion. Ebenso ist die Aufrechterhaltung von Kontakten zur Außenwelt von grundlegender Bedeutung, um die Wiedereingliederung von Personen zu fördern, denen die Freiheit entzogen wurde. Obwohl Kontakte möglicherweise auf andere Weise aufrechterhalten werden können, scheint uns der absolute Ausschluss von Urlaubsreisen ein großes Hindernis für die soziale Wiedereingliederung von Personen zu sein, die zu lebenslanger Verwahrung verurteilt wurden, und somit das Risiko einer Verletzung von Art. 3 EMRK zu bergen.

D. Absatz 2 Satz 1: Voraussetzungen für die Aufhebung der lebenslangen Verwahrung

30 Gemäß Art. 123*a Abs.* 2 Satz 1 StGB werden „neue Gutachten nur erstellt, wenn aufgrund neuer wissenschaftlicher Erkenntnisse feststeht, dass der Täter geheilt werden kann und somit keine Gefahr mehr für die Öffentlichkeit darstellt". Mit anderen Worten: Nur „neue wissenschaftliche Erkenntnisse" eröffnen die Möglichkeit, **eine lebenslange Verwahrung aufzuheben**. Die größte Schwierigkeit bei der Umsetzung der Verfassungsbestimmung besteht darin, dass sie nicht vorsieht, dass die Verringerung oder gar das Verschwinden der Gefährlichkeit der lebenslang verwahrten Person von etwas anderem abhängen kann als von ihrer Fähigkeit, auf eine Behandlung anzusprechen.

31 Gemäß den **ersten drei Absätzen von Art. 64** ***c)*** **StGB beschränkt** sich der Gesetzgeber darauf, einen relativ komplexen **Umsetzungsmechanismus**

vorzusehen, der der Logik der Initiative entspricht. Zunächst beauftragt die zuständige kantonale Behörde von Amts wegen oder auf Antrag der lebenslänglich verwahrten Person eine eidgenössische Fachkommission mit der Prüfung, ob es „neue wissenschaftliche Erkenntnisse" gibt, die belegen, dass die betreffende Person geheilt werden kann (Art. 64*c Abs.* 1 StGB). Auf der Grundlage des Beratungsberichts der Kommission entscheidet die kantonale Behörde dann, der Person die Behandlung vorzuschlagen, wenn sie der Ansicht ist, dass es hinreichend wahrscheinlich ist, dass ihre Gefährlichkeit dadurch beseitigt wird (Art. 64*c Abs.* 1 und 2 StGB). Schliesslich ordnet das Gericht, das die lebenslange Verwahrung angeordnet hat, deren Aufhebung an und ersetzt sie durch eine stationäre therapeutische Massnahme, wenn mindestens zwei neue Gutachten zu dem Schluss kommen, dass sich die Gefährlichkeit der Person dank der Behandlung erheblich verringert hat und weiter verringert werden kann, sodass sie keine Gefahr mehr für die Öffentlichkeit darstellt (Art. 64*c Abs.* 3 und 5 StGB; vgl. Art. 59 ff. StGB). Zu diesem Zeitpunkt kann die Person unter den Bedingungen der Artikel 62 bis 62*d StGB* freigelassen werden.

Der Begriff der „**neuen wissenschaftlichen Erkenntnisse**", der die 32
Aufhebung der lebenslangen Verwahrung bestimmt, hat die Debatten reichlich befeuert, da nach einhelliger Meinung der an der gesetzlichen Umsetzung Beteiligten die Vereinbarkeit der Maßnahme mit Artikel 5 EMRK hängt weitgehend davon ab. Das Initiativkomitee verstand diesen Ausdruck zweifellos im **objektiven Sinne** von „neuen Heilverfahren zur Behandlung gefährlicher Straftäter" und verkennt damit die Anforderungen von Art. 5 EMRK. In Anlehnung an die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vertritt der Bundesrat in seiner Botschaft von 2005 die Auffassung, dass es sich zwar um neue therapeutische Methoden handelt, diese jedoch auch die Veränderungen der betroffenen Person berücksichtigen müssen, also solche **subjektiver Natur** sind. Im selben Absatz der Botschaft werden auch „neue wissenschaftliche Erkenntnisse [...] all jene, die durch methodische Verfahren gewonnen wurden und die die Gefährlichkeit und (Nicht-)Besserungsfähigkeit des Straftäters betreffen, die zu seiner Verwahrung geführt haben" genannt. Daher ist nicht klar, ob diese für den Bundesrat die Gefährlichkeit und die Besserungsfähigkeit unabhängig voneinander betreffen können oder ob sie sich nur auf die Besserungsfähigkeit beziehen müssen, die sich möglicherweise auf die Gefährlichkeit auswirkt. Die drei Sprachfassungen der Botschaften von 2001

stimmen alle darin überein, dass die Prüfung die Gefährlichkeit und die Besserungsfähigkeit betrifft. In der Botschaft von 2005 ist die Definition auf Französisch identisch, aber in der deutschen und italienischen Version wird nur noch auf die Änderbarkeit verwiesen. Der Zweifel an der Definition der Regierung, was genau unter diesem unbestimmten Rechtsbegriff zu verstehen ist, wurde durch die parlamentarischen Debatten nicht ausgeräumt. Er besteht bis heute fort, da das Bundesgericht die Frage nicht entschieden hat.

33 In Erwartung einer Entscheidung der Bundesrichter sind wir der Ansicht, dass sich die Analyse im Rahmen von **Art. 64*c*. Abs. 1 bis 3 StGB** nur auf die Entwicklungen der lebenslang verwahrten Person **im Zusammenhang mit einer Form der Behandlung bezieht**. Mit anderen Worten: Die Prüfung bezieht sich nur auf das Vorhandensein wissenschaftlicher Erkenntnisse über die (Nicht-)Besserungsfähigkeit der lebenslänglich verwahrten Person, die es erlauben, Veränderungen ihrer extrem gefährlichen Natur zu erwarten. Unserer Meinung nach missachtet eine weiter gefasste Definition, die alle Veränderungen der Gefährlichkeit der Person einbezieht, den Willen des Verfassungsgebers und weicht zu sehr vom Wortlaut der Art. 123*a Abs.* 2 S. 1 BV und 64*c Abs.* 1 bis 3 StGB ab, indem sie den Begriff „neue wissenschaftliche Erkenntnisse" seines wörtlichen Sinns entleert. Wir lehnen sie auch deshalb ab, weil sie der Rechtssystematik zuwiderläuft. Sie verhindert die Gliederung der Art. 64*c)* Abs. 1 bis 4 StGB, da das in Abs. 4 erwähnte Alter und die Krankheit im absoluten Sinne auch Veränderungen darstellen, die die Gefährlichkeit der lebenslänglich verwahrten Person beeinflussen, Veränderungen, die unter den Absätzen 1 bis 3 betrachtet werden müssten, wenn der Begriff „neue wissenschaftliche Erkenntnisse" extensiv ausgelegt würde.

34 In **Art. 64*c* Abs. 4 StGB** sieht der Gesetzgeber – ebenfalls im Bestreben, Art. 5 EMRK zu entsprechen, aber deutlich abweichend vom Geist von Art. 123*a* Abs. 2 S. 1 BV – die Möglichkeit für den Richter, die Person, die aufgrund ihres Alters, einer schweren Krankheit oder aus einem anderen Grund keine Gefahr mehr für die Allgemeinheit darstellt, ohne vorherige oder nachfolgende Behandlung bedingt zu entlassen (siehe 64*a)* StGB). Die Frage der Behandlung tritt somit zugunsten der weiter gefassten Frage der **Gefährlichkeit des** Täters in den Hintergrund. Die Auslegung dieses Absatzes ist derzeit ungewiss, erweist sich jedoch als entscheidend für das gesamte System der Aufhebung der lebenslangen Verwahrung, da es sich um

einen **Weg der Freilassung** handelt, der eine Alternative zu dem in den ersten drei Absätzen vorgesehenen darstellt. Nach der Rechtslehre, der wir uns anschließen, ist die Generalklausel von Art. 64*c Abs.* 4 StGB, die die Entlassung der Person aus einem „anderen Grund" vorsieht, nicht eindeutig.

35 Der Vorentwurf des Bundesrates stützte die Vereinbarkeit der Regelung von Art. 64*c* StGB mit Art. 5 EMRK auf die extensive Auslegung des Begriffs «neue wissenschaftliche Erkenntnisse» und einen Art. 64*c* Abs. 4 VE-StGB, der nur die beiden Varianten Alter und schwere Krankheit vorsieht. Nach Abschluss des Vernehmlassungsverfahrens fügte die Regierung in Absatz 4 diesen dritten „**anderen Grund**" für die Entlassung ein, da einige der Beteiligten der Ansicht waren, dass der Text andernfalls gegen Artikel 5 EMRK verstoßen würde. Es ist nicht leicht zu verstehen, ob aus Sicht des Bundesrates die Vereinbarkeit der Modalitäten zur Aufhebung der lebenslangen Verwahrung mit der EMRK durch die extensive Auslegung der „neuen wissenschaftlichen Erkenntnisse" in Art. 64*c* Abs. 1 StGB, durch die Hinzufügung der dritten Variante in Art. 64*c Abs.* 4 StGB oder durch beides gewährleistet ist. Die Exekutive hat auch nicht die Verbindung zwischen dem in den Absätzen 1 bis 3 vorgesehenen Mechanismus und dem in Absatz 4 vorgesehenen Mechanismus sowie ihre jeweilige Tragweite präzisiert. Sie hat sich darauf beschränkt, zu bestätigen, dass die Formulierung „aus einem anderen Grund" der zuständigen Behörde ermöglichen, „das Gericht um Anordnung einer bedingten Entlassung zu ersuchen, wenn sie aufgrund des Berichts der Fachkommission nach Absatz 1 zu dem Schluss kommt, dass der Täter auch ohne Vorbehandlung oder nach der ‚Probezeit'-Behandlung im Sinne von Absatz 2 keine Gefahr mehr für die Gesellschaft darstellt". Auch im Parlament gingen die Meinungen über die Auslegung dieser Klausel auseinander, so dass weiterhin Unsicherheit besteht. Das Bundesgericht hatte seinerseits keine Gelegenheit, sich zur Umsetzung von Art. 64*c Abs.* 4 StGB zu äußern. Wir unsererseits schließen in den „anderen Grund" von Art. 64*c.* Abs. 4 StGB **alle denkbaren Gründe für das spätere Verschwinden der Gefährlichkeit** des lebenslang verwahrten Individuums.

36 Im Gegensatz zu den Absätzen 1 bis 3 von Art. 64*c.* StGB wird in Absatz 4 nicht näher erläutert, wie die gerichtliche Überprüfung der bedingten Entlassung eingeleitet wird. Diese Prüfung kann aller Wahrscheinlichkeit nach sowohl auf Antrag der verwahrten Person als auch auf Initiative der Vollzugsbehörde eingeleitet werden. Die Stellungnahme der

eidgenössischen Fachkommission erscheint in diesem Zusammenhang nicht erforderlich. Gemäß dem Wortlaut von Art. 123*a Abs.* 2 S. 1 1 BV, Art. 64*c Abs*. 1 bis 3 StGB und der Verordnung vom 26. Juni 2013 (siehe insbesondere deren Titel und Art. 2 Bst. a) besteht der einzige Auftrag dieser Kommission darin, sich zur Frage des Vorliegens einer Behandlung für die betreffende Person, d. h. zu ihrer Strafmilderbarkeit, zu äußern. Es ist jedoch nicht ausgeschlossen, dass die Kommission bei dieser Analyse in Anwendung von Art. 64*c Abs*. 1 StGB feststellt, dass die lebenslänglich verwahrte Person nicht mehr gefährlich ist. In einem solchen Fall finden die Art. 64*c Abs*. 2 und 3 StGB keine Anwendung und die Vollzugsbehörde befasst den Richter auf der Grundlage von Art. 64*c*. Abs. 4 StGB. Bei der Entscheidung über die Aufhebung der lebenslangen Verwahrung und die bedingte Entlassung stützt sich das Gericht auf zwei unabhängige und übereinstimmende Gutachten, die bestätigen, dass die betreffende Person nicht gefährlich ist (Art. 64*c*. Abs. 5 StGB; vgl. auch Art. 64*a*. StGB).

37 Unser Ansatz, der eine weite Auslegung des „anderen Grundes" in Art. 64*c Abs*. 4 StGB befürwortet, ermöglicht eine **logische Verknüpfung aller Absätze von Art. 64***c StGB*, wenn die Person nicht mehr als „äußerst gefährlich" gilt. Die Aufhebung der Massnahme ist in **vier Fällen** denkbar. Die **erste Möglichkeit** betrifft Personen, deren Gefährlichkeit dank einer Behandlung bereits deutlich gesunken ist und weiter sinken kann. Ihre lebenslange Verwahrung wird aufgehoben und sie wird in eine geschlossene Einrichtung im Rahmen einer stationären therapeutischen Massnahme im Sinne der Art. 59 bis 61 StGB eingewiesen, aus der sie dann unter den Bedingungen der Art. 62 bis 62*d)* StGB entlassen wird (Art. 64*c)* Abs. 1 bis 3 *cum* Abs. 5 StGB). Die **zweite Situation** ist aufgrund der Unschärfe in Art. 64 Abs. 1$^{\text{bis des}}$ StGB zwischen Personen mit psychischen Störungen und solchen ohne psychische Störungen weniger eindeutig. Tatsächlich kann nur der „Kranke", also derjenige, der eine psychische Störung aufweist, „geheilt" – und damit freigelassen – werden. Daher kann die Person, die auf eine gemäß Art. 64*c Abs*. 1 und 2 StGB durchgeführte Therapie anspricht, aber aufgrund einer psychischen Störung nicht gefährlich war, nicht den in Art. 64*c Abs*. 3 StGB vorgesehenen Weg beschreiten, da sie *a priori* nicht die Voraussetzungen für die Verhängung einer stationären Maßnahme erfüllt (siehe insbesondere Art. 59 StGB). Obwohl fraglich, ist die einzige Möglichkeit, die wir uns vorstellen können, um diese Hürde zu überwinden und die Freilassung dieser Person in Betracht zu ziehen, diejenige des Art. 64*c*

Abs. 4 S. 3 StGB (*cum* Abs. 5 StGB), unter der Annahme, dass ihre Gefährlichkeit aus einem „anderen Grund" verschwunden ist. Auch aus dieser Sicht muss die Frage der Gefährlichkeit notwendigerweise Vorrang vor der subsidiären Frage der Besserungsfähigkeit haben. Die **dritte Möglichkeit** ist die Person, die aufgrund von Alter, schwerer Krankheit oder einer anderen ähnlichen Form der Invalidität nicht mehr gefährlich ist und unter den Bedingungen von Art. 64*a)* StGB entlassen wird (Art. 64*c)* Abs. 4 *cum* Abs. 5 StGB). Der **vierte,** seltene, aber theoretisch denkbare Fall betrifft lebenslänglich verwahrte Personen, deren festgestellte Nichtgefährlichkeit weder auf die Wirkung einer Behandlung noch auf die Verschlechterung ihres körperlichen Zustands zurückzuführen ist. Für diese Personen besteht die einzige Möglichkeit der Entlassung darin, wie bei der Person in der zweiten Situation das Vorliegen eines „anderen Grundes" geltend zu machen (Art. 64*c)* Abs. 4 Satz 3 *cum* Abs. 5 StGB).

Keine der Interpretationen entspricht vollständig dem Willen der Initiant*innen. Unser Vorschlag erscheint jedoch in zweierlei Hinsicht **stärker im Hinblick auf die Konventionskonformität** als derjenige, der auf einer weit gefassten Definition von „neuen wissenschaftlichen Erkenntnissen" beruht, zumindest was Art. 5 EMRK betrifft. 38

Erstens kann diese letztere Auslegung zwar zur Vereinbarkeit der in Art. 64 *c)* Abs. 1 bis 3 StGB vorgesehenen Regelung mit Art. 5 EMRK beitragen, sie führt jedoch zu einer **neuen Schwierigkeit** im Hinblick auf diese letztgenannte Norm. Die vom Bundesrat vorgeschlagene *contra legem* Auslegung macht die Anwendung von Art. 64*c StGB* deutlich unsicherer. Nach Ansicht des EGMR erfüllen Bestimmungen, die von den nationalen Behörden widersprüchliche Auslegungen erhalten, die sich gegenseitig ausschließen, nicht die in Art. 5 Abs. 1 EMRK festgelegte Anforderung der Rechtssicherheit. Indem unser Vorschlag den Begriff «neue wissenschaftliche Erkenntnisse» nicht wörtlich auslegt und die beiden in Art. 64*c StGB* vorgesehenen Entlassungswege formuliert, zielt er daher darauf ab, eine bessere Vorhersehbarkeit bei der Anwendung der gesetzlichen Bestimmung zu gewährleisten. 39

Weiterhin garantiert **Art. 5 Abs. 4 EMRK** das Recht auf kurzfristige und regelmäßige Überprüfung der Rechtmäßigkeit jeder Freiheitsentziehung durch ein unparteiisches und unabhängiges Gericht. Bei dieser Prüfung, die ein eigenständiges Recht darstellt, muss das Gericht prüfen, ob die Strafe oder Maßnahme noch den Bedingungen von Art. 5 Abs. 1 EMRK erfüllt und 40

gegebenenfalls die Freilassung anzuordnen. Im Allgemeinen ist für den Richter, der die Rechtmäßigkeit eines unbefristeten Freiheitsentzugs überprüft, dessen Grund sich im Laufe der Zeit ändern kann, nur die Situation der Person in ihrer Gesamtheit und zum Zeitpunkt der Überprüfung relevant. Die Entscheidung des Gerichts stützt sich insbesondere auf die Persönlichkeit und das Verhalten des Individuums, seinen psychischen Gesundheitszustand und seine mögliche Gefährlichkeit. Genauer gesagt fällt der Freiheitsentzug nach Art. 64 Abs. 1$^{bis\ des}$ StGB je nach den Umständen unter den Grund von Art. 5 Abs. 1 lit. a oder lit. e EMRK oder unter beide gleichzeitig.

41 Im Bereich der Sicherheitshaft prüft der Richter grundsätzlich die Situation von Personen, die keine psychischen Störungen aufweisen und die unter dem Gesichtspunkt von **Art. 5 Abs. 1 lit. a EMRK** für schuldig befunden wurden. Zu den Kriterien, die bei der Analyse berücksichtigt werden, gehört das Kriterium eines hinreichenden Kausalzusammenhangs zwischen der vom Gericht in der Hauptsache ausgesprochenen Verurteilung und dem Freiheitsentzug. Dieser Zusammenhang lockert sich mit der Zeit allmählich und kann schließlich ganz aufgehoben werden, insbesondere wenn die Entscheidung, die Person nicht freizulassen, auf einer unangemessenen Einschätzung der mit der ursprünglichen Verurteilung verfolgten Ziele beruht. Die Verweigerung der Entlassung kann auch mit dem Zweck der ursprünglichen Strafe unvereinbar werden, wenn die Person inhaftiert bleibt, „weil die Gefahr besteht, dass sie rückfällig wird, obwohl ihr gleichzeitig die notwendigen Mittel vorenthalten werden [...], um ihr zu ermöglichen, nachzuweisen, dass sie keine Gefahr mehr darstellt". In diesen Fällen wird eine ursprünglich lebenslange Strafe zu einem Freiheitsentzug, der mit Art. 5 Abs. 1 lit. a EMRK unvereinbar ist.

42 Bei einer „geisteskranken" Person im Sinne von **Art. 5 Abs. 1 lit. e EMRK**, deren psychische Störungen die Freiheitsentziehung begründet haben, muss das Gericht insbesondere sicherstellen, dass diese Störungen am Tag der Prüfung der Entlassung fortbestehen, indem es alle möglichen Entwicklungen ihrer psychischen Gesundheit berücksichtigt, die nach der Verhängung der Strafe oder der Maßnahme eingetreten sind. Der Freiheitsentzug gemäß Art. 5 Abs. 1 lit. e EMRK gilt als willkürlich, wenn keine derartigen Störungen vorliegen. Dies gilt auch, wenn die Störungen, die der Verurteilung zugrunde liegen, nicht angemessen behandelt werden, und zwar „selbst dann, wenn die

Krankheit oder Störung nicht heilbar ist oder die betroffene Person nicht auf eine Behandlung anspricht".

Der **Mechanismus zur Aufhebung der lebenslangen** Verwahrung erfüllt 43
nicht die Anforderungen von **Art. 5 EMRK**, wenn die Überprüfung allein auf die Frage der Besserungsfähigkeit beschränkt ist. Da die auf Art. 64*c Abs.* 1 und 2 StGB gestützten Entscheidungen der Vollzugsbehörde anfechtbar sind, besteht das Problem *a priori* nicht so sehr im Zugang zu einem Richter als vielmehr in der Einschränkung der Kognition des Gerichts (Art. 5 Abs. 1 *in Verbindung mit* Abs. 4 EMRK). Indem der Begriff „neue wissenschaftliche Erkenntnisse" auf behandlungsbedingte Veränderungen der extrem gefährlichen Wesensart der eingewiesenen Person beschränkt wird, lässt das in den **ersten drei Absätzen** vorgesehene Verfahren dem Gericht keinen ausreichenden Spielraum für eine der Rechtsprechung des EGMR entsprechende Kontrolle. Mit dem in **Art. 64** *c)* **Abs. 4 StGB** vorgesehenen alternativen Weg ist der Entlassungsmechanismus hingegen eher mit der EMRK vereinbar. Das Gericht, das in diesem Rahmen entscheidet, hat in der Tat den erforderlichen Spielraum, um die Entwicklung der betreffenden Person zu beurteilen (Art. 5 Abs. 1 *in Verbindung mit* Abs. 4 EMRK).

Zusammenfassend sind wir der Ansicht, dass der Mechanismus zur Aufhebung 44
der lebenslangen Verwahrung gegen Art. 5 EMRK verstößt, wenn man sich auf Art. 123*a Abs.* 2 S. 1 BV und sein gesetzliches Gegenstück, die Art. 64*c Abs.* 1 bis 3 StGB allein, beschränkt. Vorbehaltlich eines Problems der Vorhersehbarkeit des Rechts, das *de lege lata* nicht vollständig gelöst werden kann, stellt Absatz 4 die einzige Chance dar, Artikel 64*c des* StGB auf dem Gebiet von Artikel 5 EMRK, da es die Aufhebung der lebenslangen Verwahrung einer Person ermöglicht, die aus irgendeinem Grund nicht mehr „äußerst gefährlich" ist.

Gemäß **Art. 3 EMRK** muss jede freiheitsentziehende Sanktion von 45
unbegrenzter Dauer außerdem *de jure* **und auch** *de facto* **komprimierbar** sein, d. h. es muss von Anfang an die Möglichkeit einer Überprüfung und der Chancen auf Entlassung bestehen. Einerseits muss die lebenslange Strafe oder Maßnahme einer regelmäßigen **Überprüfung unterzogen** werden, die es der zuständigen Behörde ermöglicht, zu untersuchen, ob sich die Person im Laufe der Vollstreckung so weit entwickelt hat und auf dem Weg der Besserung voranschreitet, dass kein legitimer strafrechtlicher Grund mehr für ihre weitere Inhaftierung besteht. Nach Ansicht des EGMR widerspricht es

der Menschenwürde, dass eine „Bestrafung unverändert bleibt [...], was auch immer der Betreffende tut oder wie außergewöhnlich seine Fortschritte auf dem Weg zur Besserung auch sein mögen". Der EGMR lässt den Staaten zwar einen großen Ermessensspielraum bei den Modalitäten der Überprüfung, stellt jedoch klar, dass diese seine einschlägige Rechtsprechung widerspiegeln und ein ausreichendes Maß an Klarheit und Sicherheit aufweisen müssen. So hat jede lebenslang verurteilte Person das Recht, unmittelbar nach der Verhängung ihrer Strafe zu erfahren, was sie tun muss, damit ihre Freilassung in Betracht gezogen wird, und welche Bedingungen dafür gelten. Die betroffene Person hat insbesondere das Recht, den Zeitpunkt zu erfahren, zu dem eine erste Überprüfung stattfinden wird oder beantragt werden kann. Andererseits verlangt Art. 3 EMRK vom Staat, dass er allen zu lebenslanger Haft verurteilten Personen **echte Aussichten auf eine Lockerung** ihrer Strafe bietet. Die Straßburger Rechtsprechung ist der Ansicht, dass die Achtung der Menschenwürde „verhindert, dass eine Person ihrer Freiheit durch Zwang beraubt wird, ohne gleichzeitig auf ihre Wiedereingliederung hinzuarbeiten und ihr die Chance zu geben, diese Freiheit eines Tages wiederzuerlangen". Zusätzlich zur positiven Verpflichtung, die Existenz von Haftbedingungen und Einrichtungen, Maßnahmen oder Behandlungen sicherzustellen, die geeignet sind, die Besserung von zu lebenslanger Haft verurteilten Personen zu ermöglichen, scheint es – angesichts bestimmter Urteile des EGMR – so, als müssten die Staaten auch einen Mechanismus der bedingten Entlassung für alle inhaftierten Personen als Instrument zur Förderung der Besserung vorsehen. Die Freilassung aus rein humanitären Gründen, wie Alter oder schwere Krankheit, ist für Kompressibilitätszwecke unzureichend und in der Schweiz statistisch selten.

46 Die Bestimmung zur Aufhebung der lebenslangen Verwahrung in Art. 64*c des* StGB erfüllt die Anforderungen des EGMR im Bereich von Art. 3 EMRK, weil er angesichts der Interpretationsschwierigkeiten, die er hervorruft, **nicht genügend Klarheit** bietet. Diese erheblichen Zweifel sind, wie auch bei Art. 5 EMRK, als solche problematisch im Hinblick auf Art. 3 EMRK.

47 Darüber hinaus sind wir der Ansicht, dass die Unvereinbarkeit des Schweizer Rechts mit Art. 3 EMRK unabhängig von der Auslegung des innerstaatlichen Rechts, die letztlich bevorzugt werden könnte, bestehen bleibt, im Gegensatz zu dem Ergebnis, das unter dem Gesichtspunkt von Art. 5 EMRK erzielt werden kann. Der Begriff der „neuen wissenschaftlichen Erkenntnisse", um

den sich der Weg der **Art. 64** *c)* **Abs. 1 bis 3 StGB** dreht, lässt keine Bestimmung zu, innerhalb welcher Frist die erste und die folgenden Überprüfungen stattfinden werden. Das Vorliegen einer neuen Behandlung, die die Besserungsfähigkeit der Person beeinflusst, ist ein zufälliges Ereignis ohne zeitliche Verankerung, das in keiner Weise die einschlägige Rechtsprechung des EGMR widerspiegelt. Selbst wenn eine Freiheitsstrafe gemeinsam verhängt wird (vgl. Art. 57 Abs. 1 und 64 Abs. 2 S. 1 StGB), kann die zu lebenslanger Verwahrung verurteilte Person nicht von vornherein wissen, wann ihre Massnahme überprüft wird, und sieht sich gezwungen, eine unbestimmte Anzahl von Jahren in Haft zu verbringen, ohne konkrete Angaben zu den Möglichkeiten einer Überprüfung und damit zu ihren Aussichten auf eine Entlassung zu erhalten. Tatsächlich scheint es uns schwierig, aus Art. 64*c Abs.* 6 StGB, der zwar vorsieht, dass die Aufhebung der lebenslangen Verwahrung „frühestens erfolgt, wenn der Täter zwei Drittel seiner Strafe oder bei einer lebenslangen Verurteilung fünfzehn Jahre der Strafe verbüßt hat", aber noch nicht bedeutet, dass das Ende der Maßnahme, deren Bedingungen sich von denen der Strafe unterscheiden, bei dieser Gelegenheit geprüft wird. Da die Möglichkeiten der Entlassung nach Art. 64 Abs. 1$^{\text{bis des}}$ StGB allein von der Frage abhängen, ob eine neue Behandlung vorliegt, entziehen sie sich zudem weitgehend der Kontrolle der lebenslang verwahrten Person und der Vollzugsbehörden. Die Bemühungen um eine Entlassung können daher vergeblich und die Strafe aussichtslos erscheinen. Kurz gesagt, die Bedingung der „neuen wissenschaftlichen Erkenntnisse" verlagert die lebenslange Verwahrung auf die Seite der unverkürzbaren Sanktionen, indem sie sowohl die Möglichkeit einer Überprüfung als auch die Aussichten auf eine Entlassung übermäßig einschränkt. Unsere Auslegung von **Art. 64** *c)* **Abs. 4 StGB** garantiert auch nicht die Vereinbarkeit mit Art. 3 EMRK. Die umfassende Prüfung der (Nicht-)Gefährlichkeit der Person bietet konkrete Aussichten auf eine Entlassung, sofern diese nicht nur aus humanitären Gründen erfolgt. Da jedoch keine gesetzliche Frist für die Überprüfung der Aufhebung der lebenslangen Verwahrung vorgesehen ist, kann die verurteilte Person zum Zeitpunkt ihrer Verurteilung nicht wissen, wann eine Behörde überprüfen wird, ob die Maßnahme weiterhin gerechtfertigt ist.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass angesichts der unzureichenden Bedingungen für die Aufhebung der lebenslangen Verwahrung, die in Art. 123*a Abs.* 2 Satz 1 BV festgelegt sind, **keine Lösung** zur Umsetzung vollständig 48

zufriedenstellend sein kann. Unser Vorgehen erscheint uns am besten geeignet, dem in Art. 64*c Abs.* 1 StGB vorgesehenen System zur Aufhebung der lebenslangen Verwahrung eine gewisse Gesamtkohärenz zu verleihen und, nachdem wir festgestellt haben, dass Art. 123*a Abs.* 2 S. 1 BV unheilbar unvereinbar mit der EMRK ist, den Herausforderungen der Konventionskonformität bestmöglich Rechnung zu tragen. Dieser Ansatz weicht jedoch vom Volkswillen ab, da er die Entlassung einer verwahrten Person ermöglicht, die nicht mehr gefährlich ist (Art. 64*c Abs.* 4 Fall 3 StGB *in Verbindung mit* Art. 64*a StGB*), auch wenn keine „neuen wissenschaftlichen Erkenntnisse vorliegen, die belegen, dass der Täter geheilt werden kann" (Art. 123*a Abs.* 1 Satz 1 GG).

E. Absatz 2 Satz 2: Haftung der Behörde, die die Aufhebung der Verwahrung anordnet

49 Gemäß Art. 123*a Abs.* 2 Satz 2 BV ist die Behörde, die die Aufhebung der Verwahrung aufgrund neuer Gutachten verfügt, **haftbar im Wiederholungsfall** (vgl. Art. 64*c Abs.* 5 StGB).

50 Die Initiative zielt in erster Linie darauf ab, eine **Haftung des Staates** einzuführen. In der Arbeitsgruppe „Verwahrung" machten die beiden ehemaligen Mitglieder des Initiativkomitees geltend, dass der Wortlaut des Verfassungstextes eindeutig die „Verantwortung der Behörde" vorsehe, was „weniger eine finanzielle Wiedergutmachung als vielmehr die Verpflichtung der Entscheidungsträger, die den Täter freigelassen haben, die Folgen dieser Entscheidung zu tragen" impliziere. Nach Ansicht der großen Mehrheit der Arbeitsgruppe war der Bundesrat jedoch der Ansicht, dass der Begriff der Haftung rechtlich klar sei und nur im Sinne einer „Schadensersatzleistung für Vermögensschäden" verstanden werden könne (vgl. Art. 41 ff. OR).

51 Die Staatshaftung wurde in Art. 380*a Abs.* 1 StGB in Form einer **öffentlich-rechtlichen Kausalhaftung** konkretisiert, d. h. unabhängig von einem Verschulden eines Beamten bei der Aufhebung der lebenslangen Verwahrung. Die Haftung der öffentlichen Körperschaft wird somit ausgelöst, wenn eine der ihr angeschlossenen Behörden eine lebenslange Verwahrung aufhebt oder einer lebenslang verwahrten Person bedingte Entlassung gewährt und diese Person erneut eine der in Art. 64 Abs. 1bis StGB genannten Straftaten begeht. Rückfall wird somit in seiner speziellen Bedeutung verstanden. Das Verfahren richtet sich je nach betroffenem Gemeinwesen nach den kantonalen

Gesetzen über die Staatshaftung oder nach dem Bundesgesetz über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördemitglieder und Beamten vom 14. März 1958 (VG). Nur das Gemeinwesen – Bund oder Kanton – haftet für den Schaden, nicht jedoch die Behörde, die den Entscheid getroffen hat, da diese keine Rechtspersönlichkeit besitzt. Da die eidgenössische Fachkommission nur eine beratende Funktion ausübt, führen ihre Schlussfolgerungen nicht zu einer Haftung des Bundes.

Die Staatshaftung schließt die **zivilrechtliche Haftung der rückfälligen** Person nicht aus (Art. 41 ff. OR). Die geschädigte Person kann somit sowohl gegen das Gemeinwesen als auch gegen die rückfällige Person klagen. Gemäß Art. 380*a Abs.* 2 StGB gelten die Bestimmungen des Obligationenrechts über unerlaubte Handlungen als ergänzendes öffentliches Recht für den Rückgriff des belangten Gemeinwesens gegen den Täter (Art. 51 OR) sowie für die Verjährung der Klage auf Schadenersatz oder Genugtuung (Art. 60 OR). 52

Art. 380*a des* StGB schützt die **Mitglieder der Behörde**, die die Aufhebung der lebenslangen Verwahrung ausgesprochen haben, vor jeder direkten Klage des Opfers des Schadens. Gemäß Absatz 3 hat die beklagte Körperschaft jedoch ein Rückgriffsrecht gegen ihre Beamt*innen, das durch das kantonale Recht oder durch das VG geregelt wird. 53

Gemäß der Botschaft von 2001 wird im Initiativtext nicht präzisiert, um welche Art von Haftung es sich handelt, so dass davon auszugehen ist, dass die Initiantinnen und Initianten nicht nur die zivilrechtliche, sondern auch die strafrechtliche Haftung im Auge hatten. Die **strafrechtliche Haftung** der Mitglieder der Behörde, die die (bedingte) Entlassung anordnet, würde durch die Bestimmungen des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches abgedeckt, insbesondere durch die Straftat der fahrlässigen Tötung (Art. 117 StGB) oder der fahrlässigen schweren Körperverletzung (Art. 125 Abs. 1 und 2 StGB). Nach der Verabschiedung der Verfassungsnorm wird diese Form der Haftung vom Bundesrat in seiner Botschaft von 2005 nicht mehr erwähnt und war auch nicht Gegenstand von Diskussionen im Parlament. Zu Recht ist sich die Lehre einig, dass die in Art. 123*a Abs.* 2 S. 2 BV genannte Haftung nicht strafrechtlicher Natur ist. 54

Auf **vertraglicher Ebene** verpflichten die sich aus Art. 2 EMRK ergebenden Verfahrenspflichten den Staat nicht, einem Opfer auf der Grundlage einer verschuldensunabhängigen Haftung im Falle einer Rückfälligkeit einer Person, 55

die eine Strafmilderung oder eine bedingte Entlassung genießt, eine Entschädigung zu zahlen. Sie stehen auch nicht der Möglichkeit entgegen, die Haftung der Mitglieder einer Behörde, die über Haftverlängerungsmaßnahmen entscheidet, von Vorsatz oder grobem Verschulden abhängig zu machen. Dagegen beinhaltet Artikel 2 EMRK die positive Verpflichtung des Staates, die mögliche Haftung dieser Bediensteten festzustellen, wenn die zu lebenslanger Haft verurteilte Person in Freiheit eine neue schwere Straftat begeht. Das Verfahren gegen diese Beamt*innen muss nicht unbedingt strafrechtlicher Natur sein; es kann auch zivilrechtlicher oder disziplinarischer Natur sein.

F. Absatz 3: Anforderungen an Gutachten

56 Gemäß Art. 123*a Abs.* 3 BV wird jedes Gutachten, das die Person betrifft, der die lebenslange Verwahrung droht, „von mindestens **zwei unabhängigen Sachverständigen** erstellt, die alle erheblichen Elemente berücksichtigen". Aus der deutschen und italienischen Fassung, die präziser sind als die französische, lässt sich entnehmen, dass die Initiantinnen und Initianten zwei voneinander unabhängige (*reciprocamente indipendenti*; *voneinander unabhängig*; *erfahrene Fachleute*; *periti esperti*) und erfahrene Expertinnen und Experten (*esperti*; *experts*) wünschten, die zwei vollständige Gutachten über die betreffende Person erstellen sollten.

57 Der **Art. 56 Abs. 4$^{\text{bis des}}$ StGB überträgt den wesentlichen** Inhalt des Art. 123*a Abs.* 3 der Bundesverfassung in das Gesetz. Der Gesetzgeber hat darauf verzichtet, die von den Gutachter*innen erwarteten Kompetenzen in das Strafgesetzbuch aufzunehmen. In seiner Botschaft von 2005 präzisiert der Bundesrat jedoch, dass die hinzugezogenen Gutachter*innen Spezialist*innen für forensische Psychiatrie, gerichtliche Prognosebeurteilung und Behandlung von Täter*innen schwerer Straftaten gegen die körperliche oder sexuelle Integrität sein müssen. Im Gegensatz zum Verfassungstext fügt Art. 56 Abs. 4$^{\text{bis des}}$ StGB **fügt die Bedingung der Unabhängigkeit der Gutachter*innen von der begutachteten** Person hinzu, in dem Sinne, dass die ersteren die letzteren weder behandelt noch in irgendeiner Weise betreut haben dürfen. In der Praxis erschweren die geringe Anzahl von Gutachter*innen und die lange kriminelle Laufbahn von Personen, denen eine lebenslange Verwahrung droht, die Umsetzung dieser Anforderung.

Gemäß der **Botschaft von 2005** müssen die beiden Gutachten zwar nicht in allen Punkten übereinstimmen, sie dürfen jedoch keine grundlegenden Widersprüche in Bezug auf die Schlussfolgerungen zur Verhängung der lebenslangen Verwahrung enthalten. Bei Meinungsverschiedenheiten zwischen den Gutachtern hat das Gericht die Möglichkeit, ein drittes Gutachten anzufordern, da Art. 123*a Abs.* 3 BV, der in Art. 56 Abs. 4bis StGB übernommen wurde, vorsieht, dass sich der Richter auf „mindestens" zwei unabhängige Gutachten stützt. Die **juristische Rechtsprechung** hat klargestellt, dass für die Verhängung einer lebenslangen Verwahrung von diesen beiden Gutachtern klare, unbestreitbare und übereinstimmende Aussagen über die lebenslange Unheilbarkeit der Person erforderlich sind. Gemäß den Ende März 2025 veröffentlichten Urteilen kamen einige Gutachter zu dem Schluss, dass die betreffende Person tatsächlich lebenslang unheilbar ist. Die sehr restriktiven Bedingungen, die das Strafgesetzbuch, das sich auf die Verfassung stützt, für die Verhängung dieser Maßnahme vorgibt, insbesondere die Forderung an die Sachverständigen, eine „lebenslange Unbehandelbarkeit" vorherzusagen, sollten jedoch dazu führen, dass die lebenslange Verwahrung nur sehr selten, wenn überhaupt, angewendet wird. 58

Die **Aufhebung der Massnahme** erfordert ebenfalls die Erstellung von zwei Gutachten, die den gleichen Anforderungen entsprechen (vgl. Art. 64*c Abs.* 5 StGB). 59

Zu den Autoren

Justine Barton: Sie ist Doktorandin am Lehrstuhl für Strafrecht der Universität Genf und absolviert parallel dazu ihr Anwaltspraktikum. Sie hat einen Bachelor in Rechtswissenschaften (2015), einen Master in Allgemeinem Recht (2017) und ein Zertifikat in Anwaltsspezialisierung (2017) der Universität Genf. Ihre Forschung und Praxis konzentrieren sich hauptsächlich auf Strafrecht und Grundrechte.

Fabio Burgener ist Doktorand und Assistent am Institut für Strafrecht der Universität Genf. Er hat einen Bachelor-Abschluss in Rechtswissenschaften der Universität Genf (2013), einen zweisprachigen Master-Abschluss in Zivil- und Strafrecht der Universitäten Genf und Basel (2016) und ein Zertifikat in Anwaltsspezialisierung (2015). Er ist außerdem Mitglied der Genfer Anwaltskammer, arbeitet in der Kanzlei Keppeler Avocats und ist Mitglied der Strafrechtskommission der Genfer Anwaltskammer. Seine Forschung und

Praxis konzentrieren sich hauptsächlich auf das materielle Strafrecht und das Strafverfahren.

EMPFOHLENE WEITERFÜHRENDE LEKTÜRE

Boos Susan, Auge um Auge, Die Grenzen des präventiven Strafens, Zurich 2022.

Carrère Emmanuel, L'adversaire, Paris 2000.

Foucault Michel, Contre les peines de substitution, Libération du 18 septembre 1981, p. 5, suivi de Punir est la chose la plus difficile qui soit, Témoignage chrétien du 28 septembre 1981, p. 30, reproduits in Dits et écrits II, 1976-1988, Paris 2001, p. 1024 ss.

Helmer Étienne, Aux frontières de la cité : les incurables de Platon, Philosophie antique 2017, n° 17, p. 125 ss.

Nietzsche Friedrich, Zur Genealogie der Moral : Eine Streitschrift, Leipizig 1887 (en particulier : Zweite Abhandlung : « Schuld », « schlechtes Gewissen » und Verwandtes).

Sureau François, Le chemin des morts, Paris 2013.

Weber Hartmut/Scheerer Sebastian (édit.), Leben ohne Lebenslänglich, Gegen die lebenslange Freiheitsstrafe, Bielefeld 1988.

LITERATURVERZEICHNIS

Lehre

Albrecht Peter, Wirklich lebenslänglich?, in : Kuhn André/Margot Pierre/Aebi Marcelo F./Schwarzenegger Christian/Donatsch Andreas/Jositsch Daniel (édit.), Kriminologie, Kriminalpolitik und Strafrecht aus internationaler Perspektive, Festschrift für Martin Killias, Berne 2013, p. 809 ss.

Auroux Sylvain (dir.), Les notions philosophiques, Dictionnaire, tome 1, in : Jacob André (édit.), Encyclopédie philosophique universelle, vol. II, Paris 1990.

Belser Eva Maria/Molinari, art. 7 Cst., in : Waldmann Bernhard/Belser Eva

Maria/Epiney Astrid (édit.), Basler Kommentar, Schweizerische Bundesverfassung, Bâle 2015.

Biaggini Giovanni, BV Kommentar, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2e éd., Zurich 2017.

Bommer Felix, Das Verhältnis von lebenslanger Freiheitsstrafe und Verwahrung im dualistisch-vikariierenden System, in : Jositsch Daniel/ Schwarzenegger Christian/Wohlers Wolfgang (édit.), Festschrift für Andreas Donatsch, Zurich/Bâle/Genève 2017, p. 15 ss.

Casadamont Guy/Poncela Pierrette, Il n'y a pas de peine juste, Paris 2004.

Chanson François/Viredaz Baptiste, art. 380*a* CP, in : Macaluso Alain/ Moreillon Laurent/Queloz Nicolas (édit.), Commentaire romand, Code pénal II, Bâle 2017.

Denys Christian, art. 123*a* Cst., in : Martenet Vincent/Dubey Jacques (édit.), Commentaire romand, Constitution fédérale, Bâle 2021.

Dourneau-Josette Pascal/Tulkens Françoise, La défense sociale au regard de la Convention européenne des droits de l'Homme, Déviance et Société 2010, p. 691 ss.

Dreuille Jean-François, Le droit pénal de l'ennemi : éléments pour une discussion, Jurisprudence. Revue critique 2012, p. 149 ss.

Dubé Richard, La fonction du droit criminel moderne : de la protection de la société à la stabilisation des expectatives normatives, *Droit et société* 2012, p. 659 ss.

Dubey Jacques, art. 7 Cst., in : Martenet Vincent/Dubey Jacques (édit.), Commentaire romand, Constitution fédérale, Bâle 2021.

Dubey Jacques, art. 139 Cst., in : Martenet Vincent/Dubey Jacques (édit.), Commentaire romand, Constitution fédérale, Bâle 2021.

Dyer Andrew, (Grossly) Disproportionate Sentences : Can Charters of Rights Make a Difference ?, Monash University Law Review 2017, p. 195 ss.

Ehrenzeller Bernhard/Nobs Roger, art. 139 Cst., in : Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./

Schweizer Rainer J. (édit.), St. Galler Kommentar, Die schweizerische Bundesverfassung, 4e éd., Zurich/Saint Gall 2023.

Forster Marc, Lebenslange Verwahrung: zur grundrechtskonformen Auslegung von Art. 123*a* BV, AJP/PJA 2004, p. 418 ss.

Garcia Margarida, Innovation et obstacles à l'innovation : la réception des droits de la personne par le système de droit criminel, Champ pénal 2007, p. 1 ss.

Göksu Tarkan, art. 123*a* Cst., in : Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (édit.), Basler Kommentar, Schweizerische Bundesverfassung, Bâle 2015.

Graven Jean, Peut-on se passer de la peine de mort ?, Coimbra 1967.

Heer Marianne, art. 64 CP, N. 101 à 134, art. 64*c* CP et art. 380*a* CP, in : Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger (édit.), Basler Kommentar, Strafrecht, 4e éd., Bâle 2019.

Heer Marianne/Habermeyer Elmar, art. 64 CP, N. 1 à 100a, in : Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger (édit.), Basler Kommentar, Strafrecht, 4e éd., Bâle 2019.

Heer Marianne, Lange Strafen und Längere Verwahrungen, Ein Überblick über das geltende und das künftige Recht, in : Dittmann Volker/Kuhn André/Maag Renie/Wiprächtiger Hans (édit.), Zwischen Mediation und Lebenslang, Neue Wege in der Kriminalitätsbekämpfung, Coire/Zurich 2002, p. 171 ss (cité : Heer, 2002).

Hodgkinson Peter, Les alternatives à la peine de mort – l'expérience du Royaume-Uni, in : Conseil de l'Europe (édit.), Peine de mort, Après l'abolition, Strasbourg 2004, p. 165 ss.

Hottelier Michel, Au cœur du droit pénal, la protection de la dignité humaine, Plaidoyer 8/2016, p. 51 ss.

Jacquemoud Camilla, Les initiants et leur volonté, La notion de volonté des initiants et la délimitation de son influence sur le processus d'initiative populaire, Fribourg 2022.

Jaquier Véronique/Vuille Joëlle, Les femmes et la question criminelle, Délits commis, expériences de victimisation et professions judiciaires, Zurich/Genève 2019.

Jeanneret Yvan, Éditorial, forumpoenale 2015, p. 1.

Jeanneret Yvan/Kuhn André, De la peine de mort à la peine de mort sociale, RJN 2012, p. 15 ss (cité : Jeanneret/Kuhn, 2012).

Jeanneret Yvan/Kuhn André, L'internement à vie devant le Tribunal fédéral : l'indépendance et le courage de la Haute Cour à l'honneur, Jusletter 16 décembre 2013 (cité : Jeanneret/Kuhn, 2013).

Jeanneret Yvan/Kuhn André, L'enseignement à vie *vs.* l'internement à vie : jeu, set, Donatsch !, in : Jositsch Daniel/Schwarzenegger Christian/Wohlers Wolfgang (édit.), Festschrift für Andreas Donatsch, Zurich/Bâle/Genève 2017, p. 73 ss (cité : Jeanneret/Kuhn, 2017).

Jung Anne, De Carl Stooss à l'internement à vie – la dérive sécuritaire des mesures en Suisse, Déviance et Société 2010/4, p. 571 ss.

Killias Martin/Aebi Marcelo F./Kuhn André, Précis de criminologie, 4e éd., Berne 2019.

Kuhn André, Droit suisse des sanctions : de l'utopie à la dystopie, RPS/ZStrR 2017, p. 235 ss.

Kunz Karl-Ludwig/Stratenwerth Günter, Zum Bericht der Arbeitsgruppe "Verwahrung", RPS/ZStrR 2005 p. 2 ss.

Languin Noëlle/Kellerhals Jean/Robert Christian-Nils, L'art de punir, Les représentations sociales d'une « juste » peine, Genève 2006.

Ludwiczak Glassey Maria/Roth Robert/Thalmann Vanessa, art. 56 et 57 CP, in : Moreillon Laurent/Queloz Nicolas/Macaluso Alain/Dongois Nathalie (édit.), Commentaire romand, Code pénal I, 2e éd., Bâle 2021.

Marti Irène, Doing Indefinite Time, An Ethnography of Long-Term Imprisonment in Switzerland, Cham 2023.

Mereu Italo, La mort comme peine, traduction et adaptation par Rossi Madeleine, 3e éd., Bruxelles 2012.

Pires Alvaro P., La « ligne Maginot » en droit criminel : la protection contre le crime versus la protection contre le prince, Revue de droit pénal et de criminologie 2001, p. 145 ss (cité : Pires, 2001a).

Pires Alvaro P., La rationalité pénale moderne, la société du risque et la juridicisation de l'opinion publique, Sociologie et sociétés 2001, p. 179 ss (cité : Pires, 2001b).

Pires Alvaro P., Droits de la personne et peines radicales : comment concilier l'inconciliable, Journal des tribunaux (Belgique) 2012, p. 614 s. (cité : Pires, 2012a).

Pires Alvaro P., Les peines radicales : construction et « invisibilisation » d'un paradoxe, introduction originale in : Mereu Italo, La mort comme peine, traduction et adaptation par Rossi Madeleine, 3e éd., Bruxelles 2012, p. 9 ss (cité : Pires, 2012b).

Pires Alvaro P., La formation de la rationalité pénale moderne au XVIIIe siècle, in : Debuyst Christian/Digneffe Françoise/Pires Alvaro P. (dir.), Histoire des savoirs sur le crime et la peine, tome 2, Bruxelles 2016, p. 21 ss (cité : Pires, 2016).

Pires Alvaro P./Garcia Margarida, Les relations entre les systèmes d'idées : droits de la personne et théories de la peine face à la peine de mort, in : Cartuyvels Yves/Dumont Hugues/Ost François/van de Kerchove Michel/van Drooghenbroeck Sébastien (dir.), Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal ?, Bruxelles 2007, p. 291 ss.

Queloz Nicolas, art. 59 CP, in : Moreillon Laurent/Queloz Nicolas/Macaluso Alain/Dongois Nathalie (édit.), Commentaire romand, Code pénal I, 2e éd., Bâle 2021.

Queloz Nicolas/Balçin-Renklicicek Belkiz, art. 64, 64 al. 1bis et 64*c* CP, in : Moreillon Laurent/Queloz Nicolas/Macaluso Alain/Dongois Nathalie (édit.), Commentaire romand, Code pénal I, 2e éd., Bâle 2021.

Rohner Barbara, Die Fachkommission zur Beurteilung gefährlicher Straftäter nach Art. 62*d* Abs. 2 StGB, Zurich/Bâle/Genève 2016.

Robert Roth, Pratiques pénitentiaires et théorie sociale : L'exemple de la prison de Genève (1825-1862), Genève/Paris 1981 (cité : Roth, 1981).

Roth Robert, Nouveau droit des sanctions : premier examen de quelques points sensibles, RPS/ZStrR 2003, p. 1 ss (cité : Roth, 2003).

Roth Robert, Mesures de sûreté et nouveau droit : confirmations, évolutions et paradoxes, RPS/ZStrR 2008, p. 243 ss (cité : Roth, 2008).

Roth Robert, Contre le droit pénal de l'ennemi, Beccaria 2019, p. 45 ss (cité : Roth, 2019).

Schaub Jann/Manetsch-Imohlz Rahel, art. 64*c* CP, in : Graf Damian K. (édit.), StGB Annotierter Kommentar, Berne 2020.

Stratenwerth Günter/Bommer Felix, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil II: Strafen und Massnahmen, 3e éd., Berne 2020.

Trechsel Stefan, Von der Initiative zum Strafgesetz, Jusletter 17 mai 2004 (cité : Trechsel, 2004).

Trechsel Stefan, Nr. 16 Bezirksgericht Weinfelden, Urteil vom 7. Oktober 2010 i.S. Staat Thurgau, V.C., P.F. und P.M. gegen M.A. – S.2010.39, forumpoenale 2012, p. 138 ss (cité : Trechsel, 2012).

Trechsel Stefan/Pauen Borer Barbara, art. 64*c* CP, in : Trechsel Stefan/Pieth Mark (édit.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 4e éd., Zurich/Saint Gall 2021.

Tubex Hilde/Snacken Sonia, L'évolution des longues peines, aperçu international et analyse des causes, Déviance et Société 1995, p. 103 ss.

Urwyler Christoph, Die Praxis der bedingten Entlassung aus dem Strafvollzug. Eine empirische Studie zur Anwendung des Art. 86 StGB in den Kantonen Bern, Freiburg, Luzern und Waadt, Berlin/Berne 2019.

Vannier Marion, Normalizing Extreme Imprisonment, The Case of Life without Parole in California, Oxford 2021.

Vest Hans, art. 123*a* Cst., in : Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (édit.), St. Galler Kommentar, Die schweizerische Bundesverfassung, 4e éd., Zurich/Saint Gall 2023.

Werro Franz, art. 51 CO, in : Widmer Lüchinger Corinne/Oser David (édit.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7e éd., Bâle 2020.

Wohlers Wolfgang, art. 64*c* CP, in : Wolfgang Wohlers/Gunhild Godenzi/Stephan Schlegel (édit.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Handkommentar, 5e éd., Berne 2024.

Zermatten Aimée H., Le traitement pénal des délinquants sexuels, Analyse du cadre légal et de la pratique en Suisse, Bâle 2024.

Zermatten Aimée H./Freytag Thomas, Commission de dangerosité, in : Brägger Benjamin F./Vuille Joëlle (édit.), Lexique pénitentiaire suisse, De l'arrestation provisoire à la libération conditionnelle, Bâle 2016, p. 82 ss.

Materialien

Chancellerie fédérale, Aboutissement de l'Initiative populaire fédérale « Internement à vie pour les délinquants sexuels ou violents jugés très dangereux et non amendables », 12 juin 2000, FF 2000 3124 ss (cité : Aboutissement).

Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants, Rapport au Conseil fédéral suisse relatif à la visite effectuée en Suisse du 22 mars au 1er avril 2021, 8 juin 2022 (cité : Rapport CPT).

Commission nationale de prévention de la torture, Rapport thématique sur la conformité aux droits fondamentaux de l'exécution de l'internement en Suisse (art. 64 CP) 2019–2021, 26 juillet 2022 (cité : Rapport CNPT).

Conseil fédéral, Message à l'Assemblée fédérale à l'appui d'un projet de code pénal suisse, 23 juillet 1918, FF 1918 IV 1 (cité : Message 1918).

Conseil fédéral, Message concernant l'initiative populaire « Internement à vie pour les délinquants sexuels ou violents jugés très dangereux et non amendables », 4 avril 2001, FF 2001 3265 ss (version française citée : Message 2001), FF 2001 3433 (version allemande citée : Message all. 2001), FF 2001 3063 ss (version italienne citée : Message ital. 2001).

Conseil fédéral, Explications à propos de la votation populaire du 8 février 2004, janvier 2004 (cité : Explications).

Conseil fédéral, Message relatif à la modification du Code pénal dans sa version du 13 décembre 2002 et du Code pénal militaire dans sa version du 21 mars 2003, 29 juin 2005, FF 2005 4425 ss (cité : Message 2005a).

Conseil fédéral, Message relatif à la modification du Code pénal dans sa version du 13 décembre 2002 (Mise en œuvre de l'art. 123*a* de la Constitution fédérale sur l'internement à vie pour les délinquants extrêmement dangereux), 23 novembre 2005, FF 2005 869 ss (cité : Message 2005b), FF 2005 889 ss (version allemande citée : Message all. 2005b), FF 2005 807 ss (version italienne citée : Message ital. 2005b).

Conseil fédéral, Rapport en réponse aux postulats Caroni Andrea 18.3530 et Rickli Natalie (Schwander Pirmin) 18.3531, Réforme de la peine privative de liberté à vie pour les infractions particulièrement graves, 25 novembre 2020 (cité : Rapport CF 2020).

Conseil fédéral, Message relatif à la modification du Code pénal et du droit pénal des mineurs (Train de mesures. Exécution des sanctions), 2 novembre 2022, FF 2022 2991 (cité : Message 2022).

Conseil fédéral, Modification du Code pénal (réforme de la peine privative de liberté à vie), Rapport explicatif relatif à l'ouverture de la procédure de consultation, 2 juin 2023 (cité : Rapport CF 2023).

Conseil fédéral, Message relatif à la modification du code pénal (réforme de la peine privative de liberté à vie), 19 février 2025, FF 2025 773 (cité : Message 2025).

Département fédéral de justice et police, Communication aux médias en vue de la votation populaire du 8 février 2004, 18 novembre 2013 (cité : Communication DFJP).

Groupe de travail, Rapport relatif à la modification du Code pénal suisse dans sa teneur du 13.12.2002, présenté par le groupe de travail « internement », 15 juillet 2004 (cité : Rapport GT).

Groupe de travail, Tableau synoptique des propositions de modifications, 4 août 2004 (cité : Tableau AP GT).

Office fédéral de la justice, Résumé des résultats de la procédure de consultation concernant le rapport et l'avant-projet du 15 juillet 2004 présentés par le groupe de travail « internement », octobre 2005 (cité : Résumé Consultation).

Office fédéral de la justice, Rapport explicatif relatif à l'ordonnance concernant la commission fédérale d'évaluation des possibilités de traiter les personnes internées à vie, 26 juin 2013 (cité : Rapport Commission).

Office fédéral de la justice, Rapport relatif à la motion 16.3002 de la Commission des affaires juridiques du Conseil national « Unifier l'exécution des peines des criminels dangereux », 20 novembre 2018 (cité : Rapport OFJ).

Office fédéral de la justice, Synthèse des résultats de la procédure de consultation concernant la modification du code pénal (réforme de la peine privative de liberté à vie), 19 février 2025 (cité : Synthèse Consultation).

Office fédéral de la statistique, Section 19, Analyses de la récidive, Terminologie et définitions, mai 2009 (cité : OFS).

ACHTUNG: Diese Version des Kommentars ist eine automatische maschinelle Übersetzung des Originals. Die Originalversion ist französisch. Die Übersetzung wurde mit www.deepl.com durchgeführt. Nur die Originalversion ist autoritativ. Die übersetzte Form des Kommentars kann nicht zitiert werden.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 123b BV

Eine Kommentierung von Fabio Burgener

ZITIERVORSCHLAG

Fabio Burgener, Commentary of art. 123b FC, in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (eds.), Online Commentary of the Swiss Federal Constitution

Kurzzitat: OK-Burgener, art. 123b FC N XXX.

Art. 123*b* Unverjährbarkeit der Strafverfolgung und der Strafe bei sexuellen und bei pornografischen Straftaten an Kindern vor der Pubertät

Die Verfolgung sexueller oder pornografischer Straftaten an Kindern vor der Pubertät und die Strafe für solche Taten sind unverjährbar.

GLIEDERUNG

I. Entstehung der Norm 1457
II. Konkretisierung im Strafgesetzbuch 1458
III. Kommentar im eigentlichen Sinne 1459
A. Kind vor der Pubertät 1459
B. Sexuelle oder pornografische Straftaten 1460
C. Autorinnen und Autoren 1461
D. Unverjährbare Strafverfolgung und Strafe 1461
IV. Kritische Würdigung 1462
A. Zweckmäßigkeit der Norm 1462
B. Vereinbarkeit mit dem Völkerrecht 1463
C. Auswirkung auf die zivilrechtliche Verjährung 1464
Empfohlene weiterführende Lektüre 1464
Literaturverzeichnis 1465

I. ENTSTEHUNG DER NORM

Am 1. März 2006 reichte der Verein "Marche Blanche" die Volksinitiative "für die Unverjährbarkeit pornografischer Straftaten an Kindern" mit 119'375 gültigen Unterschriften bei der Bundeskanzlei ein. Der vorgeschlagene Text verlangte, dass "strafbare sexuelle oder pornografische Handlungen an Kindern vor der Pubertät" unverjährbar sein sollten (Hinzufügung eines Art. 123b BV). 1

Der Bundesrat war der Ansicht, dass diese Volksinitiative nicht geeignet ist, die Prävention von Pädokriminalität zu verbessern. Angesichts der Notwendigkeit, den Schutz von Kindern zu verstärken, unterbreitete er dem Parlament jedoch einen indirekten Gegenvorschlag in Form einer neuen Sonderregelung für die Verjährung. Die 15-jährige Verfolgungsverjährungsfrist für bestimmte schwere Straftaten gegen die sexuelle Integrität (Art. 182, 187-191 und 195 StGB) und für schwerste Straftaten gegen Leib und Leben (Art. 111-113 und 122 StGB), die von volljährigen Tätern an Kindern unter 16 Jahren begangen werden, würde an dem Tag zu laufen beginnen, an dem die Opfer volljährig werden oder geworden sind. Bei minderjährigen Tätern würde die Verjährungsfrist an dem Tag enden, an dem das Opfer 25 Jahre alt wird. Das Parlament beantragte die Ablehnung der Initiative und nahm den indirekten Gegenentwurf an. Im Falle einer Ablehnung der Initiative würde der Gegenentwurf in Kraft treten, vorbehaltlich einer Ablehnung durch ein Referendum. 2

Zum Zeitpunkt der Abstimmung lauteten die Hauptargumente der Initiatoren, dass die in der Initiative vorgesehene Unverjährbarkeit (i) in erster Linie durch die besondere Natur des "Verbrechens der sexuellen Handlung an einem Kind" gerechtfertigt sei, (ii) eine abschreckende Wirkung habe, die Anzeige durch die Opfer fördere und so die Zahl der missbrauchten Kinder reduziere, (iii) eine Hilfe im therapeutischen Prozess des Opfers darstelle und (iv) die Aussagen der Opfer mit der Zeit immer zahlreicher und glaubwürdiger würden. 3

Der Bundesrat hingegen argumentierte, (i) dass die Initiative nicht klar genug formuliert und schwer umzusetzen sei, (ii) dass sie aufgrund des schwankenden Pubertätsalters bei Kindern die Gefahr einer Ungleichbehandlung berge, (iii) dass sie nicht zwischen volljährigen und 4

minderjährigen Tätern unterscheide, (iv) dass der Zeitablauf die Feststellung des Sachverhalts erschwert, (v) dass die Unverjährbarkeit den Opfern die Illusion vermittelt, der Staat sei in der Lage, Täter Jahrzehnte nach der Tat zu verfolgen und zu verurteilen, und (vi) dass der Gegenentwurf die Opfer wirksamer schützt.

5 Am 30. November 2008 wurde die Volksinitiative mit 51,9% der gültigen Stimmzettel und 16 Kantonen und 4 Halbkantonen angenommen.

II. KONKRETISIERUNG IM STRAFGESETZBUCH

6 Der Bundesrat war der Ansicht, dass Art. 123b BV direkt anwendbar sei. Die Lösung, die Auslegung dieser Bestimmung den Strafbehörden zu überlassen, warf jedoch angesichts der unbestimmten Begriffe in der Verfassungsnorm mehrere Probleme auf. Sie hätte zu unterschiedlichen kantonalen Praktiken führen können, was Rechtsunsicherheit und Ungleichbehandlung zur Folge gehabt hätte. Diese Lösung hätte auch die Opfer in eine unkomfortable Lage gebracht, da sie nicht von Anfang an hätten wissen können, ob die an ihnen begangenen Straftaten unverjährbar sind oder nicht. Schließlich hätte sie den Grundsatz der Bestimmtheit der gesetzlichen Grundlage untergraben.

7 Die Verfassungsnorm wurde somit zu Recht Gegenstand einer - umfassenden - gesetzgeberischen Konkretisierung in Art. 101 Abs. 1 lit. e und Abs. 3 Satz. 3 StGB, Art. 59 Abs. 1 lit. e und Abs. 3 Satz. 3 des Militärstrafgesetzes vom 13. Juni 1927 (MStG) und Art. 1 Abs. 2 lit. j des Bundesgesetzes über das Jugendstrafrecht vom 20. Juni 2003 (JStG), die am 1. Januar 2013 in Kraft getreten sind.

8 Gemäss Art. 101 Abs. 1 lit. e StGB sind unverjährbar sexuelle Handlungen mit Kindern (Art. 187 Ziff. 1 StGB), sexuelle Nötigung (Art. 189 StGB), Vergewaltigung (Art. 190 StGB), sexuelle Handlungen mit einer urteilsunfähigen oder widerstandsunfähigen Person (Art. 191 StGB), sexuelle Handlungen mit hospitalisierten, inhaftierten oder beschuldigten Personen (Art. 192 Abs. 1 StGB) und das Ausnutzen einer Notlage (Art. 193 Abs. 1 StGB), wenn sie an Kindern unter 12 Jahren begangen wurden. Darüber hinaus muss der Täter zwangsläufig volljährig sein (Art. 1 Abs. 2 lit. j JStPO e contrario). Andere Handlungen, die nach einer extensiven Auslegung von Art. 123b BV unter diese Norm fallen könnten, können nicht als unverjährbar betrachtet werden.

Nach Art. 101 Abs. 2 StGB kann der Richter die Strafe mildern, wenn die Strafverfolgung nach Art. 97 und 98 StGB verjährt ist. Art. 48 lit. e StGB, der sich auf den mildernden Umstand des Zeitablaufs bezieht, ist nicht auf unverjährbare Verbrechen anwendbar. 9

Art. 101 Abs. 3 Satz. 3 StGB regelt das Übergangsrecht. Unverjährbar sind Taten, für die die Strafverfolgung oder die Strafe am 30. November 2008 - also am Tag der Annahme der Initiative - nach dem zu diesem Zeitpunkt geltenden Recht nicht verjährt waren. Diese Regelung ist mit Art. 2 Abs. 1 StGB und Art. 7 Abs. 1 EMRK vereinbar, in denen der Grundsatz des Rückwirkungsverbots im Strafrecht verankert ist. Der EGMR lässt die Anwendung einer längeren Verjährungsfrist für Straftaten zu, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des neuen Gesetzes noch nicht verjährt waren. 10

Art. 59 Abs. 1 lit. e und Abs. 3 S. 3 MStG ist das Gegenstück zu Art. 101 Abs. 1 lit. e und Abs. 3 Satz. 3 StGB im Militärstrafrecht. Nach dieser Norm sind sexuelle Nötigung (Art. 153 MStG), Vergewaltigung (Art. 154 MStG), sexuelle Handlungen mit einer urteilsunfähigen oder widerstandsunfähigen Person (Art. 155 MStG), sexuelle Handlungen mit Kindern (Art. 156 Ziff. 1 MStG) und die Ausnutzung einer militärischen Lage (Art. 157 MStG) unverjährbar, wenn diese Handlungen an Kindern unter zwölf Jahren begangen wurden. 11

III. KOMMENTAR IM EIGENTLICHEN SINNE

A. Kind vor der Pubertät

Der Begriff des "vor der Pubertät stehenden Kindes" war der schweizerischen Rechtsordnung vor der Verabschiedung von Art. 123b BV unbekannt. Aus medizinischer Sicht ist die Pubertät die Übergangszeit von der Kindheit zum Erwachsenenstatus, ein Prozess, der mit somatischen, psychologischen, metabolischen und hormonellen Veränderungen einhergeht. Aus rechtlicher Sicht wurde die Definition dieses Begriffs bei der Konkretisierung der Verfassungsnorm im Strafgesetzbuch erarbeitet. Es bestand ein nahezu einstimmiger Konsens darüber, dass im Umsetzungsgesetz ein klares und leicht anwendbares Kriterium verankert werden sollte, nämlich das Alter des Opfers zum Zeitpunkt der Tat, wobei das Alter entsprechend dem Verständnis des Begriffs "Kind vor der Pubertät" festgelegt werden sollte. Der Vorentwurf des Bundesamts für Justiz schlug ein Alter von 10 Jahren vor, das angeblich dem Durchschnittsalter für den Beginn des Pubertätsprozesses entspricht. Im 12

Rahmen der Anhörung zu diesem Vorentwurf kritisierten die Vereinigung der Kantonsärzte der Schweiz, die Universitären Psychiatrischen Dienste Bern und die Föderation der Schweizer Psychologinnen und Psychologen diese Wahl. Sie wiesen insbesondere darauf hin, dass die Lebensphase der Pubertät bei jedem Kind anders verlaufe, und sprachen sich für eine höhere Grenze aus, d. h. für ein Mindestalter von 16, 14 bzw. 12 Jahren, ab dem ein Kind nicht mehr als "vorpubertär" bezeichnet werden dürfe. Das Alter von 12 Jahren wurde schließlich vom Bundesrat in seiner Botschaft und anschließend vom Parlament festgelegt (vgl. Art. 101 Abs. 1 lit. e in fine StGB).

13 Eine Motion von Nationalrat Jean-Luc Addor vom 18. Juni 2021 mit dem Titel "Ausweitung des Anwendungsbereichs der Unverjährbarkeit von Straftaten gegen die sexuelle Integrität, um Kinder besser zu schützen" , stellte die 2012 beschlossene Konkretisierung des Begriffs "vor der Pubertät stehendes Kind" im Strafgesetzbuch in Frage. Sie schlug eine Revision von Art. 101 Abs. 1 lit. e StGB vor, die darin bestand, die Altersgrenze, bis zu der diese Straftaten unverjährbar sind, von 12 auf 16 Jahre anzuheben. Der Bundesrat beantragte die Ablehnung dieser Motion. Seiner Ansicht nach würde die Ausweitung der Unverjährbarkeit auf Fälle mit Opfern über 12 Jahren über die Volksinitiative hinausgehen, die zur Annahme von Artikel 101 Absatz 1 Buchstabe e StGB geführt hat, und über das von den Initiatoren verfolgte Ziel, die jüngsten Opfer zu schützen, die den illegalen Charakter der begangenen Taten nicht kennen und sie nicht anzeigen können. Der Nationalrat lehnte die Motion ab.

B. Sexuelle oder pornografische Straftaten

14 Der Begriff der "strafbaren Handlung sexueller oder pornografischer Natur" ist im Strafgesetzbuch unbekannt. Es stellte sich die Frage, ob dieser Begriff nur bestimmte Straftaten gegen die sexuelle Integrität (Art. 187-193 und 198 StGB) oder auch alle oder einen Teil der strafbaren pornografischen Handlungen (Art. 197 StGB) erfasst. Der Entwurf des Bundesrates sah vor, die Unverjährbarkeitsregel auf sexuelle Handlungen mit Kindern (Art. 187 Ziff. 1 StGB), sexuelle Nötigung (Art. 189 StGB), Vergewaltigung (Art. 190 StGB) und sexuelle Handlungen mit einer urteilsunfähigen oder zum Widerstand unfähigen Person (Art. 191 StGB; vgl. Art. 101 Abs. 1 lit. e E-StGB) anzuwenden. Das Parlament fügte sexuelle Handlungen mit hospitalisierten, inhaftierten oder beschuldigten Personen (Art. 192 Abs. 1 StGB) und das Ausnutzen einer Notlage (Art. 193 Abs. 1 StGB; vgl. Art. 101 Abs. 1 lit. e StGB)

hinzu. Der Begriff der "pornografischen strafbaren Handlung" hätte durch die Aufnahme des Tatbestands der Pornografie (Art. 197 StGB) in den Katalog von Art. 101 Abs. 1 lit. e StGB konkretisiert werden können. Das Parlament verzichtete jedoch darauf mit der Begründung, dass dieser Straftatbestand nicht schwerwiegend genug sei.

Im Gesetz zur Revision des Sexualstrafrechts passte das Parlament die Liste der Straftaten in Art. 101 Abs. 1 lit. e StGB wie folgt an: sexuelle Handlungen mit Kindern (Art. 187 Ziff. 1 und 1bis StGB), sexuelle Nötigung und sexuelle Übergriffe (Art. 189 StGB), Vergewaltigung (Art. 190 StGB), sexuelle Handlungen mit einer urteilsunfähigen oder widerstandsunfähigen Person (Art. 191 StGB), Ausnutzen einer Notlage oder Abhängigkeit (Art. 193 StGB) und die Täuschung über den sexuellen Charakter einer Handlung (Art. 193a StGB). Die Referendumsfrist für das Gesetz läuft am 5. Oktober 2023 ab. 15

C. Autorinnen und Autoren

Art. 123b BV unterscheidet nicht zwischen mündigen und unmündigen Tätern und Täterinnen. Unter Berücksichtigung der üblichen Methoden zur Auslegung von Verfassungsnormen war der Bundesrat jedoch der Ansicht, dass die Unverjährbarkeit nicht auf minderjährige Täterinnen und Täter ausgedehnt werden sollte. Trotz des Wortlauts der Bestimmung ist dieser Ausschluss aus systematischer (das Schweizer Recht sieht eine Sonderregelung für minderjährige Täter vor), teleologischer (keine emotionale oder wirtschaftliche Verbindung zwischen einem Opfer und einem minderjährigen Täter) und historischer Sicht (keine öffentliche Stellungnahme der Initianten zum Missbrauch unter Minderjährigen) voll und ganz gerechtfertigt. Die Einhaltung der Grundsätze der Verhältnismässigkeit (Art. 5 Abs. 2 BV) und der Gleichbehandlung (Art. 8 Abs. 1 BV) rechtfertigt ebenfalls die unterschiedliche Behandlung von minderjährigen Tätern. 16

D. Unverjährbare Strafverfolgung und Strafe

Art. 123b BV sieht ausdrücklich vor, dass die Strafverfolgung und die Strafe unverjährbar sind. 17

IV. KRITISCHE WÜRDIGUNG

A. Zweckmäßigkeit der Norm

18 Mehrere Studien belegen, dass viele Opfer Straftaten gegen ihre sexuelle Integrität von Mitgliedern ihrer eigenen Familie oder ihres nahen Umfelds erleiden. Besteht zwischen dem Täter und dem Opfer eine starke emotionale oder wirtschaftliche Bindung, fällt es dem Opfer häufig schwer, über die erlittenen Taten zu sprechen, solange es sich nicht aus dieser Umklammerung befreit und psychotherapeutische Arbeit geleistet hat. So kann das Schweigen erst viele Jahre nach dem Missbrauch gebrochen werden. Eine zu kurze Verjährungsfrist hat den Nachteil, dass sie die Strafverfolgung behindert und es einem Täter ermöglicht, sich jeglicher Strafe zu entziehen.

19 Bei der Prüfung der Volksinitiative kam der Bundesrat zum Schluss, dass für den Straftatbestand des "sexuellen Missbrauchs von Kindern" eine besondere Verjährungsregelung erforderlich ist. Er wies darauf hin, dass Art. 70 Abs. 2 aStGB für schwere Straftaten gegen die sexuelle Integrität eines Kindes unter 16 Jahren (Art. 187 und 188 StGB) eine 15-jährige Verfolgungsverjährungsfrist vorsieht und dass die Verjährung in jedem Fall bis zur Vollendung des 25. So musste das Opfer beispielsweise vor Vollendung des 25. Lebensjahres handeln, wenn es im Alter von weniger als 10 Jahren Opfer einer Straftat geworden war, und bis zum 32. Damit erkannte der Gesetzgeber bereits an, dass den Opfern mehr Zeit gegeben werden sollte, um die Taten anzuzeigen. Der Bundesrat räumte jedoch ein, dass diese Frist verlängert werden sollte, z. B. indem der dies ad quo auf den Zeitpunkt der Volljährigkeit des Opfers festgelegt wird. Hingegen lehnte er die Unverjährbarkeit mit der Begründung ab, dass diese über das notwendige Maß hinausgehe und sich daher als unverhältnismäßig erweise.

20 Neben der berechtigten Kritik des Bundesrates haben die Initianten nicht berücksichtigt, dass eine Strafanzeige auch von einer Drittperson gemacht werden kann und gegen den Willen des Opfers zur Eröffnung eines Strafverfahrens führen kann. Bei dieser Konstellation besteht die Gefahr, dass das Opfer mehr belastet als unterstützt wird, zumal der Zeitablauf die Feststellung des Sachverhalts erschwert.

21 Unserer Ansicht nach hätte der indirekte Gegenvorschlag, der 2008 dem Volk vorgelegt wurde, im Bereich der Verfolgungsverjährung (Art. 97 und 98 StGB)

den Schwierigkeiten minderjähriger Opfer bei der Anzeige von Straftaten ausreichend Rechnung tragen können. Die von den Initiantinnen und Initianten zur Unterstützung der Unverjährbarkeit vorgebrachten Argumente scheinen uns nicht überzeugend, insbesondere die Argumente bezüglich der abschreckenden Wirkung für die Täterinnen und Täter und der therapeutischen Wirkung für die Opfer sowie die Argumente bezüglich der Zeugenaussagen. Was die Verjährung der Strafe (Art. 99 StGB) betrifft, deren Frist an dem Tag zu laufen beginnt, an dem das Urteil vollstreckbar wird (Art. 100 StGB), so sollte bei der Festlegung der Dauer nur die Schwere der begangenen Straftat berücksichtigt werden. Die Unverjährbarkeit der Strafe scheint uns nur bei Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit, Kriegsverbrechen und Terrorakten gerechtfertigt (Art. 101 Abs. 1 lit. a bis d StGB).

B. Vereinbarkeit mit dem Völkerrecht

Der EGMR ist der Ansicht, dass die Verjährungsvorschriften so ausgelegt 22
werden können, dass sie lediglich eine Vorbedingung für die Prüfung eines Falls auferlegen und die Ausübung des Rechts auf ein faires Verfahren nicht beeinträchtigen (Art. 6 EMRK). Die Unverjährbarkeit der Strafverfolgung garantiert dem Opfer den Zugang zu einem Richter ohne zeitliche Begrenzung (Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK). Darüber hinaus führt sie nicht ipso facto zu einer Schwächung der Rechte, die dem Beschuldigten in dem gegen ihn eingeleiteten Strafverfahren gewährt werden (Art. 6 Abs. 1 bis 3 EMRK). Sobald das Opfer den Sachverhalt angezeigt hat, sollte das Fehlen einer Verjährungsfrist jedoch keinesfalls dazu führen, dass die Strafbehörden den Grundsatz der Beschleunigung missachten (Art. 6 § 1 S. 2 EMRK). Die Unverjährbarkeit von sehr schweren gemeinrechtlichen Straftaten verstößt somit nicht per se gegen die EMRK.

Das Übereinkommen des Europarates zum Schutz von Kindern vor sexueller 23
Ausbeutung und sexuellem Missbrauch vom 25. Oktober 2007 (Lanzarote-Konvention; CETS Nr. 201) ist für die Schweiz am 1. Juli 2014 in Kraft getreten. Art. 33 verpflichtet die Mitgliedstaaten, gesetzgeberische Maßnahmen zu ergreifen, damit die Verjährungsfrist für die Strafverfolgung der Straftaten des sexuellen Missbrauchs (Art. 18) und der Anwerbung oder Nötigung zur Prostitution (Art. 19 Abs. 1 lit. a und b) oder der pornografischen Darbietung (Art. 21 Abs. 1 lit. a und b) nach Erreichen der Volljährigkeit des

Kindes noch so lange weiterläuft, dass eine wirksame Strafverfolgung möglich ist, und diese Frist der Schwere der betreffenden Straftat angemessen ist. Das Schweizer Recht wurde so geändert, dass es vollständig mit diesem Übereinkommen vereinbar ist. In Bezug auf Straftaten, die unter Art. 101 Abs. 1 Buchst. e StGB fallen, geht es sogar über das Übereinkommen hinaus.

C. Auswirkung auf die zivilrechtliche Verjährung

24 Die Unverjährbarkeit der Strafverfolgung wirkt sich auch auf die zivilrechtliche Verjährung aus. Nach Art. 60 Abs. 2 OR verjährt die Klage auf Schadenersatz oder Genugtuung ungeachtet der Absätze 1 und 1bis frühestens mit Ablauf der Verjährungsfrist der Strafverfolgung, wenn das schädigende Ereignis auf eine strafbare Handlung der ersatzpflichtigen Person zurückzuführen ist; ist die Verjährung der Strafverfolgung nicht mehr gegeben, weil ein erstinstanzliches Urteil ergangen ist, verjährt die zivilrechtliche Klage frühestens drei Jahre nach Zustellung des Urteils. Dies gilt nur, wenn der Sachverhalt, der den Schaden verursacht hat, eine strafbare Handlung darstellt. Bei Unverjährbarkeit der Strafverfolgung ist die Verfolgung ohne zeitliche Begrenzung möglich und das erstinstanzliche Strafurteil hat keine unterbrechende Wirkung. Der zweite Satz findet daher keine Anwendung und die zivilrechtlichen Ansprüche des Opfers bleiben unverjährbar.

Über den Autor

Fabio Burgener hat einen Bachelor in Rechtswissenschaften der Universität Genf (2013), einen zweisprachigen Master in Zivil- und Strafrecht der Universitäten Genf und Basel (2016) und ein Certificat de Spécialisation en matière d'Avocature (2015). Er ist Doktorand und Assistent an der Abteilung für Strafrecht der Universität Genf. Parallel dazu ist er in der Genfer Anwaltskammer eingetragen und praktiziert in der Kanzlei Keppeler Avocats. Er ist außerdem stellvertretender Richter am erstinstanzlichen Strafgericht des Kantons Genf. Seine Forschungs- und Praxisschwerpunkte sind das materielle Strafrecht und das Strafprozessrecht.

EMPFOHLENE WEITERFÜHRENDE LEKTÜRE

Capus Nadja, Die Annahme der Unverjährbarkeits-Initiative: Ein Kommentar zur eidgenössischen Abstimmung, Forumpoenale 2009, p. 110-115.

De Becker Emmanuel/Hayez Jean-Yves, L'enfant victime d'abus sexuel et sa famille : évaluation et traitement, Paris 1999.

Frischknecht Tom, Zur Eidgenössischen Volksinitiative « für die Unverjährbarkeit pornografischer Straftaten an Kindern », RPS/ZStrR 126 (2008) p. 434-454.

LITERATURVERZEICHNIS

Asholt Martin, Verjährung im Strafrecht, Zu den theoretischen, historischen und dogmatischen Grundlagen des Verhältnisses von Bestrafung und Zeit in §§ 78 ff. StGB, Tübingen 2016.

Biaggini Giovanni, Commentaire de l'art. 123*b* Cst., in : BV Kommentar, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2e éd., Zürich 2017.

Capus Nadja, Die Annahme der Unverjährbarkeits-Initiative : Ein Kommentar zur eidgenössischen Abstimmung, Forumpoenale 2009, p. 110-115.

Chancellerie fédérale, Examen préliminaire de l'initiative populaire fédérale « pour l'imprescriptibilité des actes de pornographie enfantine » du 17.8.2004, FF 2004 4443 ss, disponible sous : https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2004/800/fr (dernière consultation : 18.8.2023) (cité : Examen).

Chancellerie fédérale, Aboutissement de l'initiative populaire fédérale « pour l'imprescriptibilité des actes de pornographie enfantine » du 23.3.2006, FF 2006 3529 ss, disponible sous : https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2006/386/fr (dernière consultation : 18.8.2023) (cité : Aboutissement).

Conseil de l'Europe, Rapport explicatif de la Convention du Conseil de l'Europe sur la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels, 25.10.2007, Lanzarote, disponible sous : https://rm.coe.int/16800d3891 (dernière consultation : 18.8.2023) (cité : Rapport explicatif).

Conseil fédéral, Explications à propos de la votation populaire du 30.11.2008, disponible sous : https://www.bk.admin.ch/dam/bk/fr/dokumente/Abstimmungsbuechlein/erlaeuterungen_desbundesrates30112008.pdf.download.pdf/explications_du_conseilfederal30112008.pdf (dernière consultation : 18.8.2023) (cité : Explications).

Conseil fédéral, Liste des destinataires de la consultation du 26.5.2010 sur la révision du CP et du CPM concernant la mise en œuvre de l'art. 123b Cst, disponible sous : https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/sicherheit/gesetzgebung/archiv/unverjaehrbarkeit.html (dernière consultation : 18.8.2023) (cité : Destinataires).

Däppen Robert K., Commentaire de l'art. 60 CO, in : Widmer Lüchinger Corinne/Oser David (édit.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7e éd., Bâle 2020.

De Becker Emmanuel/Hayez Jean-Yves, L'enfant victime d'abus sexuel et sa famille : évaluation et traitement, Paris 1999.

Denys Christian, Commentaire de l'art. 123*b* Cst., in : Martenet Vincent/Dubey Jacques (édit.), Commentaire romand, Constitution fédérale, Bâle 2021.

Frischknecht Tom, Zur Eidgenössischen Volksinitiative « für die Unverjährbarkeit pornografischer Straftaten an Kindern », RPS/ZStrR 126/2008, p. 434-454.

Göksu Tarkan, Commentaire de l'art. 123*b* Cst., in : Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (édit.), Basler Kommentar, Schweizerische Bundesverfassung, Bâle 2015.

Groupe de travail Enfance maltraitée, Rapport de juin 1992, Berne FF 1995 IV 53 ss, disponible sous : https://www.bsv.admin.ch/dam/bsv/fr/dokumente/kinder/studien/bericht1992_kindesmisshandlung.pdf.download.pdf/rapport_enfance_maltraiteeensuisseavisduconseilfederaldu27juin19.pdf (dernière consultation 18.8.2023) (cité : Rapport GT 1992).

Jacquemoud Camilla, Les initiants et leur volonté, La notion de volonté des initiants et la délimitation de son influence sur le processus d'initiative populaire, Fribourg 2022.

Loftus Elizabeth F./Ketchan Katherine, Die therapierte Erinnerung, Hambourg 1995.

Maier Philipp, Die Nötigungsdelikte im neuen Sexualstrafrecht, Zurich 1994.

Message concernant l'initiative populaire « pour l'imprescriptibilité des actes de pornographie enfantine » et la loi fédérale sur la prescription de l'action pénale en cas d'infractions sur les enfants (modification du code pénal et du

code pénal militaire) du 27.6.2007, FF 2007 5099 ss, disponible sous : https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2007/758/fr (dernière consultation : 18.8.2023) (cité : Message 2007).

Message relatif à la loi fédérale portant mise en œuvre de l'art. 123b de la Constitution concernant l'imprescriptibilité des actes d'ordre sexuel ou pornographique commis sur des enfants impubères (Modification du code pénal, du code pénal militaire et du droit pénal des mineurs) du 22.6.2011, FF 2011 5565 ss, disponible sous : https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2011/883/fr (dernière consultation : 18.8.2023) (cité : Message 2011).

Message concernant l'approbation de la convention du Conseil de l'Europe sur la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels (convention de Lanzarote) et sa mise en œuvre (modification du code pénal), FF 2012 7051 ss, disponible sous : https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2012/1181/fr (dernière consultation : 18.8.2023) (cité : Message 2012).

Message relatif à la modification du code des obligations (Droit de la prescription), FF 2014 221 ss, disponible sous : https ://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2014/65/fr (dernière consultation : 18.8.2023) (cité : Message 2014).

Morin Ariane, La prise en compte du droit pénal en droit de la responsabilité civile, in : Perrier Depeursinge Camille/Dongois Nathalie/Garbarski Andrew M./Lombardini Carlo/Macaluso Alain (édit.), Cimes et Châtiments, Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Moreillon, Berne 2022, p. 443-452.

Office fédéral de la justice, Rapport explicatif relatif à la modification du Code pénal suisse concernant le contre-projet indirect à l'initiative populaire « pour l'imprescriptibilité des actes de pornographie enfantine », Berne, janvier 2007, disponible sous : https://www.bj.admin.ch/dam/bj/fr/data/sicherheit/gesetzgebung/archiv/unverjaehrbarkeit/vn-ber-f.pdf.download.pdf/vn-ber-f.pdf (dernière consultation : 18.8.2023) (cité : Rapport OFJ 2007).

Office fédéral de la justice, Résumé des résultats de la procédure de consultation concernant l'initiative populaire « pour l'imprescriptibilité des actes de pornographie enfantine » et la loi fédérale sur la prescription de l'action pénale en cas d'infractions sur les enfants, Berne, mai 2007, disponibe sous : https://www.fedlex.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/dl/proj/6007/4/cons_1/doc_6/fr/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-dl-proj-6007-4-

cons_1-doc_6-fr-pdf-a.pdf (dernière consultation : 18.8.2023) (Résumé Consultation 2007).

Office fédéral de la justice, Rapport explicatif relatif à la modification du code pénal suisse et du code pénal militaire concernant la mise en œuvre de l'article 123b de la Constitution fédérale sur l'imprescriptibilité des actes de pornographie enfantine, Berne, mai 2010, disponible sous : https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/78018.pdf (dernière consultation : 18.8.2023) (Rapport OFJ 2010).

Office fédéral de la justice, Synthèse des résultats de la procédure de consultation relative au rapport explicatif et à l'avant-projet de loi fédérale concernant l'imprescriptibilité des actes d'ordre sexuel ou pornographique commis sur des enfants prépubères, Berne, mars 2011, disponible sous : https://www.bj.admin.ch/dam/bj/fr/data/sicherheit/gesetzgebung/archiv/unverjaehrbarkeit/ve-ber-umsetzung-f.pdf.download.pdf/ve-ber-umsetzung-f.pdf (dernière consultation : 18.8.2023) (Synthèse Consultation 2011).

Schöbi Félix, Unverjährbarkeit – Die Bedeutung von Art. 123b BV für das Haftpflichtrecht, in : Fuhrer S. (édit.), Schweizerische Gesellschaft für Haftpflicht- und Versicherungsrecht : Festschrift zum fünfzigjährigen Bestehen, Zürich 2010, p. 519-530.

Verde Michel, Unverjährbarkeit von Schadenersatz- und Genugtuungsansprüchen?, PJA/AJP 7 (2017) p. 837-843.

Vest Hans, Commentaire de l'art. 123*b* Cst., in : Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G. / Schweizer Rainer J. (édit.), St. Galler Kommentar, Die schweizerische Bundesverfassung, 4e éd., Zurich/St.Gall 2023.

Wildhaber Isabelle/Dede Sevda, Ist das neue Verjährungsrecht im Haftpflichtrecht angemessen?, in : Fuhrer Stephan/Kieser Ueli/Weber Stephan (édit.), Mehrspuriger Schadenausgleich / Des différentes voies menant à la réparation du dommage, Mit Beiträgen zum Haftpflicht-, Sozialversicherungs- und Privatversicherungsrecht / Avec des contributions en droit de la responsabilité civile, en droit des assurances sociales et privées, Zurich/St.Gall 2022, p. 298-312.

Ziegler Andreas R./Wehrenberg Stefan, Commentaire de l'art. 101 CP, in : Moreillon Laurent/Macaluso Alain/Queloz Nicolas/Dongois Nathalie (édit.), Commentaire romand, Code pénal I, 2e éd., Bâle 2021.

Zurbrügg Matthias, Commentaire de l'art. 101 CP, in : Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger (édit.), Basler Kommentar, Strafrecht, 4e éd., Bâle 2019.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 130 BV

Eine Kommentierung von Claude Grosjean

ZITIERVORSCHLAG

Claude Grosjean, Kommentierung zu Art. 130 BV, in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (Hrsg.), Onlinekommentar zur Bundesverfassung

Kurzzitat: OK-Grosjean, Art. 130 BV N. XXX.

Art. 130 Mehrwertsteuer

[1] Der Bund kann auf Lieferungen von Gegenständen und auf Dienstleistungen einschliesslich Eigenverbrauch sowie auf Einfuhren eine Mehrwertsteuer mit einem Normalsatz von höchstens 6,5 Prozent und einem reduzierten Satz von mindestens 2,0 Prozent erheben.

[2] Das Gesetz kann für die Besteuerung der Beherbergungsleistungen einen Satz zwischen dem reduzierten Satz und dem Normalsatz festlegen.

[3] Ist wegen der Entwicklung des Altersaufbaus die Finanzierung der Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung nicht mehr gewährleistet, so kann in der Form eines Bundesgesetzes der Normalsatz um höchstens 1 Prozentpunkt und der reduzierte Satz um höchstens 0,3 Prozentpunkte erhöht werden.

[3bis] Zur Finanzierung der Eisenbahninfrastruktur werden die Sätze um 0,1 Prozentpunkte erhöht.

[3ter] Zur Sicherung der Finanzierung der Alters- und Hinterlassenenversicherung erhöht der Bundesrat den Normalsatz um 0,4 Prozentpunkte, den reduzierten Satz und den Sondersatz für Beherbergungsleistungen um je 0,1 Prozentpunkte, sofern der

Grundsatz der Vereinheitlichung des Referenzalters von Frauen und Männern in der Alters- und Hinterlassenenversicherung gesetzlich verankert wird.

[3quater] Der Ertrag aus der Erhöhung nach Absatz 3ter wird vollumfänglich dem Ausgleichsfonds der Alters- und Hinterlassenenversicherung zugewiesen.

[4] 5 Prozent des nicht zweckgebundenen Ertrags werden für die Prämienverbilligung in der Krankenversicherung zu Gunsten unterer Einkommensschichten verwendet, sofern nicht durch Gesetz eine andere Verwendung zur Entlastung unterer Einkommensschichten festgelegt wird.

2. Kapitel: Übergangsbestimmungen

Art. 196 Übergangsbestimmungen gemäss Bundesbeschluss vom 18. Dezember 1998 über eine neue Bundesverfassung

14. Übergangsbestimmung zu Art. 130 (Mehrwertsteuer)

[1] Die Befugnis zur Erhebung der Mehrwertsteuer ist bis Ende 2035 befristet.

[2] Zur Sicherung der Finanzierung der Invalidenversicherung hebt der Bundesrat die Mehrwertsteuersätze vom 1. Januar 2011 bis 31. Dezember 2017 wie folgt an: ...

[3] Der Ertrag aus der Anhebung nach Absatz 2 wird vollumfänglich dem Ausgleichsfonds der Invalidenversicherung zugewiesen.

[4] Zur Sicherung der Finanzierung der Eisenbahninfrastruktur hebt der Bundesrat die Steuersätze nach Artikel 25 des Mehrwertsteuergesetzes vom 12. Juni 2009 ab 1. Januar 2018 um 0,1 Prozentpunkt an, im Fall einer Verlängerung der Frist gemäss Absatz 1 bis längstens 31. Dezember 2030.

[5] Der Ertrag aus der Anhebung nach Absatz 4 wird vollumfänglich dem Fonds nach Artikel 87*a* zugewiesen.

GLIEDERUNG

I. Einleitung ... 1475
II. Entstehungsgeschichte ... 1475
III. Kontext ... 1481
IV. Kommentar i.e.S. ... 1483
A. Art. 130 Abs. 1 BV ... 1483
1. Erhebungskompetenz ... 1484
a. Inlandsteuer: nachträglich derogatorische, umfassende Kompetenz ... 1484
b. Verbot gleichartiger kantonaler Steuern ... 1484
c. Einfuhrsteuer: ausschliessliche Kompetenz? ... 1487
d. Befristung der Erhebungskompetenz ... 1487
2. Steuerhoheit und räumlicher Anwendungsbereich ... 1487
3. Inlandsteuer ... 1490
a. Belastungs- und Erhebungskonzeption ... 1490
b. Steuersubjekt der Inlandsteuer ... 1492
c. Steuerobjekt der Inlandsteuer ... 1493
i. Die Leistung ... 1493
ii. Entgeltlichkeit ... 1495
iii. Entgelts- und Leistungserwartung statt wirtschaftlicher Verknüpfung. 1495
iv. Eigenverbrauch ... 1498
v. Bezugsteuer ... 1499
d. Bemessungsgrundlage ... 1500
e. Veranlagung ... 1500
4. Einfuhrsteuer ... 1501
5. Steuersätze ... 1503
a. Normalsatz ... 1503
b. Reduzierter Satz ... 1504
6. Steuerausnahmen ... 1506
7. Verfolgung ausserfiskalischer Ziele ... 1507
8. Hoheitliche Tätigkeiten ... 1507
B. Art. 130 Abs. 2 BV ... 1509
1. Beherbergungsleistungen ... 1511
2. Sondersatz ... 1512
C. Art. 130 Abs. 3 BV: Zweckbindung zur Finanzierung der AHV ... 1512
D. Art. 130 Abs. 3bis BV: Zweckbindung zur Finanzierung der Eisenbahninfrastruktur und Übergangsbestimmung Art. 196 Ziff. 14 Abs. 4 und 5 BV ... 1513
E. Art. 130 Abs. 3ter BV: Zweckbindung zur Zusatzfinanzierung der AHV ... 1514
F. Art. 130 Abs. 3quater BV: Zuweisung zum AHV-Ausgleichsfonds ... 1514
G. Art. 130 Abs. 4 BV: Zweckbindung für die Prämienverbilligung in der Krankenversicherung ... 1515
H. Art. 196 Ziff. 14 Abs. 1 BV ... 1516

Weitere empfohlene Lektüre 1518
Literaturverzeichnis 1519
Materialienverzeichnis 1522

I. EINLEITUNG

Die Mehrwertsteuer ist neben der direkten Bundesteuer die **wichtigste Einnahmequelle** des Bundes. 2024 stammten rund 27 Mrd. Franken oder ungefähr 30 Prozent der Bundeseinnahme aus der Mehrwertsteuer. Aufgrund der breiten Bemessungsgrundlage führt sie bei einer verhältnismässig tiefen Steuerbelastung zu einem erheblichen Steueraufkommen. So bringt beispielsweise eine Erhöhung des Normalsatzes um 0,1 Prozentpunkte bereits jährliche Mehreinnahmen von über 300 Millionen Franken. Da Steuererhöhungen bei der Mehrwertsteuer weniger spürbar sind als bei anderen Steuern und deshalb tendenziell politisch auf weniger Widerstand stossen, ist sie eine **beliebte Finanzierungsquelle**. So dient sie z.B. teilzweckgebunden zur Finanzierung der Sozialversicherungen und des Bahninfrastrukturfonds und ist immer auch wieder im Gespräch zur Finanzierung weiterer Aufgaben wie Rüstung, Medien etc. Auch führt eine Erhöhung der Mehrwertsteuer zu weniger Ausweichreaktionen als bei anderen Steuern, da die Mehrwertsteuer im Land des Konsums, dem sogenannten Bestimmungsland, und nicht im Land der Produktion, dem sogenannten Ursprungsland, erhoben wird und sich Konsum – abgesehen vom Einkaufstourismus – im Vergleich zu Produktion kaum verlagern lässt. Vor dem Hintergrund, dass sich Konsum kaum verlagern lässt, sind auch die Bestrebungen der OECD bei den direkten Steuern zu sehen, die Gewinne sehr umsatzstarker und hoch rentabler multinationaler Unternehmen in den Marktstaaten, wo sie erwirtschaftet werden – statt wie bisher in den Sitzstaaten – zu besteuern, obwohl dieses Prinzip der Gewinnsteuer fremd ist.[5859] 1

II. ENTSTEHUNGSGESCHICHTE

Die Vorläuferin der heutigen Mehrwertsteuer, die **Warenumsatzsteuer**, hatte der Bundesrat zusammen mit anderen Bundessteuern gestützt auf die **ausserordentlichen Vollmachten** vom 30. August 1939[5860] «zur Tilgung der ausserordentlichen Wehraufwendungen und zur Ordnung des 2

5859 https://www.oecd.org/en/topics/sub-issues/reallocation-of-taxing-rights-to-market-jurisdictions.html.

5860 AS 1939 769.

Finanzhaushaltes des Bundes»[5861] vorerst befristet bis Ende 1945 eingeführt. Ein erstes Mal erhoben wurde sie für das 4. Quartal 1941 auf Grundlage des Bundesratsbeschluss vom 29. Juli 1941[5862] über die Warenumsatzsteuer (Warenumsatzsteuerbeschluss/WUB). Bereits am 20. November 1942 beschloss der Bundesrat unter anderem, die Warenumsatzsteuer zu erhöhen und sie bis Ende 1949 zu verlängern.[5863] Am 21. Dezember 1949 musste sie die Bundesversammlung um weitere zwei Jahre verlängern, da sie sich nicht rechtzeitig über eine Neuordnung des Finanzhaushaltes einigen konnte.[5864] Am 4. Juni 1950 lehnen Volk und Stände in der Folge eine Neuordnung des Finanzhaushaltes inklusive Warenumsatzsteuer auf Verfassungsstufe ab. Darauf schlug der Bundesrat eine auf vier Jahre beschränkte Übergangsordnung[5865] vor, die materiell weitgehend dem bisherigen Recht entsprach und schliesslich am 3. Dezember 1950 bei Volk und Ständen auf Zustimmung stiess. Somit wurde ab **1951** die Warenumsatzsteuer erstmals in der **Bundesverfassung** geregelt, wenn auch wegen ihrer Befristung bloss in den **Übergangsbestimmungen**. Erst ab **1959** fand die Warenumsatzsteuer mit Art. 41ter in den **Hauptteil der Verfassung** Eingang,[5866] nachdem Volk und Stände 1953 einen Neuentwurf für die Finanzordnung erneut abgelehnt hatten.[5867] Die **Befristung der Erhebungskompetenz** wurde hingegeben bis heute beibehalten (vgl. N. 28 und N. 86 ff.).

3 Die **Warenumsatzsteuer** wurde, wie es der Name sagt, lediglich **auf Lieferungen**, **nicht aber auf Dienstleistungen** erhoben. Steuerpflichtig waren grundsätzlich Grossistinnen und Grossisten für ihre Lieferung an den Detailhandel (Detail-Lieferung). Als Detail-Lieferung galt jede Lieferung, die nicht zwischen Grossisten erfolgte.[5868] Als Lieferung besteuert wurden auch blosse Arbeiten an einem Gegenstand. Da Dienstleistungen nicht besteuert wurden, hätte andernfalls der Anreiz bestanden, die Ware erst nach dem steuerbaren Verkauf zu verarbeiten, um die Steuerlast zu senken.[5869] Im Unterschied zum heutigen Mehrwertsteuerrecht galten hingegen die

5861 BBl 1940 432.
5862 AS 1941 793.
5863 AS 1942 1102.
5864 AS 1949 1801.
5865 AS 1950 1463.
5866 AS 1958 362.
5867 Zum Ganzen: Wellauer, S. 53 ff.
5868 Zum Ganzen: Metzger WUST, Rz. 27–61.
5869 Vgl. Metzger WUST, Rz. 293.

Überlassung zum Gebrauch oder zur Nutzung aus praktischen Gründen nicht als Lieferungen. Die steuerbare Engros-Vermietung zwecks Untervermietung hätte kaum von der nicht steuerbaren Detail-Vermietung ohne Untermiete abgegrenzt werden können; jedoch unterlag insbesondere bei Miet-Kauf-Verträgen das Mietentgelt in bestimmten Fällen der Eigenverbrauchsbesteuerung, um Steuerumgehungen entgegenzuwirken.[5870]

4 In den Jahren 1977, 1979 und 1991 wollten Bundesrat und Parlament die Warenumsatzsteuer durch eine Mehrwertsteuer ablösen, was jedoch bei Volk und Ständen keine Mehrheit fand und stets bloss zu einer Verlängerung der Befugnis zur Erhebung der Warenumsatzsteuer führte.[5871] Wegen des Scheiterns der Mehrwertsteuer in der Abstimmung 1991 und weil die Kompetenz zur Erhebung der Warenumsatzsteuer bereits Ende 1994 auslief, wollte der Bundesrat in seiner Botschaft vom 18. Dezember 1991[5872] bloss eine Befugnis für die Erhebung einer **Umsatzsteuer** mit einem Höchstsatz von 6,2 Prozent in die Verfassung schreiben. Das Parlament hätte gestützt darauf entweder die **Mehrwertsteuer einführen** oder die **Warenumsatzsteuer verlängern** können. Bis zum Inkrafttreten des entsprechenden Gesetzes hätte gestützt auf eine Übergangsbestimmung die Warenumsatzsteuer weiter gegolten.[5873]

5 Das Parlament hingegen wollte die **Mehrwertsteuer direkt einführen**. Ausschlaggebend dafür war, dass es die finanzielle Situation des Bundes nicht zuliess, die auf den Investitionsgütern und Betriebsmitteln als Schattensteuer oder sogenannte Taxe occulte lastende Warenumsatzsteuer aufzuheben, um die Produktionskosten zu senken und damit die Wettbewerbsnachteile gegenüber dem Ausland zu beseitigen. Mit der Mehrwertsteuer hingegen konnten die durch den Wegfall der Taxe occulte entstehenden Mindereinnahmen durch die **Besteuerung der Dienstleistungen** kompensiert werden. Eine Mehrheit der politischen Parteien sowie die Spitzenverbände waren mit der direkten Einführung der Mehrwertsteuer einverstanden, der Gewerkschaftsbund allerdings erst, nachdem eine Erhöhung des Mehrwertsteuersatzes zugunsten der AHV und IV und die Verwendung von 5 Prozent der Erträge für **Entlastungen unterer**

5870 Vgl. Wellauer, Rz. 202 ff.
5871 Imstepf 2011, S. 70 ff.
5872 Botschaft Ersatz Finanzordnung, S. 799 ff.
5873 Zum Ganzen: Imstepf 2011, S. 92.

Einkommensschichten vorgesehen wurden.[5874] Volk und Stände folgten und stimmten am 28. November 1993 der **Verfassungsgrundlage** für die Einführung der **Mehrwertsteuer** zu.[5875]

6 Die Zeit zwischen der Ablehnung der Mehrwertsteuer im Jahr 1991 und dem Auslaufen der Erhebungskompetenz für die Warenumsatzsteuer Ende 1994 war zu knapp, um ein ordentliches Gesetzgebungsverfahren durchführen zu können. Deshalb sah die Verfassungsgrundlage für die Einführung der Mehrwertsteuer eine **Übergangsbestimmung** vor, die die Grundzüge der Mehrwertsteuer in der Bundesverfassung selbst regelte und die bis zum Inkrafttreten der Bundesgesetzgebung gelten sollte.[5876] Die Übergangsbestimmung ermächtigte den Bundesrat, die Ausführungsbestimmungen direkt gestützt auf die Verfassung zu erlassen, was dieser mit der **gesetzesvertretenden Verordnung** vom 22. Juni 1994 über die Mehrwertsteuer (**aMWSTV**)[5877] tat. Diese Verordnung trat gleichzeitig mit den Verfassungsbestimmungen Anfang **1995** in Kraft.

7 Die Mehrwertsteuer war neben weiteren Steuern in **Art. 41ter aBV** und in **Art. 8–8ter ÜB aBV** geregelt. Erst mit der **neuen Bundesverfassung** wurde der Mehrwertsteuer ab Anfang **2000** mit **Art. 130 BV** ein eigener Artikel zugestanden. Der Regelungsgehalt entsprach Art. 41ter aBV, soweit dieser die Mehrwertsteuer betraf.[5878] Einzig die Steuersatzerhöhung für die AHV und IV sollte neu in der Form eines Bundesgesetzes statt eines dem Referendum unterliegenden Bundesbeschlusses erfolgen, da mit der neuen Bundesverfassung rechtsetzende Erlasse nicht mehr in die Form von Bundesbeschlüssen gekleidet werden können.[5879] Die bisher in Art. 8–8ter ÜB aBV enthaltenen Übergangsbestimmungen wurden in **Art. 196 Ziff. 14 BV** überführt und blieben abgesehen von einigen sprachlichen und strukturellen Anpassungen inhaltlich unverändert.[5880]

8 Mit der **Botschaft zur neuen Finanzordnung** vom 9. Dezember 2002 wollte der **Bundesrat** dem Bund in Art. 130 Abs. 1 BV ausdrücklich die Kompetenz

---

5874 Zum Ganzen: Imstepf 2011, S. 93 ff.
5875 BBl 1994 I 460.
5876 AS 1994 257 ff.
5877 AS 1994 1464.
5878 Vgl. Botschaft neue Bundesverfassung, S. 350.
5879 AB S 1998 S. 503.
5880 AS 1999 2605 ff.

erteilen, neben dem bisherigen Normalsatz von maximal 6,5 Prozent auch **einen reduzierten Satz** von mindestens 2,0 Prozent zu erheben (vgl. N. 62 ff.): «Dies bedeutet, dass nur *ein* reduzierter Satz möglich ist, was stark der Vereinfachung der MWST dient».[5881] Der Bundesrat wollte weiter den am 1. Oktober 1996 befristet eingeführten **Sondersatz** für Beherbergungsleistungen (vgl. N. 73 ff.) nicht «sofort», sondern erst nach einer Übergangsfrist Ende 2006 **aufheben** und deshalb, wenngleich in Anlehnung an Art. 36 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 2. September 1999 über die Mehrwertsteuer (aMWSTG)[5882] neu formuliert, in den Übergangsbestimmungen belassen; auch wollte er auf die **Befristung** der **Erhebungskompetenz** der Mehrwertsteuer ganz **verzichten**.[5883]

Das **Parlament** hingegen wollte einerseits die Verfassungsgrundlage für einen **Sondersatz** für Beherbergungsleistungen **nicht auslaufen lassen** und andererseits an der **befristeten Erhebungskompetenz** der Mehrwertsteuer insgesamt **festhalten**.[5884] Da der Sondersatz in der Verfassung nun nicht mehr befristet war, wurde er als Art. 130 Abs. 2 BV in den Hauptteil der Verfassung überführt; ebenfalls in den Hauptteil der Verfassung überführt wurde die Zweckbindung für die Krankenkassenprämienverbilligung von 5 Prozent des nicht anderweitig zweckgebundenen Steuerertrags.[5885] Neu konnte per Gesetz von dieser Zweckbindung abgewichen werden. Auch die **Befristung** des **Sondersatzes** wurde neu **im Gesetzt** geregelt. Die neue Finanzordnung trat Anfang 2007 in Kraft. Der Sondersatz wurde seit seiner Einführung 1996 insgesamt **sechsmal verlängert**, letztmals für 10 Jahre bis Ende 2027. In der Sondersession 2025 hat das Parlament eine Motion an den Bundesrat überwiesen, welche die Fortführung des Sondersatzes über das Jahr 2027 hinaus fordert.[5886] 9

Von Anfang 2011 bis Ende 2017 wurden für die **befristete Zusatzfinanzierung der IV** der Normalsatz um 0,4 Prozentpunkte, der reduzierte Satz um 0,1 Prozentpunkte und der Sondersatz um 0,2 Prozentpunkte angehoben.[5887] Im Rahmen der **Zusatzfinanzierung der** 10

5881 Botschaft Finanzordnung 2002, S. 1558 (Hervorhebung durch den Verfasser).
5882 AS 2000 1300.
5883 Botschaft Finanzordnung 2002, S. 1560 f.
5884 Vgl. Votum Kommissionsprecher WAK-S, AB 2003 S 677.
5885 AS 2006 1057.
5886 Motion SR Friedli (24.3635).
5887 AS 2010 3821.

AHV und der Reform der Altersvorsorge 2020[5888] sollten die Steuersatzerhöhungen zugunsten der AHV und der Finanzierung der Bahninfrastruktur verlängert werden. Da diese Vorlage jedoch am 24. September 2017 an der Urne scheiterte, kam es per Anfang 2018 erstmals seit der Einführung der Mehrwertsteuer zu einer **Steuersatzsenkung** (vgl. N. 78).

11 Per Anfang 2016 wurde durch die Annahme des direkten Gegenentwurfs des Bundesrats zur Volksinitiative «Für den öffentlichen Verkehr» Art. 130 Abs. 3bis BV eingefügt.[5889] Die bisher bloss befristete Anhebung der Mehrwertsteuer um 0,1 Prozentpunkte zur **Finanzierung der Eisenbahninfrastruktur** wurde in eine unbefristete umgewandelt, weshalb sie von den Übergangsbestimmungen in den Hauptteil der Verfassung verschoben wurde.[5890] Gleichzeitig wurde zusätzlich eine bis Ende 2030 befristete Anhebung der Mehrwertsteuer um 0,1 Prozentpunkte zur Sicherung der Finanzierung der Eisenbahninfrastruktur in Art. 196 Ziff. 14 Abs. 4 BV aufgenommen (vgl. auch N. 80).[5891]

12 Am 4. März 2018 wurde die neue Finanzordnung von Volk und Ständen gutgeheissen und die Kompetenz zur Erhebung der Mehrwertsteuer **bis 2035 verlängert**.[5892] Am 25. September 2022 stimmten Volk und Stände dem Bundesbeschluss über die **Zusatzfinanzierung der AHV** durch eine Erhöhung der Mehrwertsteuer zu. Gestützt auf den neuen Abs. 3ter hob der Bundesrat per Anfang 2024 den Normalsatz um 0,4 Prozentpunkte und den reduzierten Satz sowie den Sondersatz für Beherbergungsleistungen um je 0,1 Prozentpunkte an. Gemäss dem neuen Abs. 3quater wird der Ertrag aus der Erhöhung vollumfänglich dem Ausgleichsfonds der Alters- und Hinterlassenenversicherung zugewiesen (vgl. auch N. 81). Seit Anfang 2024 gelten somit ein **Normalsatz** von **8,1 Prozent**, ein **reduzierter Steuersatz** von **2,6 Prozent** und ein **Sondersatz** für Beherbergungsleistungen von **3,8 Prozent**.

13 Zur Finanzierung der **13. AHV-Rente** schlägt der Bundesrat in seiner Botschaft vom 16. Oktober 2024 eine Erhöhung der Mehrwertsteuer um 0,7 Prozentpunkte ab Anfang 2026 vor.[5893]

5888 BBl 2017 2381.
5889 AS 2015 646.
5890 Botschaft FABI, S. 1617.
5891 AS 2015 646.
5892 AS 2019 769.

III. KONTEXT

Art. 130 BV steht unter dem 3. Titel «Bund, Kantone und Gemeinden» im 3. Kapitel «Finanzordnung». Wie der Bundesrat in seiner Botschaft zur Reform der Bundesverfassung schrieb, wurden «sämtliche einnahmen- und ausgabenrelevanten Bestimmungen in einem Kapitel zusammengefasst, die Steuern nach Massgabe ihrer Bedeutung gegliedert und überholte Bestimmungen gestrichen. Entsprechend sind die beiden bedeutendsten Bundessteuern, die direkte Bundessteuer und die Mehrwertsteuer, je in einem speziellen Artikel geregelt. [...]. Nicht oder nur teilweise in diesem Kapitel aufgenommen sind Einnahmen des Bundes, die für eine Spezialfinanzierung erhoben werden».[5894] Diese Ausführungen zeigen, dass die Bestimmungen zur Finanzordnung im 3. Kapitel zwar Teil der Finanzverfassung sind, sich die **Finanzordnung** jedoch **nicht mit der Finanzverfassung gleichsetzen** lässt.[5895] 14

Nach Art. 127 Abs. 2 BV ist der Grundsatz der **Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit** nur zu beachten, «soweit es die Art der Steuer zulässt». Die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit **gemessen am Einkommen** besagt, dass ausschliesslich das Existenzminimum übersteigende Mittel besteuert werden dürfen. Das lässt sich innerhalb herkömmlicher Mehrwertsteuersysteme nicht verwirklichen, da auch Personen, die am oder unter dem Existenzminium leben, auf ihren Konsumausgaben die Mehrwertsteuer bezahlen. Weil bei tiefen Einkommen der Anteil der Mehrwertsteuer an den Gesamtausgaben prozentual grösser ist als bei höheren Einkommen, wirkt die Mehrwertsteuer gemessen am Einkommen **regressiv**.[5896] Dies ist hingegen insofern zu relativieren, als dass bei tiefen Einkommen ein Grossteil der Ausgaben wegen der Mehrwertsteuerausnahmen für Wohnungsmieten und Versicherungsleistungen inkl. Krankenversicherungen kaum mit Mehrwertsteuer belastet sind. 15

Der regressiven Wirkung der Mehrwertsteuer sollte einerseits durch die **progressive** Wirkung der **Einkommenssteuer** und andererseits durch 16

5893 BBl 2024 2747, CV 24.073.
5894 Botschaft neue Bundesverfassung, S. 343.
5895 Vgl. Lienhard/Mächler/Zielniewicz, S. 11 m.w.H.
5896 OECD 2014, S. 68 f.

gezielte **Transferleistungen** begegnet werden, wie dies beispielsweise mit der Teilzweckbindung der Einnahmen für Krankenkassenprämienverbilligungen geschieht (vgl. auch N. 83). Als Alternative zu den Transferleistungen schlägt eine Studie des Internationalen Währungsfonds[5897] vor, mit automatisierten Echtzeit-Rückerstattungen an Personen mit tieferen Einkommen die Mehrwertsteuer sowie weitere transaktionsbasierte Steuern progressiv auszugestalten, was dem Leistungsfähigkeitsprinzip gemessen am Einkommen besser entsprechen würde.

17 Mehrwertsteuerausnahmen und reduzierte Steuersätze sind wenig geeignet, um der regressiven Wirkung der Mehrwertsteuer zu begegnen (vgl. auch N. 68). Von diesen **Steuervergünstigungen profitieren** gemessen am Einkommen wirtschaftlich **wohlhabende Haushalte** wegen den höheren Konsumausgaben in absoluten Beträgen **überproportional**.[5898] Dadurch verzichtet der Staat auf Einnahmen und schmälert damit auch seine Möglichkeiten für Transferleistungen. Innerhalb der Mehrwertsteuer sollte deshalb bloss der Grundsatz der Allgemeinheit und der Gleichmässigkeit der Besteuerung verwirklicht, dem Grundsatz der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit gemessen am Einkommen hingegen im Zusammenspiel mit anderen Steuern und Transferzahlungen Nachachtung verschafft werden. Aus dieser Perspektive sollten die **Mehrwertsteuerausnahmen** und **reduzierten Steuersätze** möglichst weitgehend **abgeschafft** und die dadurch entstehenden Zusatzbelastungen bei Personen mit tiefen Einkommen durch Transferleistungen ausgeglichen werden, wie das im Wesentlichen die Botschaft des Bundesrats zur Vereinfachung der Mehrwertsteuer vom 25. Juni 2008 vorgesehen hatte.[5899]

18 Die Fragen im Zusammenhang mit der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit gemessen am Einkommen stellen sich nicht, wenn die Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit am Konsum gemessen wird. Als Mass für die **wirtschaftliche Leistungsfähigkeit** gelten diesfalls die **Konsumausgaben**. Wer mehr konsumieren kann, ist gemessen am Konsum wirtschaftlich leistungsfähiger und zahlt folglich mehr Mehrwertsteuer. Da die Mehrwertsteuerbelastung proportional zu den

5897 Swistak/Feria 2024, S. 21.
5898 Vgl. Cnossen 1998, S. 409 f.
5899 BBl 2008 6885.

mehrwertsteuerbelasteten Konsumausgaben linear steigt, wirkt die Mehrwertsteuer folglich nicht regressiv, wie das bei einem Vergleich mit dem Einkommen der Fall ist.[5900] Die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit am Konsum messen zu wollen, scheint ein **wenig überzeugendes Konzept**. Da in Abgrenzung zur wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit gemessen am Einkommen die Herkunft der Mittel für den Konsum unbeachtlich sein soll, werden schlicht die Konsumaufwendungen mit der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit gleichgesetzt, ohne die Leistungsfähigkeit aber weitergehend zu erklären. Die beschränkte Aussagekraft dieses Konzepts zeigt sich insbesondere dann, wenn die Konsumausgaben mittels Schulden finanziert werden. Auch diesfalls wäre die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit gemessen an den Konsumausgaben gegeben, obwohl bei schuldenfinanziertem Konsum kaum von wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit der Konsumierenden ausgegangen werden kann. Insgesamt lässt sich der Eindruck nicht vermeiden, dass mit dem Konzept der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit gemessen am Konsum gezeigt werden soll, dass auch die Mehrwertsteuer gestützt auf den Grundsatz der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit erhoben wird. Für die Schweiz ist dies – wie oben ausgeführt – bei einer umfassenden Betrachtung des Steuersystems und der Transferleistungen weder finanzwissenschaftlich geboten noch aus einer verfassungsrechtlichen Sicht nötig, da Art. 127 Abs. 2 BV die Besteuerung nach der **wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit** gerade **nicht auf alle Steuern angewendet** sehen will.

IV. KOMMENTAR I.E.S.

A. Art. 130 Abs. 1 BV

19 Art. 130 Abs. 1 BV spricht von einer Mehrwertsteuer, obwohl es sich eigentlich um **drei verschiedene Steuern** handelt: die Steuer auf entgeltlichen Leistungen, die Steuer auf dem Eigenverbrauch und die Steuer auf Einfuhren. In Abgrenzung zur **Einfuhrsteuer** wird die Steuer auf den entgeltlichen Leistungen im Folgenden als **Inlandsteuer** bezeichnet, selbst wenn es sich um grenzüberschreitende entgeltliche Dienstleistungen handelt. Obwohl der **Eigenverbrauch** in der Verfassung als Steuerobjekt genannt wird, ist er seit der Totalrevision des MWSTG im Jahr 2009 lediglich noch als eine Form der

5900 Thomas 2020, S. 37 f.

Vorsteuerkorrektur ausgestaltet, weshalb er unter der Inlandsteuer behandelt wird (vgl. N. 52). Bei der **Bezugsteuer** handelt es sich nach der hier vertretenen Auffassung nicht um ein eigenes Steuerobjekt, sondern lediglich um eine **Erhebungsform der Inlandsteuer**, weshalb auch sie bei der Inlandsteuer abgehandelt wird (vgl. N. 53).

1. Erhebungskompetenz

a. Inlandsteuer: nachträglich derogatorische, umfassende Kompetenz

20 Nach Art. 130 Abs. 1 BV darf der Bund eine Mehrwertsteuer erheben, ist dazu aber nicht verpflichtet, wie sich aus der «Kann»-Formulierung ergibt. Würde der Bund darauf verzichten, fiele die Erhebungskompetenz nach Art. 3 BV an die Kantone zurück. Sobald der Bund jedoch eine Mehrwertsteuer erhebt, dürfen die Kantone gemäss Art. 134 BV keine gleichartige Steuer mehr erheben. Daraus folgt einerseits, dass die Erhebungskompetenz der Kantone erst verdrängt wird, wenn der Bund von seiner Erhebungskompetenz Gebrauch macht, weshalb sie **nachträglich derogatorisch** wirkt und andererseits, dass die Erhebungskompetenz vollständig auf den Bund übergeht und es sich deshalb um eine **umfassende Kompetenz** handelt.[5901]

b. Verbot gleichartiger kantonaler Steuern

21 Mit der Ausweitung des Steuerobjekts auf Dienstleistungen im Rahmen der Einführung der Mehrwertsteuer 1995 stellte sich die Frage, ob auch bereits bestehende kantonale und kommunale Steuern auf Dienstleistungen wie Billett- und Handänderungssteuern in den Anwendungsbereich des Verbots gleichartiger kantonaler und kommunaler Steuern (Art. 41ter Abs. 2 aBV, heute Art. 134 BV) fallen würden. In der Vernehmlassung zum Verordnungsentwurf über die Mehrwertsteuer vom 28. Oktober 1993 wurde denn auch insbesondere aus der Filmbranche die Frage gestellt, ob die Erhebung kantonaler und kommunaler **Billettsteuern** noch **verfassungsmässig** sei.[5902]

22 Das **EFD** führt in seinem Kommentar zur Verordnung über die Mehrwertsteuer dazu aus, «dass gleichartige kantonale und kommunale Steuern nicht erhoben werden dürfen auf Umsätzen, die der Mehrwertsteuer

5901 Zum Ganzen: SGK BV- Imstepf/Beusch, Art. 130 Rz. 22f.; BSK BV-Behnisch, (1. Aufl.), Art. 130 Rz. 14 f.; OFK BV-Biaggini, Art. 130 BV, Rz. 5; CR Cst.-Glauser Rz. 53.

5902 Bericht VL-Verfahren aMWSTV, S. 1.

unterliegen oder als von der Mehrwertsteuer befreit erklärt werden, d.h. im Sinne von Art. 15 echt steuerbefreit sind. Hingegen dürfen Billettsteuern, Glückspielsteuern und dgl. auf Umsätzen (wie z.B. kulturelle Dienstleistungen) erhoben werden, die gemäss Art. 13 und 14 von der Steuer ausgenommen sind».[5903] Entsprechend wurde die Steuerausnahme für Umsätze bei Wetten, Lotterien und sonstigen Glücksspielen damit erklärt, «dass solche Spiele und Spielgeräte anderweitig fiskalisch belastet werden (insbesondere unterliegen sie einer grossen kantonalen Abschöpfung)».[5904] Diese Argumentation wurde in der **Lehre** kritisiert, da auch von der Steuer ausgenommene Leistungen im Anwendungsbereich der MWST liegen, was sich insbesondere darin zeige, dass ausgenommene Leistungen freiwillig versteuert werden können oder aber die damit zusammenhängenden Vorsteuern nicht abgezogen werden dürfen. Folglich gebe es keinen Platz für eine gleichartige kantonale oder kommunale Besteuerung.[5905] Die Argumentation des EFD sollte hingegen vor allem vor dem Hintergrund gesehen werden, die **kantonale Souveränität** zu wahren und **Widerstand** von Seiten der Kantone bei der Einführung der Mehrwertsteuer zu **vermeiden**.

Auch das **Bundesgericht** hat in seinem Urteil zur Genfer Armensteuer die Argumentation des EFD als eine zu wörtliche Auslegung des Begriffes der Steuerausnahme verworfen und hingegen seinerseits argumentiert, dass die Genfer Armensteuer **weder mit den besonderen Verbrauchsteuern** auf Waren (Art. 41ter Abs. 2 i.V.m. Art. 41ter Abs. 1 lit. b aBV), **noch mit einer allgemeinen Verbrauchssteuer** wie der Mehrwertwertsteuer (Art. 41ter Abs. 2 i.V.m. Art. 41ter Abs. 1 lit. a aBV) **gleichartig** sei.[5906] Dabei hat es ausdrücklich offengelassen, ob auch andere besondere Verbrauchssteuern der Kantone als nicht gleichartig zu beurteilen wären. Auch dieses Urteil wurde in Teilen der **Lehre** kritisiert.[5907] Werde der Endverbrauch belastet und nicht das Unternehmen, so seien beide Steuern gleichartig. Abzustellen sei also auf die vom Gesetz beabsichtigte Belastungswirkung, das Belastungsziel. 23

Auch das **Belastungsziel** als zentrales Kriterium für die Gleichartigkeit scheint **wenig überzeugend**. Wird auf das vom Gesetz beabsichtigte 24

5903 MWSTV-Kommentar EFD, S. 530 f.
5904 MWSTV-Kommentar EFD, S. 547.
5905 Zum Ganzen vgl. Riedo, S. 124 f.
5906 BGE 122 I 213 ff.

Belastungsziel abgestellt, steht es Kantonen und Gemeinden offen, die Steuer juristisch so auszugestalten, dass nicht der Endkonsum, sondern die steuerpflichtige Person selbst – beispielsweise das Unternehmen – belastet werden soll. Auch das Abstellen auf die tatsächliche Belastungswirkung (**Steuerinzidenz**) stellt kein taugliches Kriterium dar. So belasten sämtliche Verbrauchssteuern unabhängig davon, wo sie in der Wertschöpfungskette erhoben werden und wen sie belasten sollen, den Verbrauch der besteuerten Güter.

25 Um Mehrfachbelastungen zu vermeiden, sollten deshalb Steuern, die an den Umsatz oder an einer anderen vergleichbaren variablen Grösse wie Volumen oder Gewicht anknüpfen, grundsätzlich **als gleichartige Steuern gelten**, unabhängig ihres Belastungsziels oder ihrer tatsächlichen Belastungswirkung. Nach wie vor nicht umfasst wären **Lenkungsabgaben**. Abgesehen davon, dass mit Lenkungsabgaben keine Fiskalzwecke verfolgt werden und sie deshalb nicht als Steuern im eigentlichen Sinne gelten, stellen Lenkungsabgaben keine endgültige Belastung dar, sondern können sogar zu einer Entlastung führen, wenn die Lenkungswirkung greift. Voraussetzung ist allerdings, dass die Lenkungsabgaben an die Bevölkerung **rückerstattet** werden.[5908]

26 Was für die aMWSTV erst im Kommentar des EFD und noch mit anderer Begründung (vgl. N. 22) ausgeführt wurde, wurde in Art. 2 aMWSTG als **Fiktion** aufgenommen: Billettsteuern und Handänderungssteuern gelten nicht als gleichartig. Durch dieses Verdikt des Gesetzgebers wurde für die Praxis bezüglich dieser beiden ausdrücklich genannten Steuern Rechtssicherheit geschaffen, da wegen dem Anwendungsgebot von Art. 190 BV eine gerichtliche Überprüfung dieser Bestimmung keine Wirkung hätte.[5909] In Art. 2 MWSTG wurde schliesslich auf die Wiederholung des Regelungsgehalts von Art. 134 BV verzichtet und bloss noch auf die **Nichtgleichartigkeit** der beiden Steuern verwiesen. In den Erläuterungen wurde das mit Rechtssicherheit und der Fortführung der bundesgerichtlichen Praxis begründet.[5910]

5907 Vgl. Vallender, Armensteuer, S. 1 ff.; Riedo, S. 125 ff.; Komm. MWSTG-Raas, Art. 2 Rz. 16 m.w.H.

5908 Zum Ganzen: Lembacher, S. 47 ff.

5909 Vgl. auch SGK BV-Vallender/Cavelti, Art. 134 Rz. 18; Komm. MWSTG-Raas, Art. 2 Rz. 11; Komm. OFK-MWSTG-Geiger, Art. 2 Rz. 5.

c. Einfuhrsteuer: ausschliessliche Kompetenz?

Würde sich die Bundeskompetenz zur Erhebung einer Einfuhrsteuer ausschliesslich auf Art. 130 BV stützten, so wäre diese Kompetenz gleich wie die Kompetenz zur Erhebung der Inlandsteuer nachträglich derogatorisch (vgl. N. 20). Wird die Einfuhrsteuer hingegen auch im historischen Kontext verstanden, wonach die Gesetzgebung über Abgaben auf dem grenzüberschreitenden Warenverkehr nach **Art. 133 BV** Sache des Bundes ist, würde es sich um eine ausschliessliche Kompetenz handeln. Diese eher theoretische Frage scheint die Lehre bisher offenzulassen.[5911] 27

d. Befristung der Erhebungskompetenz

Die **Kompetenz** des Bundes zur Erhebung der Mehrwertsteuer ist – wie auch diejenige zur Erhebung der direkten Bundessteuer – **zeitlich** bis Ende 2035 **befristet** (vgl. N. 86 ff.). Nachdem im Juni 2015 in der Vernehmlassung zur Neuen Finanzordnung 2021 die vom Bundesrat vorgeschlagene Aufhebung der Befristung von der Mehrheit der politischen Parteien, die sich dazu geäussert haben, abgelehnt wurde, hat der Bundesrat dem Parlament erneut bloss eine Verlängerung der Kompetenz vorgelegt.[5912] 28

2. Steuerhoheit und räumlicher Anwendungsbereich

Art. 130 Abs. 1 BV äussert sich nicht ausdrücklich zum räumlichen Anwendungsbereich der Mehrwertsteuer. Dieser ergibt sich aus dem Zweck der Mehrwertsteuer als Steuer auf dem inländischen Konsum. Als im Inland konsumiert im Sinne der Mehrwertsteuer gelten Leistungen, deren Leistungsort im Inland liegt oder die vom Ausland ins Inland eingeführt werden. Leistungen, deren Leistungsort im Ausland liegt oder aus der Schweiz ausgeführt werden, gelten als im Ausland konsumiert. Auf ihnen sollte deshalb keine Schweizer Mehrwertsteuer lasten. Deshalb spricht man auch vom **Bestimmungslandprinzip**.[5913] Die Mehrwertsteuer sollte den grenzüberschreitenden Austausch von Waren und Dienstleistungen nicht 29

5910 Botschaft Vereinfachung MWST, S. 6939.

5911 Vgl. OFK BV-Biaggini, Art. 130 Rz. 6 und BSK BV-Behnisch, (1. Aufl.), Art. 130 Rz. 15, die einen Bezug zu Art. 133 BV herstellen; offengelassen hingegen SGK BV-Imstepf/Beusch, Art. 130 Rz. 22 und CR Cst.-Glauser, Art. 130 Rz. 7.

5912 Botschaft Finanzordnung 2021, S. 6233.

5913 Mit anderer Begründung: BSK BV-Kocher, Art. 130 Rz. 107.

beeinflussen und wird deshalb als **aussenhandelsneutral** bezeichnet. Die Mehrwertsteuer kann **nicht mit Zöllen verglichen** werden, da sie im Unterschied zu Zöllen nicht nur Einfuhren, sondern vor allem Lieferungen im Inland belastet.

30 **Lieferungen** gelten als im Inland konsumiert und deshalb **im Inland besteuert**, wenn der Ort der Lieferung im Inland liegt oder wenn Gegenstände aus dem Ausland eingeführt werden. Der Ort der Lieferung befindet sich grundsätzlich dort, wo wie wirtschaftliche Verfügungsmacht übergeht (z.B. dort, wo eine Küche eingebaut wird). Liegt bei der Lieferung von beweglichen Gegenständen dieser Ort im Ausland und erfolgt eine Beförderung oder Versendung ins Inland, kommt die Einfuhrsteuer zur Anwendung. Liegt umgekehrt der Ort der Lieferung im Inland und werden bewegliche Gegenstände ins Ausland befördert oder versendet, so kommt es zu einer Steuerbefreiung im Inland. Von der Steuer befreite Leistungen berechtigen zum Abzug der damit zusammenhängenden Vorsteuern. Andernfalls würden Exporte versteckt mit Schweizer Mehrwertsteuer belastet, der sogenannte Taxe occulte, was sie verteuern und zu einem Wettbewerbsnachteil der Schweizer Exportwirtschaft führen würde (vgl. N. 5).

31 **Dienstleistungen** gelten als im Inland konsumiert und deshalb **im Inland besteuert**, wenn der Ort der Dienstleistung im Inland liegt. Weil sich der Ort des tatsächlichen Konsums regelmässig nur schwer feststellen lässt (z.B. bei Beratungsleistungen) oder die Besteuerung am Ort des tatsächlichen Konsums zu erheblichen praktischen Schwierigkeiten führen würde (z.B. die Besteuerung von elektronischen Dienstleistungen auf dem Smartphone am Ort ihrer jeweiligen tatsächlichen Inanspruchnahme), wird grundsätzlich davon ausgegangen, dass der Konsum dort stattfindet, wo die Kundschaft ansässig ist (Empfängerort). Davon sollte nur abgewichen werden, wenn durch eine andere örtliche Anknüpfung die Besteuerung am **Ort des tatsächlichen Konsums besser verwirklicht** werden kann.[5914] Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn eine Dienstleistung gleichzeitig mit deren Erbringen vor Ort empfangen und verbraucht wird, wie dies beispielsweise bei gastgewerblichen Leistungen oder Veranstaltungen vor physisch anwesendem Publikum der Fall ist. Solche Dienstleistungen werden deshalb jeweils am Tätigkeitsort besteuert. Stellvertretend für den Tätigkeitsort kommen auch andere

5914.Vgl. OECD Mehrwertbesteuerung, Leitlinie 3.7.

Besteuerungsorte zur Anwendung, wie beispielsweise die Besteuerung am Belegenheitsort bei Dienstleistungen im Zusammenhang mit einem Grundstück, wozu auch Beherbergungsleistungen zählen, die Besteuerung am Beförderungsort oder die Besteuerung am Ort der Erbringung, also dort, wo die Person ansässig ist, welche die Dienstleistung erbringt.

Bei der **Besteuerung am Ort der Erbringung**, also dort, wo die leistende Person ansässig ist, fallen Steuersubjekt und Leistungsort zusammen. Die steuerpflichtige Person befindet sich stets innerhalb des steuererhebenden Hoheitsgebiets, was den Vollzug sicherstellt, jedoch im grenzüberschreitenden Verhältnis dazu führt, dass die Mehrwertsteuer nicht in dem Hoheitsgebiet bezahlt wird, wo der Konsums stattfindet. Die Besteuerung am Ort der Erbringung wird deshalb auch als **Ursprungslandprinzip** bezeichnet. 32

Innerhalb der **EU** sollte für die harmonisierte Mehrwertsteuer ursprünglich das **Ursprungslandprinzip** eingeführt werden, um die finanzielle Souveränität der Mitgliedstaaten möglichst zu wahren. Das Ursprungslandprinzip erwies sich jedoch nicht als praktikabel, weil eine Harmonisierung der Steuersätze politisch nicht umsetzbar war und die Steuersatzunterschiede die Standortwahl der Unternehmen innerhalb der EU beeinflusste. Die geltende Mehrwertsteuersystemrichtlinie folgt deshalb inzwischen weitgehend dem **Bestimmungslandprinzip**. Der Ausbau des Systems der einzigen Anlaufstelle (One-Stop-Shop), bei der für sämtliche Leistungen innerhalb der EU die Mehrwertsteuerregistrierung in nur einem Mitgliedstaat nötig ist, ist ein zentraler Schritt für einen konsequenten Wechsel zum Bestimmungslandprinzip innerhalb des EU-Binnenmarktes. Denn damit kann verhindert werden, dass die Besteuerung im Bestimmungsland auch zu einer Steuerpflicht im Bestimmungsland führt, wie das im Übrigen ausserhalb des EU-Binnenmarktes der Normalfall ist. 33

So wie Lieferungen ins Ausland nicht mit der Schweizer Mehrwertsteuer belastet sein sollten (vgl. N. 30), sollten auch von der Steuer ausgenommene **Dienstleistungen im Ausland** grundsätzlich zum Abzug der damit zusammenhängenden Vorsteuern berechtigen, um zu verhindern, dass im Ausland erbrachte Dienstleistungen verteuert werden und damit die Mehrwertsteuer für Schweizer Unternehmen zu einem Standortnachteil führt. Es ist deshalb fraglich, ob es mit dem Bestimmungslandprinzip und dem Grundsatz der Aussenhandelsneutralität der Mehrwertsteuer vereinbar ist, 34

dass **Dienstleistungen** im **Finanz- und Versicherungs- sowie im Geldspielbereich** auch dann nicht zum Vorsteuerabzug berechtigen, wenn sie im Ausland erbracht wurden. Ausschlaggebend für die Weiterführung dieser bereits seit Einführung der Mehrwertsteuer geltenden Regelung auch nach der Totalrevision des MWSTG, in deren Rahmen der Vorsteuerabzug für die meisten von der Steuer ausgenommenen Dienstleistungen im Ausland explizit für zulässig erklärt wurde, war insbesondere die Befürchtung von Steuermindereinnahmen, da in den Nullerjahren das von der Schweiz aus betreute Auslandgeschäft nach wie vor erheblich war.[5915]

3. Inlandsteuer

a. Belastungs- und Erhebungskonzeption

35 Art. 130 Abs. 1 BV gibt dem Bund die Kompetenz zur Erhebung einer Mehrwertsteuer. Bei der Mehrwertsteuer handelt es sich nach ihrer **Belastungskonzeption** um eine allgemeine Konsumsteuer, die gemäss ihrer **Erhebungskonzeption** auf jeder Stufe der Wertschöpfungskette auf Grundlage der jeweiligen Wertschöpfung erhoben wird. Vor allem durch ihre Erhebungskonzeption unterscheidet sich die Mehrwertsteuer von der früheren, auf Grosshandelsstufe erhobenen Warenumsatzsteuer (vgl. N. 3) und von den besonderen Verbrauchssteuern, die einmalig bei der Herstellung oder dem Import anfallen. Da alle drei Steuerarten schliesslich den Endverbrauch belasten, unterscheiden sie sich nicht in ihrer Belastungskonzeption. Obwohl gemäss der Erhebungskonzeption der Mehrwertsteuer die **Steuererhebung auf jeder Wertschöpfungsstufe** ein zentrales Merkmal darstellt, gibt es auch innerhalb der Mehrwertsteuer Ausnahmen davon. Zu denken ist etwa an das Meldeverfahren, wo anstelle der Steuererhebung eine Meldung tritt, oder das der Betrugsbekämpfung dienende Bezugssteuerverfahren im Inland für Emissionsrecht u.dgl., bei dem der Verkauf des Emissionsrechts steuerfrei bleibt, die steuerpflichtige Kundschaft hingegen die Mehrwertsteuer als Bezugsteuer abrechnen muss. In beiden Fällen kommt es auf der fraglichen Wertschöpfungsstufe bei solchen Transaktionen zu keiner Steuererhebung und damit zu einer Abweichung von der Erhebungskonzeption der Mehrwertsteuer.

36 Es stellt sich die Frage, inwiefern der verfassungsmässige Begriff der Mehrwertsteuer aufgrund seiner Erhebungskonzeption auch eine Erhebung

der Steuer unabhängig von der Schaffung eines Mehrwertes, einer Wertschöpfung, abdeckt. Diese Frage stellt sich meines Erachtens nicht, wenn die Steuer innerhalb der Wertschöpfungskette **ausnahmsweise direkt erhoben** wird **beim Unternehmen**, das die Leistung bezieht, wie das beispielsweise bei der **Bezugssteuer** oder bei der **Einfuhrsteuer** der Fall ist. Werden solche Leistungen von steuerpflichtigen Personen bezogen und die Steuer direkt mit dem Bundesamt für Zoll oder Grenzsicherheit (BAZG) oder der ESTV abgerechnet, so handelt es sich doch regelmässig um Vorleistungen für eigene Leistungen, auf deren Wertschöpfung wiederum die Mehrwertsteuer geschuldet ist.

Die Frage stellt sich hingegen dann, wenn die Mehrwertsteuer **ausnahmsweise direkt bei den Endverbrauchenden erhoben** wird. Dieser Fall tritt insbesondere ein, wenn Personen, die kein Unternehmen betreiben, wie beispielsweise **Private**, die **Bezugsteuer** schulden, weil sie der Bezugsteuer unterliegenden Leistungen für mehr als 10'000 Franken pro Jahr beziehen. Eine Besteuerung bei den Endkonsumierenden trägt der Belastungskonzeption der Mehrwertsteuer Rechnung, entspricht jedoch nicht der Erhebungskonzeption, wonach die Mehrwertsteuer auf Stufe Wertschöpfung indirekt und nicht auf Stufe Verbrauch direkt erhoben werden sollte. Das in Art. 127 Abs. 2 festgehaltene Ziel der **Allgemeinheit und Gleichmässigkeit der Besteuerung**, dass für die Mehrwertsteuer eine möglichst umfassende Besteuerung des Konsums verlangt, rechtfertigt meines Erachtens, punktuell von der Erhebungskonzeption abzuweichen und die **Steuer in Ausnahmefällen direkt zu erheben**. Zudem hat die Bezugsteuer für nicht steuerpflichtige Personen seit der Anfang 2018 in Kraft getretenen Teilrevision des Mehrwertsteuergesetzes weiter an Bedeutung verloren, da Unternehmen nun bereits ab einem weltweiten Umsatz von 100'000 Franken steuerpflichtig werden und nicht erst ab einem Umsatz von 100'000 Franken im Inland, weshalb eine direkte Erhebung der Mehrwertsteuer bei Endkonsumierenden weiter zurückgedrängt wurde. 37

Würde nicht nur in Ausnahmefällen, sondern **generell** auf **Leistungen zwischen steuerpflichtigen Personen** auf eine **Steuererhebung verzichtet**, wie das von der Interpellation Caroni 21.4353[5916] zur Diskussion gestellt wurde, stellt sich die Frage, ob das mit der Erhebungskonzeption der 38

5915 Botschaft Vereinfachung MWST, S. 7045 f.
5916 https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20214353.

Mehrwertsteuer vereinbar wäre. Dafür spricht, dass es immer noch zu einer Steuererhebung auch auf einer dem Endverbrauch vorgelagerten Wertschöpfungsstufe kommen kann, wenn beispielsweise eine steuerpflichtige Person eine Leistung mit Steuer bezieht.[5917] Gleichzeitig wird deutlich, dass es zwar noch zu einer dem Endverbrauch vorgelagerten Besteuerung kommen, jedoch kaum mehr von einer Steuererhebung auf allen Wertschöpfungsstufen gesprochen werden kann. Dieses charakteristische Element der **Erhebungskonzeption** der Mehrwertsteuer dient vor allem der Steuersicherung. Durch die Steuererhebung auf jeder Wertschöpfungsstufe, dem sogenannten **fraktionierten Steuerbezug**, wird sichergestellt, dass beim Ausfall einer steuerpflichtigen Person in der Wertschöpfungskette nur die Mehrwertsteuer auf ihrer Wertschöpfung verloren geht. Würde weitgehend auf die Steuererhebung auf sämtlichen Wertschöpfungsstufen verzichtet und die Steuer grossmehrheitlich auf der letzten Stufe erhoben, stiege das Risiko von Steuerausfällen beträchtlich. Vor diesem Hintergrund ist die **Erhebungskonzeption** der Steuererhebung auf jeder Wertschöpfungsstufe als **zentrales Element des Begriffs Mehrwertsteuer** zu verstehen. Würde auf diese Erhebungskonzeption weitgehend verzichtet, würde es sich somit wohl nicht mehr um eine eigentliche Mehrwertsteuer, sondern eher wieder um eine **Einphasensteuer** handeln, gegen die sich die Verfassungsgebenden 1995 bei der Einführung der Mehrwertsteuer bewusst entschieden haben. Es wäre fraglich, ob Art. 130 BV als Verfassungsgrundlage für eine solche Besteuerung ausreichend wäre.[5918]

b. Steuersubjekt der Inlandsteuer

39 Zum **Steuersubjekt** äussert sich Art. 130 BV nicht ausdrücklich. Einzig aus dem Begriff der Mehrwertsteuer lässt sich ableiten, wer Steuersubjekt ist. Gemäss der Erhebungskonzeption der Mehrwertsteuer ist die Steuer auf dem Mehrwert geschuldet, den die unternehmerisch tätigen Personen auf jeder Wertschöpfungsstufe schaffen (vgl. N. 35). Somit sind grundsätzlich Personen, die ein **Unternehmen** betreiben die Steuersubjekte der Mehrwertsteuer.

40 Bereits bei der Einführung der Mehrwertsteuer Anfang 1995 hatte der Bundesrat eine **Mindestumsatzgrenze** von 75'000 Franken für die Steuerpflicht eingeführt, obwohl Art. 8 der Übergangsbestimmungen der aBV,

5917.Ausführlich dazu: Imstepf 2022, S. 133.
5918.Anders: Imstepf 2022, S. 135.

auf die sich die erste Mehrwertsteuerverordnung unmittelbar stützte, keine Mindestumsatzgrenze enthielt. Im Zuge der Totalrevision des MWSTG, die Anfang 2010 in Kraft trat, wurde die Umsatzgrenze für die Steuerpflicht auf 100'000 Franken erhöht, um noch mehr Unternehmen von den Mehrwertsteuerpflichten zu entlasten. Mindestumsatzgrenzen für die Steuerpflicht werden mit der Entrichtungs- und Erhebungswirtschaftlichkeit begründet: Die bei verhältnismässig tiefen Umsätzen anfallenden geringen Mehrwertsteuerbeträge stehen in einem ungünstigen Verhältnis zum Aufwand der Unternehmen für deren Entrichtung und der Verwaltung für deren Erhebung. Diese Argumentation stützt sich auf den verfassungsmässigen Grundsatz der **Verhältnismässigkeit** staatlichen Handelns (Art. 5 Abs. 2 BV). Der Mindestumsatz für die Steuerpflicht steht hingegen abhängig von seiner Höhe mehr oder weniger stark in einem Spannungsverhältnis zu den verfassungsmässigen Grundsätzen der **Rechtsgleichheit** (Art. 8 BV) sowie konkreter der **Allgemeinheit und Gleichmässigkeit der Besteuerung** (Art. 127 Abs. 2 BV). Insbesondere vor dem Hintergrund der technischen Entwicklungen bei der digitalen Buchführung der Unternehmen und Online-Mehrwertsteuerabrechnung ist meines Erachtens fraglich, ob die Höhe der geltenden Umsatzgrenze für die Befreiung von der Steuerpflicht von 100'000 Franken nach wie vor verhältnismässig ist. Insbesondere bei Dienstleistungen mit geringem Vorsteueraufwand wie in der Kosmetik- oder Beförderungsbranche sind besonders Einpersonen-Unternehmen nicht steuerpflichtig, was zu mehrwertsteuerbedingten Nachteilen für Unternehmen mit Angestellten führt. Zusätzlich kann die hohe Umsatzgrenze den Anreiz zur sozialversicherungsrechtlichen Scheinselbständigkeit verstärken, wenn auch die Mehrwertsteuerpflicht entfällt.

c. Steuerobjekt der Inlandsteuer

i. Die Leistung

Als gegenständlicher Anknüpfungspunkt der Inlandsteuer nennt Art. 130 Abs. 1 BV die Lieferung von Gegenständen und das Erbringen von Dienstleistungen. Die beiden Begriffe Lieferung und Dienstleistungen sind komplementär: Was keine Lieferung ist, ist eine Dienstleistung. Lieferungen und Dienstleistungen werden deshalb auch unter dem Begriff der **Leistung** zusammengefasst. Da sowohl Lieferungen als auch Dienstleistungen bei Vorhandensein weiterer Voraussetzungen der Mehrwertsteuer unterliegen, spielt die Abgrenzung von 41

Lieferung und Dienstleistung allenfalls bei grenzüberschreitenden Sachverhalten eine Rolle, wo es in Einzelfällen insbesondere wegen unterschiedlicher Leistungsorte zu Doppel- oder nicht Besteuerungen kommen kann.

42 Die Verfassung definiert weder die Lieferung noch die Dienstleistung. Es stellt sich deshalb die Frage, welche verfassungsrechtlichen Anforderungen an die beiden Begriffe zu stellen sind. Ausgehend vom alltäglichen Sprachgebrauch lässt sich wohl sagen, dass eine Lieferung ohne einen Gegenstand schwer vorstellbar ist, hingegen Dienstleistungen durchaus auch Gegenstände miteinschliessen können. Viele ausländische Mehrwertsteuersysteme folgen denn auch dieser Logik, obwohl diese schwierige **Abgrenzungsfragen** nach sich zieht.[5919] Besonders bei Reparaturen stellt sich die Frage, wann durch das Hinzufügen von Neuteilen aus der Dienstleistung der Reparatur eine Lieferung der Gegenstände wird.

43 Insbesondere um solche Abgrenzungsschwierigkeiten zu vermeiden, ist das Schweizer Mehrwertsteuerrecht bereits seit seiner Einführung im Jahre 1995 vom alltäglichen Sprachgebrauch abgewichen: Handelt es sich um eine Leistung im Zusammenhang mit einem Gegenstand, wird von einer **Lieferung** gesprochen. So sind nicht nur blosse **Arbeiten** an einem Gegenstand wie das Reinigen eines Büros, sondern auch die blosse **Überlassung zum Gebrauch** wie die Vermietung von Büroräumen im Sinne der Schweizer Mehrwertsteuer Lieferungen von Gebäuden. Nur wo eine Leistung von einem Gegenstand unabhängig ist, handelt es sich auch nach der Schweizer Mehrwertsteuer um eine **Dienstleistung**. Da Tiere im Unterschied zu Menschen als Gegenstände gelten, sind medizinische Behandlungen an Menschen als Dienstleistungen, solche an Tieren jedoch als Lieferungen zu qualifizieren. Auch wenn diese Zuordnungen aus der Perspektive des alltäglichen Sprachgebrauchs fremd anmuten mögen, haben sie den Vorteil einer **einfacheren Abgrenzung** und tragen damit zur Rechtssicherheit bei und den Prinzipen von **Art. 5 BV** Rechnung. [5920] Beispielsweise sind Reparaturen nach der Schweizer Mehrwertsteuer stets Lieferungen, unabhängig davon, ob an einem Auto bloss eine Abgasmessung gemacht wird oder ob es sich um den kompletten Neuaufbau eines Sammlungsfahrzeugs handelt.

5919 Statt vieler: UStG Rau/Dürrwächter-Nieskens § 3 Rz. 396 ff.
5920 Vgl. Imstepf 2011, S. 161.

ii. Entgeltlichkeit

Art. 130 Abs. 1 BV äussert sich nicht zur Frage der Entgeltlichkeit. Aus dem Begriff der Mehrwertsteuer geht jedoch hervor, dass die Lieferungen und Dienstleistungen nur dann der Steuer unterliegen, wenn sie gegen **Entgelt** erbracht werden.[5921] Andernfalls käme kein Mehrwert zustande, an den die Mehrwertsteuer gemäss ihrer Erhebungskonzeption anknüpfen könnte (vgl. N. 35). Das Entgelt kann von der **leistungsempfangenden Person** wie auch ganz oder teilweise von einer **Drittperson** entrichtet werden. 44

Schwierige Abgrenzungsfragen stellen sich insbesondere im Zusammenhang mit **Subventionen**, die unter bestimmten Voraussetzungen a) als Entgelt für eine Leistung an das zahlende Gemeinwesen, b) als Entgelt für eine Leistung an Dritte oder c) als Nichtentgelt, mit dem gar keine Leistung abgegolten wird, verstanden werden können. Sofern mit den Zahlungen ein Mehrwert geschaffen und damit Leistungen vergünstigt oder überhaupt erst ermöglicht werden, würde nach der hier vertretenen Auffassung eine weitgehende Besteuerung von Subventionen als (Teil-)Entgelte für die subventionierte Leistung dem verfassungsmässigen Begriff der Mehrwertsteuer entsprechen (vgl. N. 71). Um die Abgrenzung zwischen Entgelt und Subventionen zu vereinfachen und damit mehr Rechtssicherheit zu schaffen, hat das Parlament einen anderen Weg gewählt: Seit Anfang 2025 gilt grundsätzlich als Subvention, was vom zahlenden Gemeinwesen als solche bezeichnet wird (Art. 18 Abs. 3 MWSTG). In der Tendenz führt dies eher zu einer Ausweitung als zu einer Eingrenzung des Anwendungsbereichs der Subventionen. Die Vorgaben des öffentlichen Rechnungswesens sollen dabei einem zu extensiven Gebrauch dieser Norm entgegenwirken. Insbesondere kann nicht als Subvention bezeichnet werden, was unter Privaten Entgelt wäre. 45

iii. Entgelts- und Leistungserwartung statt wirtschaftlicher Verknüpfung

Art. 130 Abs. 1 BV äussert sich nicht dazu, in welchem Verhältnis die Leistung und das Entgelt zueinanderstehen müssen, damit es sich um ein Leistungsverhältnis als Steuerobjekt der Mehrwertsteuer handelt. Im Schrifttum wird das Verhältnis von Leistung und Entgelt als innere **wirtschaftliche Verknüpfung** beschrieben, die neben Leistung und Entgelt 46

5921 Vgl. Riedo, S. 223 f.

ebenfalls Tatbestandsmerkmal des Steuerobjekts ist. Dabei wird zwischen einer finalen und einer kausalen Verknüpfung unterschieden. Bei einer **finalen Verknüpfung** wird das Entgelt bezahlt, um die Leistung zu erhalten, bei einer **kausalen Verknüpfung** besteht ein Ursache-Wirkung-Zusammenhang zwischen Entgelt und Leistung, also kein bloss zufälliger Austausch.[5922] Mit keiner der beiden Theorien können die der Mehrwertsteuer unterliegenden Leistungsverhältnisse abschliessend beschrieben werden.[5923] Aus diesem Grund wird im Folgenden eine andere Betrachtungsweise des Zusammenspiels von Leistung und Entgelt vorgeschlagen.

47 Als **Leistung** gilt gemäss MWSTG die Einräumung eines verbrauchsfähigen, wirtschaftlichen Wertes in Erwartung eines Entgelts (Art. 3 Bst c MWSTG). Die Leistung setzt sich aus einem **objektiven Tatbestandsmerkmal** – der Einräumung eines verbrauchsfähigen, wirtschaftlichen Wertes – und einem **subjektiven Tatbestandsmerkmal** – der Entgeltserwartung – zusammen. Nicht um eine Leistung im Sinn des MWSTG handelt es sich demgemäss, wenn kein Entgelt erwartet wird, wie das bei einem **Geschenk** oder einer **Gefälligkeit** der Fall ist. Fehlt es an der **Entgeltserwartung**, soll nicht eine freiwillige Abgeltung zu einem ungewollten Leistungsverhältnis führen. Wird ein Entgelt erwartet, handelt es sich um eine Leistung im Sinne des MWSTG, selbst wenn die Leistung auch ohne die Entrichtung des Entgelts erhältlich ist.

48 Als **Entgelt** gilt ein Vermögenswert, den der Empfänger oder die Empfängerin oder an seiner oder ihrer Stelle eine Drittperson für den Erhalt einer Leistung aufwendet (Art. 3 lit. f. MWSTG). Das Entgelt im Sinne des MWSTG setzt sich somit ebenfalls aus einem **objektiven Tatbestandsmerkmal** – der Vermögensaufwendung – und einem **subjektiven Tatbestandsmerkmal** – der **Leistungserwartung** – zusammen. Bei einer **Spende** beispielsweise handelt es sich um eine Vermögensaufwendung ohne Leistungserwartung.

49 Neben den beiden objektiven Tatbestandsmerkmalen **Leistung** und **Vermögensaufwendung** müssen immer auch **Entgelts- und Leistungserwartung** als subjektive Tatbestandsmerkmale gegeben sein, damit ein **Leistungsverhältnis als Steuerobjekt** vorliegt. Ist neben dem

5922 Zum Ganzen: MWSTG-Bossart/Clavadetscher, Art. 18 Rz. 22; MWSTG-Glauser, Art. 3 Rz. 208 m.w.H.; Baumgartner/Clavadetscher/Kocher § 4 Rz. 20.

5923 Vgl. UStG Rau/Dürrwächter-Nieskens § 1 Rz. 821 ff.

objektiven Tatbestandsmerkmal der Leistung auch das subjektive Tatbestandsmerkmal der Entgeltserwartung gegeben, ist unerheblich, ob eine Leistung auch unentgeltlich zur Verfügung steht. Sobald ein Vermögenswert für den Erhalt der Leistung aufgewendet wird, sind neben dem objektiven Tatbestandsmerkmal der Vermögensaufwendung auch das subjektive Tatbestandsmerkmals der Leistungserwartung erfüllt und es liegt ein Leistungsverhältnis als Steuerobjekt der Mehrwertsteuer vor. Dies trifft einerseits auf die notorischen Fälle der **Strassenmusik**, [5924] des **WC-Groschens** und wohl auch der Honorierung des Service durch **Trinkgeld** zu, andererseits aber auch auf die wirtschaftlich bedeutenderen Sachverhalte, bei denen online Anwendungen oder Inhalte gratis zur Verfügung gestellt werden, verbunden mit der Bitte um «Spenden», oder auf die sogenannten «Donations» an Influencer.[5925] Davon abzugrenzen sind **Spendensammlungen**, bei denen beispielsweise Postkarten, ein Kalender oder ein Buch beigelegt sind. Es geht nicht darum, für die zugesendeten Waren ein freiwilliges Entgelt zu erhalten, sondern um Spenden für den verfolgten ideellen Zweck. Die Waren stellen lediglich eine Form der vorgezogenen kollektiven Verdankung der potenziellen Spende dar. Mangels Entgeltserwartung fehlt es diesfalls an einem Tatbestandmerkmal des Leistungsverhältnisses, weshalb eine Besteuerung auch dann nicht in Betracht kommt, wenn jemand mit seiner Vermögensaufwendung anstelle der Spende den Erhalt der Leistung abgelten will.

Wird das Steuerobjekt «Leistungsverhältnis» als Leistung gegen Entgelt mit den jeweiligen objektiven und subjektiven Tatbestandsvoraussetzungen verstanden, kann auf das Tatbestandsmerkmal der **wirtschaftlichen Verknüpfung** von Leistung und Entgelt **verzichtet** werden. Gleichzeitig entfällt dadurch die Kontroverse um die Art dieser Verknüpfung, nämlich ob das Entgelt mit dem Ziel entrichtet wird, die Leistung zu erhalten (Finalität) oder ob es genügen soll, dass das Entgelt entrichtet wurde, weil man die Leistung erhalten hat (Kausalität) (vgl. N. 46). Wird Finalität verlangt, fehlt es an der wirtschaftlichen Verknüpfung von Leistung und Entgelt und somit am Steuerobjekt insbesondere in all jenen Bereichen, wo eine Leistung auch unentgeltlich erhältlich ist, selbst wenn – wie oben unter N 49 ausgeführt – 50

5924 Anders: Baumgartner/Clavadetscher/Kocher, §4 Rz. 20.

5925 Vgl. auch Walfort Christian, Danielmeyer Gregor, Hartwig Nils, Der umsatzsteuerrechtliche Leistungsaustausch bei (Geld-)Spenden, Donations an Influencer am Beispiel von twitch.tv, in: Umsatzsteuerrundschau 2022, S. 321 ff.

eine Leistung in Erwartung eines Entgelts erbracht wurde, was insbesondere mit Blick auf neue Online-Geschäftsmodelle störend wirkt. Würde hingegen bloss Kausalität verlangt, käme es im Gegenteil zu Besteuerung in Fällen, in denen es an der Entgeltswartung fehlt, beispielsweise bei den ebenfalls in N. 49 genannten Spendensammlungen. Auch die Frage, ob die wirtschaftliche Verknüpfung aus der Sicht der leistenden oder der leistungsempfangenden Person zu beurteilen ist, erübrigt sich dadurch. Damit ein **Leistungsverhältnis** als Steuerobjekt der Mehrwertsteuer vorliegt, muss es **von beiden Parteien gewollt** sein. Wie stets bei subjektiven Tatbestandsmerkmalen muss auf deren Vorhandensein durch äusserlich wahrnehmbare Handlungen geschlossen werden. Aus Gründen der Allgemeinheit und Neutralität der Steuer sollten an das Vorhandensein der subjektiven Entgeltserwartung der leistenden Person keine überzogenen beweisrechtlichen Anforderungen gestellt werden.

51 Vom Steuerobjekt Leistungsverhältnis zu unterscheiden sind **weitere Voraussetzungen der Steuerbarkeit** eines Leistungsverhältnisses wie der **Leistungsort im Inland**, die **Steuerpflicht** der leistenden Person oder das **Fehlen einer Steuerausnahme**.[5926] Wie es der Begriff «Objekt» ausdrückt, geht es um die gegenständliche Grundlage der Steuer, die von subjektiven Eigenschaften der beteiligten Personen oder der örtlichen Anknüpfung unabhängig ist.[5927] Das Steuerobjekt ist notwendige, aber nicht hinreichende Voraussetzung einer Besteuerung. Erst wenn sich das Leistungsverhältnis als Steuerobjekt der Mehrwertsteuer subjektiv durch eine steuerpflichtige Person im Inland verwirklicht und keine Steuerausnahme greift, kommt es grundsätzlich zu einer Besteuerung.

iv. Eigenverbrauch

52 Die Verfassung erwähnt den Eigenverbrauch ausdrücklich, weil er ursprünglich als eigenes Steuerobjekt ausgestaltet war. Seit der Totalrevision von 2009 wird eine Korrektur des Vorsteuerabzugs als Eigenverbrauch bezeichnet.[5928] Ursprünglich sollte der Eigenverbrauch aus der Verfassung

5926 Teilweise anders: MWSTG-Bossart/Clavadetscher, Art. 18 Rz. 1 und OFK MWSTG-Geiger, Art. 18 Rz. 2.

5927 Vgl. Blumenstein/Locher, S. 181; insofern ist die Überschrift «Steuerobjekt» des 2. Kapitels vor Artikel 18 MWSTG nicht im streng technischen Sinne zu verstehen.

5928 Botschaft Vereinfachung MWST, BBl 2008 6976; vgl. auch Baumgartner/Clavadetscher/Kocher, §7 Rz. 106 ff.

gestrichen werden. Da aber das Parlament 2013 nicht auf die Einheitssteuersatzvorlage[5929] eintrat, wurde die Verfassung schliesslich nicht geändert, weshalb der Eigenverbrauch nach wie vor als Steuerobjekt genannt wird. Somit stellt sich die Frage, ob der Verzicht auf den Eigenverbrauch als eigenes Steuerobjekt verfassungsmässig ist. Vor allem aus Gründen der Vereinfachung hat das Parlament im Rahmen der Totalrevision 2009 auf den **Herstellungs- und Bearbeitungseigenverbrauch** als eigenes Steuerobjekt verzichtet. Steuersystematisch wäre er nach wie vor gerechtfertigt. Entnimmt eine Person ihrer Einzelunternehmung einen selbst hergestellten Gegenstand, kann sie bloss die damit zusammenhängenden Vorsteuern nicht geltend machen. Entnimmt eine Person jedoch ihrer AG, bei der sie Alleinaktionärin ist, den gleichen Gegenstand, so muss sie dafür den Drittpreis bezahlen. Handelt es sich beim Eigenverbrauch nicht mehr um ein Steuerobjekt, sondern bloss noch um eine Vorsteuerkorrektur, so bleibt folglich im ersten Fall die eigene Wertschöpfung unbesteuert, wohingegen im zweiten Fall diese zu versteuern ist. Damit ist das geltende Gesetz nicht rechtsformneutral, weshalb sich unabhängig von der Erwähnung des Eigenverbraucht als Steuerobjekt in Art. 130 BV vor dem **Gleichheitsgebot** und den Grundsätzen von **Art. 127 Abs. 2 BV** Fragen der Verfassungsmässigkeit des heutigen Eigenverbrauchs stellen.

v. Bezugsteuer

53 Von der Verfassungsbestimmung unerwähnt bleibt die **Bezugsteuer**. Da der Bezugsteuer gleich wie der Inlandsteuer das Leistungsverhältnis als Steuerobjekt zugrunde liegt, stellt sie **kein eigenes Steuerobjekt** dar.[5930] Sie unterscheidet sich von der Inlandsteuer vor allem dadurch, dass bei der Bezug steuer die Mehrwertsteuer nicht von der leistungserbringenden, sondern von der leistungsempfangenden Person abzuführen ist. Im deutschen Umsatzsteuerrecht wird denn auch illustrativ vom Wechsel oder dem Übergang der Steuerschuldnerschaft gesprochen. Die Schweizer Gesetzgebung hat sich hingegen für den Begriff Bezugsteuer entschlossen, da bei der Totalrevision des MWSTG im Jahre 2009 die Bezugsteuer ausschliesslich auf den **Bezug von Dienstleistungen aus dem Ausland** Anwendung fand. Erst mit der Anfang 2025 in Kraft getretenen Teilrevision

5929 Zusatzbotschaft Vereinfachung MWST, S. 5467.

5930 Anders: Botschaft Vereinfachung MWST, S. 6938; offengelassen: BSK BV-Kocher, Art. 130 Rz. 98; SGK BV-Imstepf/Beusch, Art. 130 Rz. 40; CR Cst.-Glauser Rz. 46 ff.

des MWSTG findet die Bezugsteuer zur Missbrauchsbekämpfung erstmals auch auf die Übertragung von **Emissionsrechten** und dgl. im Inland Anwendung.[5931]

d. Bemessungsgrundlage

54 Ebenso wenig wie zur Entgeltlichkeit äussert sich die Verfassung zur Bemessungsgrundlage. Wie die Entgeltlichkeit lässt sich auch die Bemessungsgrundlage
bloss aus dem Begriff der Mehrwertsteuer ableiten (vgl. N. 44). Fragen der **(Mindest-)Bemessungsgrundlage** stellen sich vor allem dann, wenn Leistungen unter ihrem Wert erbracht werden. Obwohl die Mehrwertsteuer als allgemeine Konsumsteuer bezeichnet wird, ist das Besteuerungsziel nicht der Konsum selbst, sondern die Mittelverwendung für den Konsum.[5932] Deshalb wird die Mehrwertsteuer auch nicht auf dem objektiven Wert einer Leistung, sondern grundsätzlich auf dem für die Leistung tatsächlich empfangenen Entgelt bemessen. Vom tatsächlich empfangenen Entgelt als Bemessungsgrundlage sollte nur abgewichen werden, wo deren Höhe von anderen als unternehmerischen Gründen beeinflusst wurde. So bemessen sich Leistungen an **eng verbundene Personen** grundsätzlich nach dem Wert, der auch unter unabhängigen Dritten vereinbart worden wäre (Art. 24 Abs. 2 MWSTG). Wie beim Eigenverbrauch im Einparteienverhältnis, wo der Vorsteuerabzug rückgängig zu machen ist, wird damit im Mehrparteienverhältnis sichergestellt, dass es nicht zu einem unterbesteuerten Endverbrauch kommt (vgl. N. 52).

e. Veranlagung

55 Art. 130 BV äussert sich nicht dazu, in welchem Verfahren die Mehrwertsteuer zu erheben ist. Auch lassen sich m.E. aus dem Begriff der Mehrwertsteuer keine Schlüsse auf ein bestimmtes Veranlagungsverfahren ziehen. Da die Verwaltung an der Veranlagung der Mehrwertsteuer nicht beteiligt ist, wird die Mehrwertsteuer im Unterschied zur gemischten Veranlagung der direkten Steuern, bei der die Verwaltung die Steuerforderung endgültig festsetzt, als **Selbstveranlagungssteuer** bezeichnet. Daraus sollte jedoch nicht geschlossen werden, dass anstelle der Verwaltung die steuerpflichtige Person

5931AS 2024 438.
5932Botschaft Vereinfachung MWST, BBl 2008 6911.

die Steuerforderung **endgültig festsetzt**. Zwar setzt sie die Steuerforderung fest. Solange jedoch die fünfjährige **Festsetzungsverjährungsfrist** nicht abgelaufen ist, kann die Steuerforderung sowohl von der ESTV im Rahmen einer Kontrolle also auch von der steuerpflichtigen Person angepasst werden. Erst nach Eintritt der Festsetzungsverjährung wird eine Steuerforderung somit endgültig. Kommt es zu einer **Kontrolle** durch die ESTV, findet ein Wechsel ins **gemischte Veranlagungsverfahren** statt, da die ESTV in ihrer Einschätzungsmitteilung die Steuerforderung festsetzt und diese entweder durch vorbehaltlose Bezahlung oder schriftliche Anerkennung durch die steuerpflichtige Person rechtskräftig und somit endgültig wird. Mit diesen Massnahmen sollte im Rahmen der Totalrevision des Mehrwertsteuergesetzes die Rechtssicherheit für die steuerpflichtigen Personen erhöht werden. Dazu gehört auch die Trennung von **Steuerfestsetzungs- und Bezugsverfahren**, weshalb auch von einer **modifizierten Selbstveranlagung** gesprochen wird.[5933] Damit wurde auch den vereinzelten Forderungen nach einem Wechsel zu einer **gemischten Veranlagung** der Mehrwertsteuer begegnet, die nach der hier vertretenen Auffassung **verfassungsmässig zulässig** wäre, da sich der Verfassung keine Hinweise auf das Veranlagungsverfahren entnehmen lassen.

4. Einfuhrsteuer

Konzeptionell ist die Einfuhrsteuer das **Gegenstück zur Steuerbefreiung beim Export** von Gegenständen. Sie sollte sicherstellen, dass die Vermögensaufwendung für den inländischen Konsum gemäss dem **Bestimmungslandprinzip** der Mehrwertsteuer unterliegt, egal ob die Gegenstände in- oder ausländischer Herkunft sind. Dadurch sollte gewährleistet werden, dass die inländischen gegenüber den ausländischen Unternehmen **keine mehrwertsteuerbedingten Wettbewerbsnachteile** haben (vgl. N. 5).[5934] 56

Gemäss Art. 130 Abs. 1 BV ist die Einfuhr von Gegenständen **Steuerobjekt** der Mehrwertsteuer. Als Einfuhr gilt gemäss Gesetz jede Warenbewegung über die Zollgrenze (vgl. Art. 52 Abs. 1 lit. a MWSTG i.Vm. Art. 7 Zollgesetz, ZG, SR 631.0). Ob dieser Warenbewegung ein Rechtsgeschäft wie bei einem **Leistungsverhältnis** oder bloss ein Realakt wie beim **Verbringen** von 57

5933 MWSTG-Kocher, Art. 65 Rz. 9 m.w.H.

5934 Zum Ganzen: SGK BV-Imstepf/Beusch, Art. 130 Rz. 52; OFK MWSTG-Schluckebier, Art. 50 Rz. 1.

Gegenständen ins Inland zugrundliegt, ist unerheblich. Vor dem Hintergrund, dass die Einfuhrsteuer konzeptionell das Gegenstück zur Steuerbefreiung beim Export ist, um die Besteuerung im Bestimmungsland sicherzustellen, stellt sich die Frage, ob auch das Verbringen eigener Gegenstände ins Inland in jedem Fall der Einfuhrsteuer unterliegen sollte. Dies ist unzweifelhaft dann richtig, wenn **neu erworbene Gegenstände** im Ausland abgeholt werden, statt diese sich zusenden zu lassen. Auch der Einkaufstourismus gehört dazu. Solche neu erworbenen Gegenstände können abgesehen von de minimis-Regelungen im Ausland grundsätzlich von der Mehrwertsteuer befreit werden, weshalb gemäss dem Bestimmungslandprinzip bei der Einfuhr die Schweizer Mehrwertsteuer zu erheben ist. Ob die Erhebung der Einfuhrsteuer jedoch auch konzeptionell richtig ist, wenn Gegenstände eingeführt werden, die mit ausländischer Mehrwertsteuer belastet waren, aber z.B. wegen der **langen Besitzdauer** nicht mehr steuerbefreit werden können, ist fraglich. Somit kommt es zu einer Mehrfachbesteuerung, die dem Bestimmungslandprinzip entgegensteht. Ob diesfalls die Erhebung der Einfuhrsteuer von Art. 130 BV gedeckt ist, darf in Frage gestellt werden. Der Grund für die Erhebung der Einfuhrsteuer auf sämtlichen Einfuhren ist wohl eher darin zu suchen, dass die Einfuhrsteuer aus Gründen der Praktikabilität eng ans Zollrecht angelehnt wurde. Dem könnte konzeptionell bloss mit einer fiktiven Steuerbefreiung im Herkunftsland begegnet werden, die dem fiktiven Vorsteuerabzug nachgebildet wäre. Umgekehrt müsste hingegen auch eine fiktive Steuerbefreiung in der Schweiz zugestanden werden, wenn im Bestimmungsland die Einfuhrsteuer geschuldet ist.

58 Art. 130 Abs. 1 BV lässt sich nichts dazu entnehmen, wer einfuhrsteuerpflichtig und somit **Steuersubjekt** ist. Das Gesetz knüpft aus Praktikabilitätsgründen beim **Zollschuldner** an (Art. 51 Abs. 1 MWSTG). Damit kommt praktisch jede Person in Betracht, die mit dem Verbringen der Waren ins Zollgebiet in Zusammenhang steht. Aus Sicht der Mehrwertsteuer ist auch hier das Steuersubjekt weit gefasst und steht mit der engen Anlehnung ans Zollrecht und seinem Fokus auf Einbringbarkeit der Forderungen im Zusammenhang (vgl. N. 57).

59 Zum **Verfahren der Einfuhrsteuer** lässt sich Art. 130 BV nichts entnehmen. Da das Steuerobjekt die Einfuhr von Gegenständen ist, drängt sich die Steuererhebung durch das Bundesamt für Zoll und Grenzsicherheit (BAZG) auf. Im Unterschied zur Inlandsteuer wird die Einfuhrsteuer vom BAZG im

gemischten Veranlagungsverfahren endgültig veranlagt und nicht im Selbstveranlagungsverfahren festgesetzt und mit der ESTV abgerechnet (vgl. N. 55). Eine Ausnahme bildet das **Verlagerungsverfahren**, bei dem die Einfuhrsteuer nicht erst dem BAZG bezahlt und danach bei der ESTV als Vorsteuer zurückgefordert wird, sondern in der Steuerabrechnung mit der ESTV deklariert und gleichzeitig als Vorsteuer geltend gemacht werden kann. Forderungen, wonach dieses ursprünglich bloss für die Ein- *und* Ausfuhr hochwertiger Gegenstände wie Schmuck für Ausstellungen und Auktionen vorgesehene Verfahren[5935] für alle Einfuhren steuerpflichtiger Personen Anwendung finden solle, verkennen, dass dies mehrwertsteuerbedingte **Wettbewerbsnachteile für die inländischen Unternehmen** nach sich zöge. Die Mehrwertsteuer wäre nur noch beim Erwerb bei inländischen Unternehmen zu bezahlen und später als Vorsteuer zurückzufordern. Beim Erwerb bei ausländischen Unternehmen durch Importe hingegen könnte die Mehrwertsteuer in der gleichen Abrechnung, in der sie deklariert wird, wieder als Vorsteuer abgezogen werden. Dadurch ergäbe sich auf den Importen, wenn auch kein Steuer-, so doch ein **Liquiditätsvorteil**, der vor allem bei steigenden Zinsen nicht zu unterschätzen wäre.[5936]

5. Steuersätze

60 In Art. 130 Abs. 1 BV hält die Verfassung einzig fest, dass der Bund eine Mehrwertsteuer mit einem Normalsatz von höchstens 6,5 Prozent (vgl. N. 61) und einem reduzierten Satz von mindestens 2,0 Prozent (vgl. N. 62) erheben darf. Abgesehen von den Beherbergungsleistungen (vgl. N. 73 ff.) macht die Verfassung keinerlei Vorgaben, welche Leistungen dem Normalsatz und welche Leistungen dem reduzierten Satz zu unterstellen sind.

a. Normalsatz

61 Der seit Anfang 2024 geltende Normalsatz von 8,1 Prozent ergibt sich aus einer Kombination der Regelungen in Art. 130 Abs. 1, 3, 3bis und 3ter BV sowie aus der Übergangsbestimmung von Art. 196 Ziff. 14 Abs. 4 BV (vgl. N. 78 ff.). Dies relativiert die nach ihrem Wortlaut klare Formulierung in Art. 130 Abs. 1 BV, wonach der Normalsatz **höchstens** 6,5 Prozent beträgt. Damit die jeweils geltenden Mehrwertsteuersätze ohne zu Rechnen der

5935 Vgl. MWSTV-Kommentar EFD, S. 64.
5936 Vgl. Bericht Vereinfachte Erhebung der Mehrwertsteuer beim Import, Ziff. 4.2.2.

Bundesverfassung entnommen werden können, sind diese in der amtlichen Publikation in den Fussnoten zu den Absätzen 2 und 3 genannt.

b. Reduzierter Satz

62 Wie der Normalsatz ergibt sich auch reduzierte Satz von 2,6 Prozent aus einer Kombination der Regelungen in den Absätzen 1, 3 und 3bis sowie der Übergangsbestimmung von Art. 196 Ziff. 14 Abs. 4 BV (vgl. N. 78 ff.). Im Unterschied zum Normalsatz sieht Art. 130 Abs. 1 BV für den reduzierten Satz einen **Mindestsatz** von 2 Prozent vor, weshalb die Anhebungen des reduzierten Steuersatzes im Unterschied zur Anhebung des Normalsatzes problemlos mit dem Wortlaut der Verfassung vereinbar ist. Nicht mehr mit dem Wortlaut der Verfassung vereinbar wäre hingegen, den reduzierten Satz dem Normalsatz anzugleichen und so ohne Verfassungsänderung die beiden Sätze faktisch zu verschmelzen, da die Verfassung ausdrücklich einen reduzierten Satz nennt. Von Verfassungs wegen muss der Gesetzgeber somit einen reduzierten Satz vorsehen. Ein Mehrwertsteuer-Einheitssatz bedürfte deshalb zwingend einer obligatorischen Volksabstimmung unterliegenden Verfassungsänderung, wie das der Bundesrat in der Einheitssatz-Vorlage von 2008 auch vorgesehen hatte.[5937]

63 Art. 130 BV sieht zwar einen reduzierten Satz ausdrücklich vor, äussert sich aber nicht dazu, auf welche Leistungen er angewendet werden soll. Hinweise darauf ergeben sich am ehesten aus der Entstehungsgeschichte des reduzierten Steuersatzes. Bereits bei der Einführung der Warenumsatzsteuer im Jahre 1941 wurden bestimmte Lebensmittel von der Besteuerung befreit, um Haushalte in bescheidenen wirtschaftlichen Verhältnissen zu entlasten. In mehreren Schritten wurde die Steuerbefreiung auf sämtliche Lebensmittel sowie alkoholfreie Getränke ausgedehnt.[5938] Deshalb ist oft die Rede von den **Gütern des täglichen Bedarfs** oder den lebensnotwendigen Gütern, die zum reduzierten Satz besteuert werden, was aber bei genauerer Betrachtung nur sehr lückenhaft der Fall ist. Beispielsweise sind Hygieneprodukte, Bekleidung, Energie und Mobilität zweifellos dem täglichen Bedarf zuzurechnen, werden aber mit dem Normalsatz besteuert. Vielmehr lassen sich bei der Schweizer Mehrwertsteuer **vier Gruppen** reduziert besteuerter Leistungen unterscheiden: **Lebensmittel** und Leistungen im Zusammenhang

5937 Botschaft Vereinfachung MWST, S. 7103 f.
5938 Vgl. zum Ganzen: EFK 2007 S. 23 f.

mit der Urproduktion, **Medikamente**, **Medien** sowie freiwillig versteuerte Leistungen in den Bereichen **Sport und Kultur**. Mit der reduzierten Besteuerung dieser Leistungen werden unterschiedliche, ausserfiskalische Ziele verfolgt.

Sozialpolitische Ziele werden vor allem mit der reduzierten Besteuerung von **Lebensmitteln** verfolgt. Da der Anteil der zum reduzierten Satz besteuerten Lebensmittel an den Gesamtausgaben der Haushalte seit 1941 von rund 35 % auf heute unter 10 % gesunken ist, entlasten die reduzierten Steuersätze auf Lebensmitteln auch die Haushalte in bescheiden wirtschaftlichen Verhältnissen immer weniger.[5939] Von der reduzierten Besteuerung profitieren auch die Landwirtschaft und andere Urproduzierende entweder durch eine tiefere Taxe occulte bei fehlender Steuerpflicht oder durch eine geringere Steuer auf dem Umsatz im Falle der Steuerpflicht. Bei der Festlegung des reduzierten Satzes war denn auch die Höhe der Taxe occulte in der Landwirtschaft ausschlaggebend, weshalb der reduzierte Satz dem pauschalierten Vorsteuerabzug für landwirtschaftliche Produkte (Art. 28 Abs. 2 MWSTG) entspricht und nicht umgekehrt.[5940] Auch bei der reduzierten Besteuerung von **Medikamenten** stehen sozialpolitische Anliegen im Vordergrund. Es wäre jedoch zu untersuchen, ob in einem so stark regulierten Markt der reduzierte Steuersatz an die Endverbrauchenden weitergegeben oder ob er eine höhere Marge für Herstellung von und Handel mit Medikamenten bewirkt und damit das Ziel der Entlastung der Konsumierenden verfehlt wird. 64

Bei der reduzierten Besteuerung von **Medien** ging es ursprünglich um **Medienförderung** als Lenkungsziel. Um eine mehrwertsteuerrechtliche Gleichbehandlung der damaligen überwiegend öffentlich-rechtlichen audiovisuellen Medien mit den privaten Print-Medien sicherzustellen, beantragte der Ständerat bei Einführung der Mehrwertsteuer, auch die nicht gewerblichen Dienstleistungen von Radio- und Fernsehgesellschaften reduziert zu besteuern, statt diese von der Mehrwertsteuer auszunehmen.[5941] Damit hat der Gesetzgeber ein Steuerobjekt Kraft Gesetz geschaffen und somit insbesondere auf den «Billag-Gebühren» die Mehrwertsteuer erhoben. 65

5939 Vgl. EFK 2007 S. 25.

5940 Vgl. Bericht Fachkommission 1974, S. 14 f.; Imstepf 2011, S. 347 m.w.H.; SGK BV-Imstepf/Beusch, Rz. 101.

5941 Vgl. Votum SR Cavadini (NE, LPS): AB 1993 S 332.

Ob es ein Steuerobjekt im Sinne eines Leistungsverhältnisses zwischen den konzessionierten Radio- und Fernsehgesellschaften und den Personen gibt, die die Radio- und Fernsehabgabe bezahlen, spielte dabei keine Rolle. Es war politisch gewollt, dass die Radio- und Fernsehabgabe aus Gründen der Gleichbehandlung zum reduzierten Satz besteuert wurde. Ob dieses gesetzlich geschaffene Steuerobjekt jedoch von Art. 130 BV gedeckt ist, ist fraglich – setzt doch der Begriff der Mehrwertsteuer stets eine Leistungsverhältnis als Steuerobjekt voraus. Hingegen hätte das Bundesgericht vor dem Hintergrund der Entstehungsgeschichte der reduzierten Besteuerung der Radio- und Fernsehabgabe in seinem Urteil vom 13. April 2015[5942] nicht prüfen sollen, ob es ein Leistungsverhältnis zwischen den Abgabepflichtigen, dem Bund und den Radio- und Fernsehgesellschaften gibt, da in diesem besonderen Fall die Steuerbarkeit unabhängig vom Vorliegen eines Steuerobjektes in Form eines Leistungsverhältnisses politisch gewollt war. Indem es dies geprüft und eine Leistungsverhältnis verneint hatte, hatte sich das Bundesgericht indirekt über das Anwendungsgebot von Bundesgesetzen nach Art. 190 BV hinweggesetzt.

66 Die reduzierte Besteuerung freiwillig versteuerter Leistungen in den Bereichen **Sport und Kultur** schliesslich fördert diese Aktivitäten: Wo die Steuer auf den Vorleistungen zum Normalsatz höher ist als die Steuer zum reduzierten Satz auf dem Umsatz, erhalten die steuerpflichtigen Personen von der Steuerverwaltung Geld ausbezahlt. Das ist neben der Vermeidung einer Taxe occulte bei Leistungen zwischen steuerpflichtigen Personen ein wichtiger Grund, weshalb jemand freiwillig steuerpflichtig wird.

6. Steuerausnahmen

67 Obwohl sich Art. 130 BV zur Anzahl und Höhe der Steuersätze äussert, lässt sich ihm nichts entnehmen zu den Steuerausnahmen. Einzig aus dem Begriff der Mehrwertsteuer, die im Unterschied zu den besonderen Verbrauchssteuern nach Art. 131 BV eine allgemeine Verbrauchssteuer ist, lässt sich ableiten, dass die Bemessungsgrundlage möglichst breit sein sollte. Es stellt sich deshalb die Frage, ob mit den Steuerausnahmen **ausserfiskalische Ziele** verfolgt werden, die selbst Verfassungsrang geniessen. So liesse sich rechtfertigen, dass durch Steuerausnahmen vom verfassungsmässigen Gebot der Gleichbehandlung im Allgemeinen und vom Gebot der allgemeinen und

5942BGE 141 II 182.

gleichmässigen Besteuerung nach Art. 127 Abs. 2 BV im Besonderen abgewichen wird (vgl. N. 68).[5943]

7. Verfolgung ausserfiskalischer Ziele

Reduzierte Steuersätze und Steuerausnahmen, sogenannte Steuervergünstigungen, eignen sich nur bedingt, um ausserfiskalische Ziele, wie beispielsweise sozial-, kultur- oder medienpolitische Anliegen, zu verfolgen. Zwar entlasten Steuervergünstigungen Haushalte in bescheidenen wirtschaftlichen Verhältnissen. Aber nicht nur: Haushalte in guten wirtschaftlichen Verhältnissen werden absolut betrachtet noch mehr entlastet, weil sie deutlich mehr konsumieren.[5944] Dadurch wird auf Steuereinnahmen verzichtet, die fehlen, um beispielsweise durch Transferzahlungen gezielt Haushalte in bescheidenen wirtschaftlichen Verhältnissen unterstützen zu können. Dies zeigt, dass mit Steuervergünstigungen zwar die verfolgten ausserfiskalischen Ziele zumindest teilweise erreicht werden können, aber auf eine ineffiziente Art, da **Steuervergünstigungen** zu **wenig zielgerichtet** sind. Aus diesem Grund sollten von den in der Verfassung genannten **reduzierten Steuersätzen** und von den in der Verfassung nicht erwähnten **Steuerausnahmen** auf Stufe Gesetz nur **zurückhaltend Gebrauch** gemacht werden. 68

Steuervergünstigungen sind zwar ineffizient, dämpfen aber trotzdem die Zusatzbelastungen im Zusammenhang mit Steuersatzerhöhungen. Insbesondere die Steuerausnahmen für Versicherungsleistungen und Wohnungsmieten, einer der grössten Budgetposten von Haushalten in bescheidenen wirtschaftlichen Verhältnissen, führen dazu, dass solche Haushalte von **Steuersatzerhöhungen** weniger betroffen sind als Haushalte, bei denen diese Ausgaben einen kleineren Teil des Budgets ausmachen. Erhöhungen der Mehrwertsteuersätze schneiden deshalb **verteilungspolitisch** besser ab, als dies gerne behauptet wird. 69

8. Hoheitliche Tätigkeiten

Zur mehrwertsteuerlichen Behandlung hoheitlicher Tätigkeiten äussert sich Art. 130 BV nicht, da die Mehrwertsteuer auf hoheitlichen Tätigkeiten oder 70

5943 Zum Ganzen: SGK BV-Imstepf/Beusch, Art. 130, Rz. 130.
5944 Vgl. Cnossen 1998, S. 409 f.

allgemeiner gesagt staatlichen Leistungen keine Anwendung findet, sofern ein Gemeinwesen nicht ausnahmsweise eine wirtschaftliche bzw. eine unternehmerische Tätigkeit ausübt.[5945] Dafür spricht, dass es sich dabei um die Erfüllung staatlicher Aufgaben und nicht um freiwilligen Konsum handelt und dass Leistungen der öffentlichen Hand **nicht marktfähig** sein und somit nicht im direkten Wettbewerb zu den von der Privatwirtschaft erbrachten Leistungen stehen sollten, weshalb es nicht zu Wettbewerbsverzerrungen kommen sollte. Da für staatliche Leistungen regelmässig weder von den Personen, die sie in Anspruch nehmen, noch von Dritten ein Entgelt zu entrichten ist, würde auch mangels eines Steuerobjekts in Form eines Leistungsverhältnisses die Mehrwertsteuer nicht auf staatliche Leistungen Anwendung finden. Ebenfalls als Folge davon, dass staatliche Leistungen **nicht in den Anwendungsbericht der Mehrwertsteuersteuer** fallen, sind diese mit der Taxe occulte belastet, da die Mehrwertsteuer auf Leistungen, die für das Erbringen von staatlichen Leistungen verwendet werden, nicht als Vorsteuer abgezogen werden kann.

71 Es stellt sich jedoch die Frage, in welchem Verhältnis die Nichtbesteuerung staatlicher Leistungen zum verfassungsmässigen Gebot der **Gleichbehandlung** im Allgemeinen und dem Gebot der **allgemeinen und gleichmässigen Besteuerung** nach Art. 127 Abs. 2 BV im Besonderen steht. Welche Leistungen vom Staat angeboten werden sollen, ist vor allem eine politische Frage. Sobald der Staat jedoch steuerfinanzierte Leistungen anbietet, fallen diese Leistungen grundsätzlich bereits mangels Entgeltlichkeit und somit mangels Steuerobjekt aus dem Anwendungsbereich der Mehrwertsteuer und können somit günstiger angeboten werden, als wenn dies gegen steuerbares Entgelt geschehen würde. So ist beispielsweise in der Schweiz die Mehrwertsteuer auch auf den Billetts des öffentlichen Nahverkehrs geschuldet. Sobald dieser aber den Nutzenden gegenüber unentgeltlich angeboten wird, wie das z.B. in der Stadt Genf teilweise der Fall ist, entfällt die Mehrwertsteuer. Dadurch schafft die Mehrwertsteuer einen finanziellen Anreiz, Leistungen auch dann steuerfinanziert anzubieten, wenn dieses ganz oder teilweise nach dem Verursachendenprinzip finanziert werden könnten. Somit beeinflusst die Mehrwertsteuer die Entscheidung, ob Leistungen durch allgemeine Steuermittel oder durch die die Leistung nutzenden Personen finanziert werden soll, was das verfassungsmässige Gebot

5945Botschaft Vereinfachung MWST, BBl 2008 6942 f.

der Gleichbehandlung und das Gebot der allgemeinen und gleichmässigen Besteuerung nach Art. 127 Abs. 2 BV berührt.

Im Bereich der **Steuerausnahmen** spielt dieser Effekt nicht, da sowohl die steuerfinanzierte wie auch die durch nicht steuerbare Entgelte finanzierte Leistungserbringung lediglich mit der Taxe occulte belastet ist. Vor diesem Hintergrund führen insbesondere die Steuerausnahmen in den Bereichen **Gesundheit** und **Bildung** zu einer **mehrwertsteuerlichen Gleichbehandlung** unabhängig ihrer Finanzierung. Könnten hingegen die Gemeinwesen ihre Taxe occulte durch einen Vorsteuerabzug oder den steuerfreien Leistungsbezug beseitigen, wie das gelegentlich gefordert wird, damit der Bund nicht die Kantone und Gemeinden mehrwertsteuerlich belastet, käme es auch hier zu einer mehrwertsteuerlichen Privilegierung der öffentlichen Hand. Der Preis der mehrwertsteuerlichen Gleichbehandlung öffentlicher und privater Leistungserbringung im Bereich der Steuerausnahmen ist die Belastung der Kantone und Gemeinden mit der Taxe occulte durch den Bund. 72

B. Art. 130 Abs. 2 BV

Beherbergungsleistungen wurden anfänglich als Teil gastgewerblicher Leistungen aufgefasst. Da die Warenumsatzsteuer Dienstleistungen nicht besteuerte und die Verköstigung einerseits als steuerbefreite Lieferung von Ess- und Trinkwaren galt, alkoholische Getränke andererseits auf der Vorstufe besteuert wurden, waren die Gastgewerbebetriebe, worunter auch alle **Beherbergungsbetriebe** fielen, **subjektiv nicht steuerpflichtig**.[5946] Obwohl die **Expertenkommission**[5947] im Jahr 1974 wie auch der Bundesrat bei der ersten gescheiterten Vorlage zur Einführung der Mehrwertsteuer[5948] im Jahr 1977 das Gast- und Beherbergungsgewerbe zum **Normalsatz** besteuern wollte, sah die **Bundesversammlung** einen **Sondersatz** vor, weil Wettbewerbsnachteile gegenüber dem Ausland und das Risiko des politischen Scheiterns der Vorlage befürchtet wurden.[5949] In den ebenfalls gescheiterten Vorlagen von 1979 und 1991 hatte der **Bundesrat** den **Sondersatz** bereits in der Botschaft vorgesehen. Bei der Ausarbeitung der Vorlage von 1993 73

5946 Vgl. Metzger WUST, Rz. 199 f.
5947 Bericht Fachkommission 1974, S. 49.
5948 Botschaft Finanz- und Steuerrecht 1976, S. 1422.
5949 Vgl. AB 1976 S 242 ff.; Imstepf 2011, S. 344.

verzichtete die Bundesversammlung auf einen Sondersatz in der Verfassung, sah aber in den **Übergangsbestimmungen** die Kompetenz vor, **auf Stufe Gesetz** einen **Sondersatz** einzuführen (Art. 8ter aBV).

74 Nach Art. 8ter aBV konnte der Bund für bestimmte im Inland erbrachte **Tourismusleistungen** auf dem Wege der **Gesetzgebung** einen tieferen Satz der Umsatzsteuer festlegen, sofern diese Dienstleistungen in erheblichem Ausmass durch Personen aus dem Ausland konsumiert werden und die Wettbewerbsfähigkeit es erfordert. In seiner Botschaft vom 16. August 1995 hat der Bundesrat diese Voraussetzungen als erfüllt betrachtet. Einerseits stagnierten seit Beginn der 80er Jahre die Übernachtungszahlen und erreichten im Jahre 1995 einen Negativrekord, was als Zeichen für mangelnde Wettbewerbsfähigkeit gewertet wurde. Andererseits wurden im Unterschied beispielsweise zu gastgewerblichen und Beförderungsleistungen die Beherbergungsleistungen überwiegend durch ausländische Gäste nachgefragt. «Damit ist ein reduzierter Satz für Beherbergungsdienstleistungen, die statistisch zu mehr als der Hälfte von Ausländerinnen und Ausländern nachgefragt werden, sicher verfassungskonform».[5950] Der **Sondersatz für Beherbergungsleistungen** wurde am 1. Oktober 1996 erstmals für 5 Jahre befristet eingeführt und in der Folge sechsmal verlängert, letztmals für 10 Jahre bis Ende 2027.[5951] In der Sondersession 2025 hat das Parlament eine Motion an den Bundesrat überwiesen, welche die Fortführung des Sondersatzes über das Jahr 2027 hinaus fordert.[5952]

75 Zur **Festsetzung des Sondersatzes** auf 3 Prozent führt der Bundesrat in seiner Botschaft lediglich aus, dass damit dem Umstand Rechnung getragen werde, dass ein bedeutender Teil der Übernachtungen auf ausländische Gäste entfalle.[5953] Da gemäss Bundesrat die Verfassungsbestimmung nicht die Tourismuswirtschaft privilegieren, sondern den exportähnlichen Charakter anerkennen wolle,[5954] ist denkbar, dass die von ausländischen Gästen nachgefragten Beherbergungsleistungen steuerbefreit und nur die von inländischen Gästen nachgefragten Beherbergungsleistungen besteuert werden sollten.[5955] Um jedoch der Branche administrativen Aufwand zu

5950 Botschaft Sondersatz, S. 362.
5951 Vgl. Bericht Sondersatz, S. 3432.
5952 Motion SR Friedli (24.3635).
5953 Botschaft Sondersatz, S. 365.
5954 Botschaft Sondersatz, S. 360.

ersparen, verzichtete der Bundesrat bewusst auf eine Unterscheidung zwischen in- und ausländischen Gästen.[5956] Wie er weiter ausführte, wurden rund zwei Drittel der Übernachtungen von ausländischen Gästen nachgefragt.[5957] Sollten diese Leistungen im Ergebnis befreit werden, ohne jedoch zwischen in- und ausländischen Gästen zu unterscheiden, so ergäbe das einen um zwei Drittel tieferen Sondersatz als der damals geltende Normalsatz von 6,5 Prozent, also rund 2,2 Prozent. Ein Satz also, der praktisch dem reduzierten Satz von damals 2 Prozent entsprochen hätte. Es ist deshalb fraglich, ob solche Überlegungen ausschlaggebend waren.[5958]

1. Beherbergungsleistungen

Art. 130 Abs. 2 BV spricht von Beherbergungsleistungen, ohne diese jedoch näher zu umschreiben. Da entstehungsgeschichtlich die Beherbergungsleistungen als Teil der gastgewerblichen Leistungen aufgefasst wurden (vgl. N. 73), scheint die gesetzliche Definition der Beherbergungsleistung als Gewährung von **Unterkunft**, einschliesslich der Abgabe eines **Frühstücks**, auch wenn dieses separat berechnet wird (Art. 25 Abs. 4 MWSTG), verfassungsmässig unproblematisch. Etwas schwieriger mit dem Begriff der Beherbergung vereinbar scheint, dass nach Schweizer Mehrwertsteuerrecht auch Langzeitvermietung als Beherbergungsleistung gilt. Um steuerausgenommene **Vermietung** handelt es sich gemäss Praxis der ESTV erst, wenn Wochenaufenthalt oder Wohnsitz bzw. Sitz oder Betriebstätte begründet wird. Wie bei der Abgrenzung von Lieferungen und Dienstleistungen (vgl. N. 42) steht auch hier eine einfachere und rechtssicherere Abgrenzung der steuerbaren Beherbergungsleistung von der steuerausgenommenen Vermietung im Vordergrund, weshalb vom alltäglichen Verständnis des Begriffs Beherbergungsleistung abgewichen wurde. Steuersystematisch besser wäre hingegen, die Abgrenzung mit Blick auf den **Dienstleistungsanteil** zu machen, da dieser den Unterschied zwischen Beherbergungsleistung und blosser Vermietung (Lieferung) ausmacht. Dies wird in der Praxis der ESTV teilweise verwirklicht, indem **Hotels** stets Beherbergungsleistungen erbringen, selbst wenn ein Gast dort Wohnsitz

76

5955Imstepf 2011, S. 350.
5956Botschaft Sondersatz, S. 367.
5957Botschaft Sondersatz, S. 362.
5958A.M. Imstepf 2011, , S. 350 f.

nimmt. Hingegen müsste das konsequenterweise wohl auch für **Service-Apartments** gelten.

2. Sondersatz

77 Nach Art. 130 Abs. 2 BV kann das Gesetz für die Besteuerung der Beherbergungsleistungen einen Satz zwischen dem reduzierten und dem Normalsatz festlegen. Das «kann» in dieser Bestimmung bedeutet zweierlei: Da es sich bei Art. 130 BV insgesamt um eine nachträglich derogative Bundeskompetenz handelt (vgl. N. 20), muss einerseits auch Abs. 2 wie Abs. 1 als Kann-Bestimmung formuliert sein. Andererseits lässt Art. 130 Abs. 2 BV dem Gesetzgeber die Freiheit, von dieser Kompetenz Gebrauch zu machen oder nicht. Macht der Gesetzgeber von dieser Kompetenz Gebrauch, kommt als Sondersatz für Beherbergungsleistungen lediglich ein Satz zwischen dem **reduzierten Satz** und dem **Normalsatz** in Frage, wie das heute mit dem Sondersatz von 3,8 Prozent der Fall ist. Aufgrund der Entstehungsgeschichte der Norm könnte der Gesetzgeber Beherbergungsleistungen hingegen nicht zum reduzierten Satz besteuern (vgl. N. 73 ff.). Würde der Gesetzgeber von dieser Verfassungskompetenz keinen Gebrauch machen oder die derzeitige Befristung Ende 2027 auslaufen lassen, wären Beherbergungsleistungen zum Normalsatz steuerbar.

C. Art. 130 Abs. 3 BV: Zweckbindung zur Finanzierung der AHV

78 Bereits bei der Einführung der Mehrwertsteuer 1995 wurde in Art. 41ter Abs. 3bis aBV vorgesehen, dass mittels einem dem fakultativen Referendum unterstellten Bundesbeschluss der Satz der Umsatzsteuer um höchstens einen Prozentpunkt angehoben werden könne, um die Finanzierung der Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge sicherzustellen, sollte diese wegen der Entwicklung des Altersaufbaus nicht mehr gewährleistet sein.[5959] Per Anfang 1999 hat das Parlament davon Gebrauch gemacht und den Normalsatz um einen Prozentpunkt, den reduzierten um 0,3 Prozentpunkte und den Sondersatz um 0,5 Prozentpunkte angehoben.[5960] Bis Ende 2019 hatte der Bundesrat zudem die Möglichkeit, maximal 10 Prozent des Gesamtertrags der Anhebung für die Finanzierung der Invalidenversicherung zu verwenden. Im Rahmen des nach der abgelehnten Unternehmenssteuerreform III vom

5959 BBl 1993 II 873.
5960 AS 1998 1803.

Parlament in die Wege geleiteten Bundesgesetzes über die Steuerreform und die AHV-Finanzierung (STAF) wurde diese Delegationsnorm gestrichen.[5961] Seither geht der **gesamte Betrag** aus der Anhebung der Mehrwertsteuersätze **an die AHV**. Eine **weitere Erhöhung** der Mehrwertsteuersätze zugunsten der AHV und IV sieht **seit Anfang 2024** Art. 130 Abs. 3ter BV vor (vgl. N. 81), deren Ertrag gemäss Art. 130 Abs. 3quater BV ebenfalls vollumfänglich dem AHV-Ausgleichsfonds zugewiesen wird (vgl. N. 82).

Im Unterschied zur Finanzierung der AHV durch Lohnprozente tragen bei der Zusatzfinanzierung der AHV durch die Mehrwertsteuer auch die Haushalte von Rentenbeziehenden zur Finanzierung bei. Dies trägt dem **demographischen Wandel** Rechnung, wonach aufgrund der geburtenstarken Jahrgänge und der längeren Lebenserwartung weniger Erwerbstätige für eine wachsende Rentensumme aufkommen müssen. 79

D. Art. 130 Abs. 3bis BV: Zweckbindung zur Finanzierung der Eisenbahninfrastruktur und Übergangsbestimmung Art. 196 Ziff. 14 Abs. 4 und 5 BV

Anfang 2001 erhielt der Bundesrat die Befugnis, zur Finanzierung der Eisenbahngrossprojekte die Mehrwertsteuersätze linear um 0,1 Prozentpunkte anzuheben.[5962] Da es sich um eine befristete Anhebung handelte, war sie in den **Übergangsbestimmungen** der Bundesverfassung enthalten, jedoch nicht zu Art. 130 BV, sondern **zu Art. 87 BV** betreffend Eisenbahnen und weitere Verkehrsträger. Anfang 2016 wurde mit dem direkten Gegenentwurf des Bundesrats zur Volksinitiative «Für den öffentlichen Verkehr», dem Volk und Stände am 28. November 2014 zustimmten, einerseits die bisher befristete Anhebung um 0,1 Prozentpunkte **in eine unbefristete Anhebung umgewandelt**,[5963] weshalb die Regelung von den Übergangsbestimmungen in den Art. 130 Abs. 3bis BV verschoben wurde. Andererseits wurden mit Art. 196 Ziff. 14 Abs. 4 BV die Mehrwertsteuersätze erneut bis **Ende 2030** befristet um weitere **0,1 Prozentpunkte** linear **angehoben**,[5964] um den zusätzlich verlangten Ausbau der Eisenbahninfrastruktur zu finanzieren.[5965] 80

5961AS 2019 2395.
5962AS 2000 1134.
5963AS 2015 645.
5964AS 2015 646.

E. Art. 130 Abs. 3ter BV: Zweckbindung zur Zusatzfinanzierung der AHV

81 In der Abstimmung vom 25. September 2022 wurde der Bundesbeschluss vom 17. Dezember 2021 über die Zusatzfinanzierung der AHV durch eine Erhöhung der Mehrwertsteuer[5966] von Volk und Ständen angenommen. Damit sollte die Finanzierung der AHV-Renten mittelfristig gewährleistet werden mit dem Ziel, das Leistungsniveau der Altersvorsorge zu erhalten und das finanzielle Gleichgewicht der AHV zu sichern.[5967] Art. 130 Abs. 3ter knüpft die Kompetenz des Bundesrates zur Erhöhung der Mehrwertsteuer ausdrücklich an den Grundsatz der **Vereinheitlichung des Referenzalters** von Frauen und Männern in der Alters- und Hinterlassenenversicherung auf Gesetzesstufe. Mit der gleichzeitigen Annahme der Änderung vom 17. Dezember 2021 des Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (**AHV 21**)[5968], gegen die von linken Kreisen das Referendum ergriffen worden ist, war diese Bedingung erfüllt und per Anfang 2024 wurde der Normalsatz um 0,4 Prozentpunkte auf **8,1 Prozent**, der reduzierte Steuersatz um 0,1 Prozentpunkte auf **2,6 Prozent** und der Sondersatz für Beherbergungsleistungen ebenfalls um 0,1 Prozentpunkte auf **3,8 Prozent** proportional angehoben.

F. Art. 130 Abs. 3quater BV: Zuweisung zum AHV-Ausgleichsfonds

82 Der gleichzeitig mit Abs. 3ter eingefügte Abs. 3quater stellt klar, dass der **gesamte Ertrag** aus der Erhöhung der Steuersätze nach Abs. 3ter dem AHV-Ausgleichfonds zugewiesen wird. Diese Bestimmung ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass bis 2019 bloss 83 Prozent des Ertrages der Steuersatzerhöhung nach Abs. 3 direkt für die Finanzierung der AHV bestimmt und 17 Prozent an den Bund zur Finanzierung der demografisch bedingten Zunahme des Bundesbeitrages an die AHV gingen (vgl. N. 78).[5969]

5965 Vgl. AB 2012 S 999.
5966 BBl 2021 2991.
5967 BBl 2019 6306.
5968 BBl 2021 2995.
5969 BBl 2019 6385.

G. Art. 130 Abs. 4 BV: Zweckbindung für die Prämienverbilligung in der Krankenversicherung

Bereits bei der Einführung der Mehrwertsteuer im Jahr 1995 wurde in der Verfassung festgehalten, dass **fünf Prozent** des Steuerertrags der Mehrwertsteuer für Massnahmen zur Entlastung der unteren Einkommensschichten verwendet werden sollen (Art. 41ter Abs. 3 aBV), und zwar während der ersten fünf Jahre nach Einführung der Mehrwertsteuer für die Prämienverbilligung in der Krankenversicherung. Danach konnte die Bundesversammlung darüber entscheiden, wie dieser zweckgebundene Anteil weiterzuverwenden ist (Art. 8 Abs. 4 ÜB aBV). Damit sollte bei Haushalten in bescheideneren wirtschaftlichen Verhältnissen die im Verhältnis zum Einkommen **höhere Belastung durch die Mehrwertsteuer** (vgl. N. 68) gemildert werden, um auch den Gewerkschaftsbund für die Einführung der Mehrwertsteuer zu gewinnen (vgl. N. 5). 83

Beide Bestimmungen wurden 1999 materiell unverändert in den Hauptteil und die Übergangsbestimmungen der neuen Bundesverfassung übernommen (Art. 130 Abs. 2 BV, Art. 196 Ziff. 14 Abs. 3 BV).[5970] Da bei Inkrafttreten der neuen Bundesverfassung Anfang 2000 die Frist von fünf Jahren verstrichen war, beschloss die neu zuständige Bundesversammlung im Dezember 1999 die Zweckbindung für die **Krankenkassenprämienverbilligung** per Verordnung bis Ende 2003 zu **verlängern**.[5971] Im Juni 2004 erfolgte eine weitere Verlängerung rückwirkend ab Anfang 2004 und befristet bis zum Inkrafttreten der neuen Finanzordnung, längstens aber bis Ende 2006.[5972] 84

Mit der Botschaft zur neuen Finanzordnung vom 9. Dezember 2002 wollte der Bundesrat diese Regelungen weiterführen.[5973] Die Bundesversammlung lehnte dies jedoch ab und beschloss, die Zweckbindung für die Krankenkassenprämienverbilligung direkt **im Hauptteil der Verfassung** zu regeln, sofern nicht durch Gesetz eine andere Verwendung zur Entlastung unterer Einkommensschichten festgelegt wird.[5974] Auch die Zweckbindung zu Gunsten unterer Einkommensschichten sollte neu von der 85

5970AS 1999 2556, 2587, 2608.
5971AS 2000 80.
5972AS 2004 3009.
5973BBl 2003 1531, 1559.
5974BBl 2004 1363.

Bundesversammlung **mittels eines referendumspflichtigen Gesetzes** und nicht bloss mittels einer Verordnung festgelegt werden, wie dies bis dahin der Fall war.[5975] Die Zweckbindung wurde bislang unverändert für die Krankenkassenprämienverbilligung beibehalten.

H. Art. 196 Ziff. 14 Abs. 1 BV

86 Die Bundeskompetenz zur Erhebung der Mehrwertsteuer ist – wie diejenige zur Erhebung der direkten Bundessteuer (Art. 128 BV) – bis 2035 befristet. Die bis heute geltenden **Befristungen** lassen sich in erster Linie entstehungsgeschichtlich erklären. Bereits die Warenumsatzsteuer als Vorläuferin der Mehrwertsteuer wurde während des zweiten Weltkriegs befristet eingeführt und in der Folge erstmals durch den Bundesrat bis 1949 und danach durch die Bundesversammlung bis Ende 1951 verlängert. Im Dezember 1950 fand eine bis Ende 1954 befristete Übergangsbestimmung in der Verfassung bei Volk und Ständen eine Mehrheit. 1953 hatten Volk und Stände eine Vorlage für einen Neuentwurf einer Finanzordnung abgelehnt, mit der die Warenumsatzsteuer im Hauptteil der Verfassung hätte geregelt werden sollen und auf zwölf Jahre befristet gewesen wäre. Hingegen fand 1954 die Weiterführung der bisherigen Ordnung für weitere vier Jahre bis 1958 eine Mehrheit. Erst mit der ab 1959 geltenden Finanzordnung wurde die Warenumsatzsteuer erstmals als Art. 41ter in den Hauptteil der Verfassung aufgenommen (vgl. N. 2), jedoch auch bloss auf sechs Jahre befristet bis 1964 und nicht auf 12 Jahre, wie das der Bundesrat beantragt hatte.[5976] Weitere drei Verlängerungen folgten bis Ende 1974,[5977] bis Ende 1982[5978] und bis Ende 1994[5979], worauf die Warenumsatzsteuer Anfang 1995 durch die Mehrwertsteuer abgelöst wurde, die wiederum bis Ende 2006[5980] befristet wurde. Die Erhebungskompetenz der Mehrwertsteuer wurde danach bis Ende 2020[5981] und wieder bis Ende 2035[5982] verlängert. Bei beiden Vorlagen wurde der **Verzicht auf die Befristung diskutiert**, aber schliesslich jeweils

5975 Vgl. AB 2004 S 6.
5976 Zum Ganzen: Wellauer, S. 49 ff.
5977 AS 1963 1162.
5978 AS 1971 907.
5979 AS 1982 138.
5980 AS 1994 258.
5981 AS 2006 1057.
5982 AS 2019 769.

abgelehnt. In den Jahren 1977, 1979 und 1991 wurde zusammen mit der Einführung einer Mehrwertsteuer auch der Verzicht auf die Befristung von Volk und Ständen abgelehnt.[5983]

87 Obwohl das EFD im erläuternden Bericht zur Vernehmlassungsvorlage für die Finanzordnung 2021 umfassend aufzeigte, weshalb die **Befristung** der beiden wesentlichsten Einnahmequellen des Bundes **nicht zielführend** sei, hatte die Vernehmlassung gezeigt, dass ein Verzicht bereits im Parlament scheitern würde, weshalb der Bundesrat schliesslich von einem Verzicht auf die Befristung abgesehen hatte.[5984] Die **Argumente für die Befristung** waren sehr allgemein: So wurde beispielsweise ausgeführt, dass es Ausdruck von Respekt gegenüber dem Souverän sei, ihn von Zeit zu Zeit zu fragen, ob die Steuern noch erhoben werden dürften, oder dass es eine Gelegenheit sei, sich grundsätzlich Gedanken zum Steuersystem zu machen.[5985] Am klarsten zum Ausdruck, worum es bei der Befristung geht, brachte es wohl Bundesrat Ueli Maurer, wonach der Verzicht «ein Bruch mit unserer Tradition und vielleicht auch ein bisschen ein Bruch mit unserem Verständnis bezüglich des Verhältnisses zwischen Staat und Bürger»[5986] wäre. Dies alles lässt den Schluss zu, dass es sich bei der Befristung der Erhebungskompetenz in erster Linie um ein **Ritual** handelt, das in seiner langen **Tradition** begründet ist. Aus politischer Perspektive möchte man sich zudem nicht dem Vorwurf aussetzen, Volksrechte abzubauen. **Sachlich** lässt sich die Befristung hingegen **kaum rechtfertigen**, wie das der Bundesrat im erläuternden Bericht zur Vernehmlassungsvorlage zur Finanzordnung 2021 ausgeführt hatte.[5987]

Zum Autor

Claude Grosjean studierte an der Universität Bern Rechtswissenschaften. 2003 schloss er mit dem Lizenziat ab, 2005 wurde er zum bernischen Fürsprecher (Rechtsanwalt) patentiert. Zu Beginn der 20iger Jahre bildete er sich zum Executive Master of Public Administration (MPA) an der Universität Bern weiter. Claude Grosjean arbeitet seit 2007 in der Steuergesetzgebung bei der Eidgenössischen Steuerverwaltung ESTV in Bern. Ab 2011 leitete er die

5983 Erläuternder Bericht Finanzordnung 2021, S. 5.
5984 Botschaft Finanzordnung 2021, S. 6233.
5985 AB N 2016 S. 2272.
5986 BR Ueli Maurer, AB N 2016 S. 2273.
5987 Erläuternder Bericht Finanzordnung 2021, S. 14 ff.

Stabsstelle Mehrwertsteuergesetzgebung, seit 2015 ist er stellvertretender Leiter der Abteilung Steuergesetzgebung, die für Gesetzgebungsarbeiten an sämtlichen Bundessteuererlassen in der Zuständigkeit der ESTV verantwortlich ist. Seit 2011 ist er Mitglied der OECD Working Party No. 9 on Consumption Taxes. Claude Grosjean ist Mitglied des Berner Kantonsparlaments für die Grünliberale Partei (GLP). Zwischen 2005 und 2011 war er Lehrbeauftragter für Recht an der Berner Fachhochschule Wirtschaft und Verwaltung.

WEITERE EMPFOHLENE LEKTÜRE

Birkenfeld Wolfram, Das grosse Umsatzsteuer-Handbuch, Köln 1992.

Dobratz Lars, Mehrwertsteuer, in: Schaumburg/Englisch, Europäisches Steuerrecht, 2. Aufl., Köln 2020, S. 767 ff.

De la Feria Rita, EU VAT Principles as Interpretative Aids to EU VAT Rules: The Inherent Paradox, in: Lang et al., CJEU – Recent Developments in Value Added Tax 2015, Wien 2016, S. 3 ff.

Hongler Peter, Das Leistungsfähigkeitsprinzip im Vielsteuersystem, in: Institute of Public Finance, Fiscal Law and Law & Economics (IFF-HSG), IFF-HSG Working Papers, Working Paper vom 9. März 2021.

Kempny Simon, Gedanken zum «Leistungsfähigkeitsprinzip», Rekonstruktion eines Schlüsselbegriffs als Beitrag zur Rationalisierung des Diskurses über Steuergerechtigkeit, StuW 2021, S. 85 ff.

Mollard Pascal/Oberson Xavier/Tissot Benedetto Anne, Traité TVA, Basel 2009.

mwst.com, Kommentar zum Bundesgesetz über die Mehrwertsteuer, Kompetenzzentrum MWST der Treuhand-Kammer (Hrsg.), Clavadetscher Diego/Glauser Pierre Marie/Schafroth Gerhard (Red.), Basel 2000.

Oberson Xavier, Droit fiscal suisse, 4. Aufl., Basel 2012.

Oberson Xavier, Les principes directeurs et constitutionnels régissant la taxe sur la valeur ajoutée, RDAF 1997, S. 33 ff.

Rivier Jean-Marc/Rochat Pauchard Annie, Droit fiscal suisse, La taxe sur la valeur ajoutée, Lausanne 2000.

Robinson Philip, Mehrwertsteuerrecht, in: Reich Markus, Steuerrecht, 3. Aufl., Zürich 2020, S. 665 ff.

Rochat Pascal, Les «exonérations» dans le système de la TVA suisse, Lausanne 2002.

Ruppe Hans Georg/Achatz Markus, Umsatzsteuergesetz Kommentar, 4. Aufl., Wien 2011.

Vogel Manuel, Grenzüberschreitender Dienstleistungs- und Warenverkehr im Lichte der Mehrwertsteuer, Bern 2003.

LITERATURVERZEICHNIS

Baumgartner Ivo/Clavadetscher Diego/Kocher Martin, Vom alten zum neuen Mehrwertsteuergesetz, Langenthal 2010 (zit. Baumgarter/Clavadetscher/Kocher).

Behnisch urs, in: Waldmann Bernhard, Belser Eva Maria, Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, 1. Auflage, Basel 2015 (zit. BSK BV-Behnisch, (1. Aufl.)).

Biaggini Giovanni, Orell Füssli Kommentar, Bundesverfassung, Zürich 2017 (zit. OFK BV-Biaggini).

Blumenstein Ernst/Locher Peter, System des schweizerischen Steuerrechts, 7. Auflage, Zürich 2016 (zit. Blumenstein/Locher).

Camenzind Alois/Honauer Niklaus/Vallender Klaus A., Handbuch zum Mehrwertsteuergesetz (MWSTG), 3. Aufl., Bern 2012 (zit. Camenzind/Honauer/Vallender).

Cnossen Sijbren, Global Trends and Issues in Value Added Taxation. Int Tax Public
Finance, 5, S. 399–428, Boston 1998, (zit. Cnossen 1998) abrufbar unter https://doi.org/10.1023/A:1008694529567, besucht am 29.3.2025.

Geiger Felix, in: Geiger Felix/Schluckebier Regine (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, MWSTG, Zürich 2012 (zit. OFK MWSTG-Geiger).

Glauser Pierre-Marie, in: Martenet Vincent, Dubey Jacques (Hrsg.), Commentaire Romand, Constitution fédérale, Basel 2021 (Zit. CR Cst.-Glauser).

Glauser Pierre-Marie, in: Zweifel Martin, Beusch Michael, Glauser Pierre-Marie, Robinson Philip (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Steuerrecht, Bundesgesetz über die Mehrwertsteuer, Basel 2015 (zit. MWSTG-Glauser).

Glauser Pierre-Marie, Les principes régissant la TVA: de l'utopie à la réalité, ASA 84 (2015), 97 ff. (zit. Principes TVA);

Imstepf Ralf/Beusch Michael, in: Ehrenzeller Bernhard, Egli Patricia, Hettich Peter, Hongler Peter, Schindler Benjamin, Schmid Stefan G.; Schweizer, Rainer J. (Hrsg.), St. Galler Kommentar, Bundesverfassung, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2023, (zit. SGK BV-Imstepf/Beusch).

Imstepf Ralf, Der Einfluss des EU-Rechts auf das schweizerische Mehrwertsteuerrecht, Diss., Bern 2011 (zit. Imstepf 2011).

Imstepf Ralf, Die (Quasi-)Abschaffung des Vorsteuerabzugs, in: IFF Forum für Steuerrecht (FStR), St. Gallen 2022, Volume 2 (zit. Imstepf 2022).

Kocher Martin, in: Waldmann Bernhard, Belser Eva Maria, Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, 2. Aufl., Basel 2025 (zit. BSK BV-Kocher).

Kocher Martin, in: Zweifel Martin, Beusch Michael, Glauser Pierre-Marie, Robinson Philip (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Steuerrecht, Bundesgesetz über die Mehrwertsteuer, Basel 2015 (zit. MWSTG-Kocher).

Lienhard Andreas/Mächler August/Zielniewicz Agata, Öffentliches Finanzrecht, Bern 2017 (zit. Lienhard/Mächler/Zielniewicz).

Metzger Dieter, Handbuch der Warenumsatzsteuer, Muri bei Bern 1983 (zit. Metzger WUST).

Metzger Dieter, Kurzkommentar zum MWSTG, Muri bei Bern 2000 (zit. Metzger MWSTG).

Nieskens Hans, in Rau Günter/Dürrwächter Erich, Kommentar zum Umsatzsteuergesetz, Köln 1997; Loseblatt-Ausgabe, wird nachgeführt (zit. UStG Rau/Dürrwächter-Nieskens).

OECD, Internationale Leitlinien für die Mehrwertbesteuerung, Paris 2017 (zit. OECD Mehrwertbesteuerung).

OECD/Korea Institute of Public Finance, The Distributional Effects of Consumption Taxes in OECD Countries, OECD Tax Policy Studies, No. 22, OECD Publishing, Paris 2014 (zit. OECD 2014), abrufbar unter https://doi.org/10.1787/9789264224520-en, besucht am 15.4.2025.

Raas Susanne, in: Zweifel Martin, Beusch Michael, Glauser Pierre-Marie, Robinson Philip (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Steuerrecht, Bundesgesetz über die Mehrwertsteuer, Basel 2015 (zit. Komm. MWSTG-Raas).

Riedo Daniel, Vom Wesen der Mehrwertsteuer als allgemeine Verbrauchssteuer und den entsprechenden Wirkungen auf das schweizerische Recht, Bern 1999 (zit. Riedo).

Schluckebier Regine, in: Geiger Felix/Schluckebier Regine (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, MWSTG, Zürich 2012 (zit. OFK MWSTG-Schluckebier).

Schluckebier Regine, in: Zweifel Martin, Beusch Michael, Glauser Pierre-Marie, Robinson Philip (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Steuerrecht, Bundesgesetz über die Mehrwertsteuer, Basel 2015 (zit. MWSTG-Schluckebier).

Swistak Artur/de la Feria Rita, Designing a Progressive VAT, IMF Working Papers, Washington D.C 2024 (zit. Swistak/Feria 2024), abrufbar unter https://doi.org/10.5089/9798400271830.001, besucht am 15.4.2025.

Thomas Alastair, Reassessing the Regressivity of the VAT, OECD Taxation Working Papers, No. 49, OECD Publishing, Paris 2020 (zit. Thomas 2020), abrufbar unter https://doi.org/10.1787/b76ced82-en, besucht am 15.04.2025.

Vallender Klaus A., Die Genfer Armensteuer (taxe dite "droit des pauvres") ist keine "gleichgeartete Steuer" im Sinne von Art. 41ter Abs. 2 BV – Bemerkungen zum Bundesgerichtsurteil vom 16. Juli 1996, StR 1997 S. 1 (zit. Vallender, Armensteuer).

Vallender Klaus A./Luzius Cavelti, in: Ehrenzeller Bernhard, Egli Patricia, Hettich Peter, Hongler Peter, Schindler Benjamin, Schmid Stefan G.; Schweizer, Rainer J. (Hrsg.), St. Galler Kommentar, Bundesverfassung, 4. Aufl., St. Gallen 2023, (zit. SGK BV-Vallender/Cavelti).

Wellauer Wilhelm, Die eidgenössische Warenumsatzsteuer, Basel 1959 (zit. Wellauer).

MATERIALIENVERZEICHNIS

Amtliches Bulletin des Nationalrats (zit. AB N).

Amtliches Bulletin des Ständerats (zit. AB S).

Bericht der Eidgenössischen Finanzkontrolle «Tiefere Mehrwertsteuersätze als Steuervergünstigung, Evaluation des reduzierten Satzes für Lebensmittel und verwandte Bereiche» vom Oktober 2007, EFK-5305 (zit. EFK 2007), abrufbar unter https://www.efk.admin.ch/wp-content/uploads/publikationen/berichte/wirtschaft_und_verwaltung/oeffentliche_finanzen_und_steuern/5305/5305_bericht_in_deutsch.pdf

Bericht der Fachkommission Mehrwertsteuer «Vorschläge zur Gestaltung einer schweizerischen Umsatzsteuer nach dem Mehrwertsystem (Mehrwertsteuer)» vom 15.8.1974 (zit. Bericht Fachkommission 1974).

Bericht vom eidgenössischen Finanzdepartement über das Vernehmlassungsverfahren zum Verordnungsentwurf über die Mehrwertsteuer vom 28.10.1993 (zit. Bericht VL-Verfahren aMWSTV).

Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulats 14.3015 der Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Nationalrats über die Vereinfachte Erhebung der Mehrwertsteuer beim Import von Waren, System von Dänemark, vom 2.12.2016 (zit. Bericht Vereinfachte Erhebung der Mehrwertsteuer beim Import), abrufbar unter https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20143015, besucht am 27.12.2023.

Bericht der Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Nationalrats über die dauerhafte Verankerung des Sondersatzes für Beherbergungsleistungen vom 9.5.2017, BBl 2017 3429, (zit. Bericht Sondersatz), abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2017/779/de, besucht am 27.12.2023.

Botschaft über die verfassungsmässige Neuordnung des Finanz- und Steuerrechts des Bundes vom 24.3.1976, BBl 1976 I 1384 (zit. Botschaft Finanz- und Steuerrecht 1976), abrufbar unter https://fedlex.data.admin.ch/eli/fga/1976/1_1384_1392_1367, besucht am 27.12.2023.

Botschaft über die neue Finanzordnung vom 9.12.2002, BBl 2003 1531 (zit. Botschaft Finanzordnung 2002), abrufbar unter https://fedlex.data.admin.ch/eli/fga/2003/220, besucht am 27.12.2023.

Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20.11.1996, BBl 1997 I 1 (zit. Botschaft neue Bundesverfassung), abrufbar unter https://fedlex.data.admin.ch/eli/fga/1997/1_1_1_1, besucht am 27.12.2023.

Botschaft zu einem Bundesbeschluss über einen Sondersatz der Mehrwertsteuer für Beherbergungsleistungen vom 16.8.1995, BBl 1995 IV 358 (zit. Botschaft Sondersatz), abrufbar unter https://fedlex.data.admin.ch/eli/fga/1995/4_358_361_352.

Botschaft zum Ersatz der Finanzordnung und zu den besonderen Verbrauchssteuern vom 18.12.1991, BBl 1992 I 785 (zit. Botschaft Ersatz Finanzordnung), abrufbar unter https://fedlex.data.admin.ch/eli/fga/1992/1_785_781_672, besucht am 27.12.2023.

Botschaft zur neuen Finanzordnung 2021 vom 22.6.2016, BBl 2016 6221 (zit. Botschaft Finanzordnung 2021), abrufbar unter https://fedlex.data.admin.ch/eli/fga/2016/1193, besucht am 27.12.2023.

Botschaft zur Vereinfachung der Mehrwertsteuer vom 25.6.2008, BBl 2008 6885 (zit. Botschaft Vereinfachung MWST), abrufbar unter https://fedlex.data.admin.ch/eli/fga/2008/1202, besucht am 27.12.2023.

Botschaft zur Volksinitiative «Für den öffentlichen Verkehr» und zum direkten Gegenentwurf (Bundesbeschluss über die Finanzierung und den Ausbau der Eisenbahninfrastruktur, FABI) vom 18.1.2012, BBl 2012 1577 (zit. Botschaft FABI), abrufbar unter https://fedlex.data.admin.ch/eli/fga/2012/305, besucht am 27.12.2023.

Kommentar des Eidgenössischen Finanzdepartements zur Verordnung über die Mehrwertsteuer vom 22.6.1994, BBl 1994 III 529 (zit. MWSTV-Kommentar EFD), abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1994/3_529__/de, besucht am 27.12.2023.

Erläuternder Bericht zur Vernehmlassungsvorlage zum Bundesbeschluss über die neue Finanzordnung 2021 vom 24.6.2015, (zit. Erläuternder Bericht Finanzordnung 2021), abrufbar unter https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/40031.pdf, besucht am 27.12.2023.

Zusatzbotschaft zur Botschaft zur Vereinfachung der Mehrwertsteuer (Förderung der Wirtschaft und des Wachstums) vom 23.6.2010, BBl 2010 5397

(zit. Zusatzbotschaft Vereinfachung MWST) abrufbar unter https://fedlex.data.admin.ch/eli/fga/2010/921, besucht am 27.12.2023.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 136 BV

Eine Kommentierung von Karl-Marc Wyss

ZITIERVORSCHLAG

Karl-Marc Wyss, Kommentierung zu Art. 136 BV, in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (Hrsg.), Onlinekommentar zur Bundesverfassung

Kurzzitat: OK-Wyss, Art. 136 BV N. XXX.

Titel: Volk und Stände

1. Kapitel: Allgemeine Bestimmungen

Art. 136 Politische Rechte

[1] Die politischen Rechte in Bundessachen stehen allen Schweizerinnen und Schweizern zu, die das 18. Altersjahr zurückgelegt haben und die nicht wegen Geisteskrankheit oder Geistesschwäche entmündigt sind. Alle haben die gleichen politischen Rechte und Pflichten.

[2] Sie können an den Nationalratswahlen und an den Abstimmungen des Bundes teilnehmen sowie Volksinitiativen und Referenden in Bundesangelegenheiten ergreifen und unterzeichnen.

GLIEDERUNG

I. Entstehungsgeschichte 1527
II. Kontext 1528
A. Begriffswechsel 1528
B. Systematik und Zweck 1529
C. Rechtsnatur und Tragweite 1529
III. Kommentierung i.e.S. 1531
A. Fähigkeits- und Berechtigungsanforderungen (Abs. 1 Satz 1) 1531
1. Schweizer Bürgerrecht 1532
2. Vollendetes 18. Altersjahr 1532
3. Keine dauernde Urteilsunfähigkeit 1533
4. Rechtsfolge: Rechtsträgerschaft und Eintragung ins Stimmregister 1535
B. Allgemeinheit und Gleichheit der politischen Rechte (Abs. 1 Satz 2) 1536
C. Übersicht der einzelnen politischen Rechte (Abs. 2) 1539
IV. Reformforderungen 1539
A. Einbezug von Ausländerinnen und Ausländern 1540
B. Inklusion von Menschen mit geistiger Behinderung 1543
C. Senkung des Stimmrechtsalters 1546
Weiterführende empfohlene Lektüre 1551
Literaturverzeichnis 1552
Materialienverzeichnis 1557

I. ENTSTEHUNGSGESCHICHTE

Wer in der Schweiz **politische Rechte in Bundessachen** hat und ausüben darf, regelt **seit 1848** die *jeweils gültige Bundesverfassung*. Zu Beginn durften nur Schweizer Männer ab 20 Altersjahren wählen und abstimmen – dies bei der Volkswahl des Nationalrats, der Volksinitiative auf Totalrevision der Bundesverfassung, der obligatorischen Volksabstimmung über den Grundsatz der Totalrevision sowie beim obligatorischen Verfassungsreferendum mit Volks- und Ständemehr.[5988] Mit der Bundesverfassung vom 29. Mai 1874 (*a*BV) kamen das fakultative Referendum gegen Bundesgesetze und gegen allgemeinverbindliche Bundesbeschlüsse hinzu. Es folgten die Volksinitiative auf Verfassungsteilrevision (1891), der Wechsel zum Proporz bei Nationalratswahlen (1918), das Staatsvertragsreferendum, das neue Dringlichkeitsrecht (1939 und 1949), die Schaffung einer Verfassungsgrundlage betreffend die Auslandschweizer (1966; Ausführungsgesetzgebung 1977 bzw. 1992)[5989], das Wahl- und Stimmrecht für Frauen (1971 – und damit im europäischen Vergleich spät)[5990], die Erhöhung der Unterschriftenzahlen für Volksinitiativen und Referenden (1977), die Neuerung des Abstimmungsverfahrens bei Volksinitiativen mit Gegenentwurf (1987) sowie die Senkung des Wahl- und Stimmrechtsalters auf 18 Altersjahre (1991).[5991] 1

Art. 136 BV besteht seit der Verfassungsreform von **1999 unverändert** und überführt im Wesentlichen Art. 74 *a*BV in die aktuelle Verfassung. *Absatz 1* schliesst an die ersten beiden Absätze der Vorgängernorm an, wobei er den Ausschlussgrund der Entmündigung infolge «Geisteskrankheit oder Geistesschwäche» gemäss damaligem Erwachsenenschutzrecht neu im 2

5988 Art. 42 und Art. 63 f. Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 12.9.1848 (abgedruckt in Kölz, Quellenbuch 447 ff.); siehe BSK-Tschannen, Art. 136 BV N. 18; CR-Dubey, Art. 136 BV N. 37.

5989 Gestützt auf Art. 45bis *a*BV erging das Bundesgesetz über die politischen Rechte der Auslandschweizer vom 19.12.1975 (BPRAS; in Kraft 1.1.1977 [AS 1976 1805]). Die (briefliche) Stimmabgabe im Ausland regelte das BRPAS erst ab 1992; ausführlich zur historischen Entwicklung der politischen Rechte von Auslandschweizerinnen und -schweizern Horlacher, Rz. 24 ff.; siehe ferner zu Grundlage, aktueller Praxis und Handlungsoptionen bei der Ausübung des Stimmrechts aus dem Ausland Bericht Po. 20.4348 S. 1 ff.

5990 Zur Einführung des Frauenstimmrechts von Heydebrand, S. 101 ff., Hangartner et al., Rz. 95 ff., Tobler, S. 293 ff. sowie breiter zur Thematik Frauenstimmrecht Studer/Wyttenbach, S. 1 ff.

5991 Siehe Art. 74 *a*BV; siehe BSK-Tschannen, Art. 136 BV N. 18; SGK-Kley, Art. 136 BV N. 1 ff.

Verfassungstext verankert. *Absatz 2* zählt neu die politischen Rechte im Bund übersichtsartig auf. Keinen Eingang fanden dagegen die Absätze 3 und 4 der Vorgängernorm: Als die Kantone noch Stimmausschlussgründe für eidgenössische Angelegenheiten vorsehen konnten, bedurfte es einer expliziten Kompetenzzuteilung (Art. 74 Abs. 3 *a*BV), ebenso beim sachverwandten Gegenstück in Art. 66 *a*BV (Schranken für Stimmrechtsausschlüsse).[5992] Die Gesetzgebungskompetenz für politische Rechte in Bundessachen liegt nunmehr alleine beim Bund. Den Vorbehalt des kantonalen Rechts für Abstimmungen und Wahlen von Kantonen und Gemeinden (Art. 74 Abs. 4 *a*BV) führt die Verfassung dagegen in Art. 39 Abs. 1 weiter.[5993] Der Wortlaut von Art. 136 deckt sich weitgehendst mit dem bundesrätlichen Entwurf (Art. 127 VE-96).[5994] Während die Verfassungskommissionen der beiden Räte Art. 127 VE-96 inhaltlich unverändert gutgeheissen hatten, ersetzten National- und Ständerat die Begriffe «Stimmrecht» und «stimmberechtigt» durch «politische Rechte».[5995]

II. KONTEXT

A. Begriffswechsel

3 Anstelle des Begriffs «Stimm- und Wahlrecht» bzw. «Stimmrecht» – wie noch in der Vorgängernorm und ersten Entwürfen verwendet[5996] – spricht Art. 136 BV nunmehr von **«politischen Rechten»**, begrifflich übereinstimmend mit Art. 34 BV, Art. 39 Abs. 1-3 BV, Art. 40 Abs. 2 BV und Art. 164 Abs. 1 lit. a BV. Der Wechsel ist sachlich bedeutungslos, aber insofern sinnvoll, als er die einzelnen politischen Rechte begrifflich treffender erfasst: Der Katalog der politischen Rechte umfasst schliesslich nicht nur die Teilnahme an Wahlen und Abstimmungen, sondern auch die Ergreifung und Unterzeichnung von Volksinitiativen und Referenden (Art. 136 Abs. 2 BV);[5997] er verbindet Art. 136 BV zudem gedanklich besser mit der Gewährleistung und Garantie der

5992 Botschaft BV, S. 359 f.; siehe auch BSK-Tschannen, Art. 136 BV N. 1.

5993 Siehe BSK-Tschannen, Art. 136 BV N. 1.

5994 Botschaft BV, S. 618; BSK-Tschannen, Art. 136 BV N. 1.

5995 Siehe Art. 74 *a*BV und Art. 127 VE-96; Botschaft BV, S. 358 f.; BSK-Tschannen, Art. 136 BV N. 1; vgl. CR-Dubey, Art. 136 BV N. 3; zum Begriffswechsel sogleich N. 4.

5996 Siehe Art. 74 *a*BV und Art. 127 VE-96.

5997 Siehe BSK-Tschannen, Art. 136 BV N. 2 sowie weiter zu den Begriffen Art. 34 BV N. 12 f. und 19 ff.

politischen Rechte (Art. 34 BV). Die Trägerinnen und Träger der politischen Rechte bezeichnet die Verfassung jedoch weiterhin als «Stimmberechtigte».[5998]

B. Systematik und Zweck

Anschliessend an die Kapitel zu Bund, Kantonen und Gemeinden (3. Titel) bildet Art. 136 BV zusammen mit Art. 137 BV – Sachüberschrift «politische Rechte» bzw. «politische Parteien» – das 1. Kapitel «Allgemeine Bestimmungen» des 4. Titels «Volk und Stände»[5999]. Das 2. Kapitel normiert in Art. 138 bis und mit Art. 142 BV Initiative und Referendum, gefolgt vom 5. Titel zu den Bundesbehörden.[6000] Über die Verfassung hinaus reiht sich Art. 136 BV gegenüber den völkerrechtlichen Bestimmungen[6001] als verbindliche landesrechtliche Grundnorm in die Rechtsordnung ein, konkretisiert durch die ausführende Gesetzgebung, insbesondere im Bundesgesetz über die politischen Rechte (BPR) und dem Auslandschweizergesetz (ASG).[6002] Dabei bezweckt Art. 136 BV in erster Linie, zu **definieren, wer Trägerin oder Träger der politischen Rechte** in Bundessachen ist (Zusammensetzung des Stimmvolks [Stimmberechtigte]), und symbolisch zu verdeutlichen, dass diese Rechte für alle gleich gelten. Zugleich soll er einen Überblick über die politischen Rechte im Bund bieten.[6003] 4

C. Rechtsnatur und Tragweite

Von seiner **Rechtsnatur** her zählt Art. 136 BV zu den *Organisationsbestimmungen*[6004] der Verfassung. Eigenständige Rechte 5

5998 Siehe Art. 138 ff., Art. 143 BV.

5999 Siehe zu den Begriffen Volk und Ständen BSK-Tschannen, Art. 136 BV N. 2 sowie CR-Dubey, Art. 136 BV N. 1 und N. 7.

6000 Siehe CR-Dubey, Art. 136 BV N. 1

6001 Vgl. Art. 25 Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 16.12.1966 (UNO-Pakt II; SR 0.103.2 [vgl. dazu kurz SGK-Steinmann/Besson, Art. 34 BV N. 3]), Art. 29 UNO-Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen vom 13.12.2006 (Behindertenkonvention; SR 0.109; in der Schweiz in Kraft seit 15.5.2014) sowie ferner Art. 12 Übereinkommen über die Rechte des Kindes vom 20.11.1989 (Kinderrechtskonvention; SR 0.107; in der Schweiz in Kraft seit 26.3.1997).

6002 Siehe im Verhältnis zum BPR und BRK OK-Seferovic, Art. 2 BPR N. 6 ff. und 38.

6003 BSK-Tschannen, Art. 136 BV N. 3; vgl. mit drei Funktionen CR-Dubey, Art. 136 BV N. 4 ff.

6004 Siehe insbes. zu den Folgen auf die Auslegung Tschannen, Staatsrecht, Rz. 139 f. und Wyss, Rz. 126 ff.

vermittelt nur der erste Satz des ersten Absatzes (konstitutive Wirkung): Einerseits definiert er, wer Trägerin oder Träger der politischen Rechte in Bundessachen ist; andererseits bildet er die *Kompetenzgrundlage* für gesetzliche Ausführungsnormen zu technischen Aspekten der politischen Rechte – sofern sich der Gesetzgeber dazu nicht eher auf Art. 39 BV zur Ausübung der politischen Rechte stützt.[6005] Der zweite Satz des ersten Absatzes, wonach alle die gleichen politischen Rechte und Pflichten haben, ist dagegen primär symbolischer Natur.[6006] Der zweite Absatz informiert über die bestehenden politischen Rechte in Bundessachen von den Nationalratswahlen bis zum Referendum, ohne diese rechtlich zu verankern.[6007]

6 Die **Tragweite** von Art. 136 BV ist einerseits gegenüber den einzelnen politischen Rechten (inklusive Grundrechtsschutz) abzugrenzen und andererseits gegenüber den kantonalen Kompetenzen: Art. 136 BV normiert alleine die Voraussetzungen, wem die politischen Rechte in Bundessachen zukommen,[6008] wogegen sich deren Bestand aus Art. 138-142, 143 sowie 149 BV ergibt; wie und wo diese Rechte – nach deren Zuerkennung – auszuüben sind, bestimmt sich nach Art. 39 BV und der zugehörigen Ausführungsgesetzgebung. Die Voraussetzung der politischen Rechte in kantonalen Angelegenheiten richtet sich nach kantonalem Recht.[6009] So verfügen die Kantone über erhebliche Spielräume, wie etwa bei der Festlegung des Stimmrechtsalters oder bei den politischen Rechten von Ausländerinnen und Ausländern.[6010] Der grundrechtliche Schutz der politischen Rechte garantiert

6005 BSK-Tschannen, Art. 136 BV N. 5 sowie Art. 39 BV N. 6 f.

6006 Siehe hinten N. 16 sowie BSK-Tschannen, Art. 136 BV N. 4.

6007 Siehe hinten N. 19 sowie BSK-Tschannen, Art. 136 BV N. 4.

6008 Vgl. Urteil des Bundesgerichts 1D_4/2016 vom 4.5.2017 E. 1.3.3; SGK-Steinmann/Besson, Art. 34 BV N. 11.

6009 BSK-Tschannen, Art. 136 BV N. 5 sowie Art. 39 BV N. 4 und 8.

6010 Siehe zum Stimmrechtsalter hinten N. 25 ff. und N. 10 f. sowie zu den politischen Rechten von Ausländerinnen und Ausländern hinten N. 22; Weber, Rz. 41, nach welcher die Kantone jedoch keine über das Bundesrecht hinausgehenden Einschränkungen der politischen Rechte vorsehen dürfen, was aber umstritten sei. Nach hier vertretener Ansicht lässt sich dies nicht aus Art. 136 BV ableiten. Soweit Kantone weitergehende Einschränkungen vorsehen möchten, was mit Blick auf Art. 8 Abs. 1 und Art. 34 Abs. 2 und Art. 37 Abs. 2 BV nur in engen Grenzen möglich ist, bedürfen sie zwingender Gründe. Als zulässig gelten z.B. höhere Mindestalter für die Wählbarkeit in Regierungsämter oder Altersgrenze für Ämter mit hoher Belastung, wogegen z.B. geschlechterspezifische Unterscheidungen unzulässig wären (siehe BSK-Tschannen, Art. 34 BV N. 14 m.w.Bsp.).

Art. 34 BV.[6011] Die Rechtsgleichheit betreffend die politischen Rechte ergibt sich aus Art. 8 BV. Art. 136 BV biete dazu keine eigenständigen oder gar weitergehenden Schutzansprüche.[6012]

Das Bundesamt für Statistik zählte für das Jahr 2022 auf eidgenössischer Ebene **rund 5.5 Mio. Stimmberechtigte**, was in etwa 63 Prozent der ständigen Wohnbevölkerung von rund 8.7 Mio. entspricht. Durchschnittlich beteiligten sich in den Jahren 2011-2022 47,1 Prozent der Stimmberechtigten an eidgenössischen Abstimmungen.[6013] 7

III. KOMMENTIERUNG I.E.S.

A. Fähigkeits- und Berechtigungsanforderungen (Abs. 1 Satz 1)

Im ersten Absatz nennt Art. 136 BV für die politischen Rechte in Bundessachen *abschliessend* **drei Anforderungen**, die *kumulativ* zu erfüllen sind: (*i.*) das Schweizer Bürgerrecht, (*ii.*) die Zurücklegung des 18. Altersjahrs sowie (*iii.*) keine Entmündigung wegen Geisteskrankheit oder Geistesschwäche. Wer dies erfüllt, ist Trägerin oder Träger der politischen Rechte in Bundessachen. Von ihrer Natur her sind die ersten zwei Anforderungen positiv, die dritte dagegen negativ. Alle drei basieren auf formalen Kriterien, die sich einfach handhaben lassen, aber auch gewisse Einwände zulassen: So kennen sich – wie Tschannen dazu treffend anmerkt[6014] – Ausländerinnen und Ausländer nicht zwingend schlechter mit politischen Geschäften in der Schweiz aus, können 16-Jährige durchaus verständiger sein als gewisse hochbetagte Personen, oder führen kognitive Einschränkungen nicht stets zu vollständiger Urteilsunfähigkeit.[6015] 8

6011 BSK-Tschannen, Art. 136 BV N. 5 sowie Art. 34 N. 4 und 13.

6012 Siehe zu Art. 136 Abs. 1 Satz 2 hinten N. 16; BSK-Tschannen, Art. 136 BV N. 8.

6013 Siehe Bundesamt für Statistik, Entwicklung der Stimmbeteiligung bei eidgenössischen Volksabstimmungen (1911-2022), veröffentlich am 23.12.2022, sowie BBl 2023 486; Hangarter et al., Rz. 208 sowie mit Hinweisen zu den Auslandschweizerinnen und -schweizern Biaggini, Art. 136 BV N. 5; vgl. zur selektiven Teilnahme an Abstimmungen Serdült, S. 41 ff., Dermont, S. 5 ff. sowie ferner Kriesi, S. 39 ff.

6014 BSK-Tschannen, Art. 136 BV N. 7.

6015 Siehe SGK-Kley, Art. 136 BV N. 10; BSK-Tschannen, Art. 136 BV N. 7.

1. Schweizer Bürgerrecht

9 Die politischen Rechte kommen nur Schweizerinnen und Schweizern im Sinne der Bürgerrechtsgesetzgebung zu. Dazu zählen auch die schweizerisch-ausländischen *Doppel- und Mehrfachbürgerinnen und -bürger*.[6016] Erwerb und Verlust des Schweizer Bürgerrechts regelt das **eidgenössische Bürgerrechtsgesetz (BüG)**[6017]. Die meisten Schweizerinnen und Schweizer haben ihr Bürgerrecht aufgrund ihrer Abstammung von Gesetzes wegen bereits mit der Geburt erworben (Art. 1 BüG). Die Art des Bürgerrechtserwerbs ist jedoch unerheblich: Ab rechtskräftiger Einbürgerung gelten für neu Eingebürgerte die gleichen Regeln wie für die übrigen Schweizer Bürgerinnen und Bürger. Eine Wartefrist oder sonstige Begrenzung ihrer politischen Rechte, wie sie die Verfassung vor 1874 noch kannte,[6018] ist unzulässig.[6019] Versuche, die politischen Rechte in Bundessachen auf ortsansässige Ausländerinnen und Ausländern auszuweiten, waren bis anhin wenig erfolgreich.[6020]

2. Vollendetes 18. Altersjahr

10 Als zweite Anforderung setzt Art. 136 Abs. 1 BV voraus, dass Schweizer Bürgerinnen und Bürger das 18. Altersjahr zurückgelegt haben. Sie können so mit Vollendung des 18. Altersjahres – m.a.W. ab ihrem 18. Geburtstag – die politischen Rechte in Bundessachen ausüben, sofern kein Ausschlussgrund vorliegt (dazu hinten N. 12 f.). Es handelt sich dabei wie erwähnt um ein rein *formales Kriterium*.[6021] Die politische oder staatsrechtliche Mündigkeit bestimmt sich demnach zeitlich nicht nach dem Eintreten der persönlichen politischen Urteilskraft, sondern nach der **Volljährigkeit**, wie sie das Zivilrecht ab 18 Altersjahren vorsieht (Art. 14 ZGB).[6022] Wie jede Altersgrenze hat die Festlegung auf das 18. Altersjahr etwas Willkürliches. Eine Senkung auf 16 Altersjahre stand zwar in der jüngeren Vergangenheit mehrfach zur

6016 BSK-Tschannen, Art. 136 BV N. 8; CR-Dubey, Art. 136 BV N. 17; siehe spezifisch zu den Doppelbürgerinnen und -bürgern Boillet, Rz. 46 ff.

6017 Bundesgesetz über das Schweizer Bürgerrecht vom 20.6.2014 (BüG; SR 141.0).

6018 Siehe Art. 64 Abs. 2 BV[1848]; SGK-Kley, Art. 136 BV N. 8.

6019 SGK-Kley, Art. 136 BV N. 8; BSK-Tschannen, Art. 136 BV N. 8; CR-Dubey, Art. 136 BV N. 17.

6020 Siehe dazu hinten N. 21 f.; BSK-Tschannen, Art. 136 BV N. 8.

6021 Biaggini, Art. 136 BV N. 4.

6022 SGK-Kley, Art. 136 BVN. 10. Trotz inhaltlich Deckung mit dem Zivilrecht bestimmt sich die staatsrechtliche Mündigkeit alleine nach öffentlichem Recht (Hangartner et al., Rz. 62).

Debatte, war aber bis anhin auf Bundesebene wie in sämtlichen Kantonen ausser dem Kanton Glarus politisch nicht mehrheitsfähig.[6023]

Die Verfassung kennt bezüglich der politischen Rechte wie auch für eidgenössische Ämter **keine weitere Altersschranke**, weder nach unten (Mindestalter) noch nach oben (Höchstalter). Wer die Anforderungen nach Art. 136 BV erfüllt, ist folglich in den Nationalrat (Art. 143 BV), in den Bundesrat wie auch ins Bundesgericht wählbar. [6024] 11

3. Keine dauernde Urteilsunfähigkeit

Art. 136 BV schliesst Personen von den politischen Rechten in Bundessachen aus, die infolge «*Geisteskrankheit oder Geistesschwäche* entmündigt sind». Der Ausschlussgrund entspricht dabei begrifflich dem Zivilgesetzbuch (ZGB)[6025] in seiner bis Ende 2012 geltenden Fassung.[6026] Sowohl das revidierte Erwachsenenschutzrecht des ZGB wie auch das Bundesgesetz über die politischen Rechte (BPR) verzichten seither auf die abwertenden Begriffe «Entmündigung wegen Geisteskrankheit oder Geistesschwäche» und sprechen von umfassender Beistandschaft.[6027] Als «**entmündigt» im Sinne von Art. 136 BV** gelten daher «Personen, die wegen dauernder Urteilsunfähigkeit unter umfassender Beistandschaft stehen oder durch eine vorsorgebeauftrage Person vertreten werden» (Art. 2 BPR[6028]; vgl. auch Art. 17 ASG).[6029] Die dabei verwendeten Begriffe orientieren sich am Zivilgesetzbuch: *Dauernd* 12

6023 Siehe hinten N. 25 ff.; vgl. dazu die Übersicht auf Homepage des Dachverbands Schweizer Jugendparlamente DSJ (abrufbar unter «https://www.dsj.ch/themen/stimmrechtsalter-16/», besucht am 1.7.2023.

6024 BSK-Tschannen, Art. 136 BV N. 8; CR-Dubey, Art. 136 BV N. 17. Während sich eine generelle Anhebung der *Alterslimite* mit Blick auf die Allgemeinheit des Stimmrechts und die Rechtsgleichheit kaum mehr rechtfertigen liesse, wären höhere Mindestalter für die Wählbarkeit in bestimmte Ämter zumindest denkbar, wenn der Schweiz auch eher fremd. Höchstaltersgrenzen sind allenfalls bei gewissen Vollämtern zulässigen, wenn sich dafür zwingende Gründe funktioneller Art vorbringen lassen. Für andere Ämter und insbesondere Parlamentsmandate verstossen Höchstaltersgrenzen gegen die politische Gleichheit und sind insofern unzulässig (siehe SGK-Kley, Art. 136 BV N. 10; Tschannen, Staatsrecht, Rz. 1841 und 1744 f).

6025 Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10.12.1907 (SR 210).

6026 Siehe Art. 16 aZGB in der Fassung vom 1.1.2012; SGK-Kley, Art. 136 BV N. 13.

6027 Siehe Art. 2 BPR und Art. 398 ZGB; SGK-Kley, Art. 136 BV N. 14; CR-Dubey, Art. 136 BV N. 22.

6028 Siehe zu Art. 2 BPR OK-Seferovic, Art. 2 BPR N. 1 ff.

6029 Botschaft Erwachsenenschutzrecht, S. 7109; SGK-Kley, Art. 136 BV N. 14.

urteilsunfähig ist demnach, wem infolge geistiger Behinderung oder psychischer Störung fortwährend die Fähigkeit mangelt, vernunftgemäss zu handeln (Art. 16 ZGB *e contrario*[6030]).[6031] Eine *umfassende Beistandschaft* errichtet die zuständige Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB), wenn die dauernd urteilsunfähige Person besonders hilfsbedürftig ist (Art. 398 ZGB),[6032] wie dies z.B. bei einer schwer demenzkranken Person oft der Fall ist.[6033] Bei *Vertretung durch eine vorsorgebeauftragte Person* ist die vertretene Person ebenfalls dauernd urteilsunfähig. Vor Eintritt der Urteilsunfähigkeit hat sie jedoch eine andere natürliche oder juristische Person gemäss Art. 360 Abs. 1 ZGB beauftragt, sie im Falle ihrer Urteilsunfähigkeit zu vertreten (Art. 360 ff., insb. die obligatorische Gültigkeitsprüfung der Urteilsunfähigkeit nach Art. 363 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB[6034]).[6035] Soweit der Vorsorgeauftrag die Personen- und Vermögenssorge sowie die Vertretung im Rechtsverkehr vollständig umfasst, entspricht er weitgehend einer umfassenden Beistandschaft.[6036] Der Ausschluss von den politischen Rechten in Bundessachen nach Art. 136 Abs. 1 BV i.V.m. Art. 2 BPR betrifft in erster Linie Menschen mit kognitiven Beeinträchtigungen;[6037] also Menschen, die infolge einer organisch-genetischen oder anderweitigen Schädigung in ihrer geistigen Gesamtentwicklung und ihrer Lernfähigkeit so beeinträchtigt sind, dass sie voraussichtlich lebenslanger sozialer und pädagogischer Hilfe bedürfen.

13 Die Begriffe «Geisteskrankheit oder Geistesschwäche» sind wie erwähnt negativ besetzt, rechtlich überholt und insofern *bei Gelegenheit anzupassen*. Allenfalls bieten die jüngsten Entwicklungen in den Kantonen, insbesondere in Genf, Anlass für eine entsprechende Debatte auf Bundesebene.[6038] Im Sinne der UNO-Behindertenkonvention (BRK) ist der **generelle Entzug der**

6030 Vgl. eingehend zur Urteilsfähigkeit BGE 124 III 5 E. 1; BK-Bucher/Aebi-Müller, Art. 16 ZGB N. 1 ff.

6031 Siehe Botschaft Erwachsenenschutzrecht, S. 7109; BK-Bucher/Aebi-Müller, Art. 16 ZGB N. 3; OK-Seferovic, Art. 2 BPR N. 29 ff.; exemplarisch Urteil des Bundesgerichts 2C_496/2008 vom 3.3.2009 E. 3.4.

6032 Siehe OK-Seferovic, Art. 2 BPR N. 16 ff.; von Heydebrand, S. 160 ff.

6033 Von Heydebrand, S. 161.

6034 Siehe BSK-Jungo, Art. 363 ZGB N. 2 ff. m.w.H.

6035 Siehe OK-Seferovic, Art. 2 BPR N. 23 ff. m.w.H.

6036 Vgl. den Wortlaut von Art. 398 Abs. 2 ZGB sowie OK-Seferovic, Art. 2 BPR N. 24.

6037 SHK-Frei, Art. 29 BRK N. 57; Hess-Klein/Scheibler (Schattenbericht), S. 97.

6038 Siehe hinten N. 23 f.

politischen Rechte geistig behinderter Personen in Frage zu stellen respektive deren bessere Teilhabe am politischen und öffentlichen Leben zu begrüssen.[6039] Der quasi «automatische» Ausschluss der politischen Rechte für geistig behinderte Menschen anknüpfend an deren zivilrechtlichen Status – umfassende Beistandschaft oder Vertretung durch eine vorsorgebeauftrage Person –, wie dies sowohl Art. 136 BV i.V.m. mit Art. 2 BPR wie auch die meisten Kantonsverfassungen vorsehen, lässt sich mit den Vorgaben von Art. 29 BRK nicht vereinbaren.[6040]

4. Rechtsfolge: Rechtsträgerschaft und Eintragung ins Stimmregister

Wer die drei Anforderungen erfüllt, ist wie erwähnt Trägerin oder Träger der politischen Rechte in Bundessachen. Aus Art. 3 Abs. 1 BPR (und nicht aus Art. 136 BV) ergibt sich dazu, dass eine solche Person entsprechend ins **Stimmregister der Wohngemeinde** einzutragen ist: Bei Wohnsitz in der Schweiz erfolgt dies von Amtes wegen (Art. 4 Abs. 1 BPR), bei Auslandschweizerinnen und -schweizern erst nach Aufnahme in das Auslandschweizerregister und Anmeldung in der Stimmgemeinde (Art. 11 ff. und 18 ff. ASG).[6041] 14

Der **Registereintrag** ist eine *verfahrensrechtliche Voraussetzung*, um die politischen Rechte auf Bundesebene auszuüben, und insofern von zentraler Bedeutung.[6042] Das Stimmregister ist daher für Stimmberechtigte öffentlich einsehbar und falsche Eintragungen lassen sich letztinstanzlich beim Bundesgericht anfechten.[6043] Wer die Anforderungen von Art. 136 BV nicht mehr erfüllt, wird aus dem Stimmregister gelöscht: Stellt die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) eine Person wegen dauernder Urteilsunfähigkeit unter umfassende Beistandschaft oder wird für eine dauernd urteilsunfähige Person ein Vorsorgeauftrag wirksam, so teilt die KESB dies dem zuständigen Zivilstandsamt mit (Art. 449*c* ZGB[6044]), welches die 15

6039 Siehe SGK-Kley, Art. 136 BV N. 15.

6040 SHK-Frei, Art. 29 BRK N. 57; Hess-Klein/Scheibler (Schattenbericht), S. 97; OK-Seferovic, Art. 2 BPR N. 37; ausführlich Tobler, S. 341 ff; vgl. SGK-Kley, Art. 136 BV N. 15.

6041 Siehe OK-Seferovic, Art. 3 BPR N. 13 ff.; BSK-Tschannen, Art. 136 BV N. 11.

6042 SGK-Kley, Art. 136 BV N. 16; OK-Seferovic, Art. 3 BPR N. 13.

6043 Siehe Art. 4 Abs. 3, Art. 77 Abs. 1 lit. a und Art. 80 BPR; SGK-Kley, Art. 136 BV N. 16.

6044 Siehe zu den Änderungen die auf 1.1.2024 in Kraft treten AS 2023 84 sowie BBl 2016 5161, 5175.

Mitteilung wiederum an die für das Stimmregister zuständige kommunale Einwohnerkontrolle weiterleiten muss.[6045]

B. Allgemeinheit und Gleichheit der politischen Rechte (Abs. 1 Satz 2)

16 Subjekt des zweiten Satzes sind die Trägerinnen und Träger der politischen Rechte, wie sie Satz 1 umreisst. Sie *«alle haben die gleichen politischen Rechte und Pflichten.»* Satz zwei greift damit den **demokratischen Grundsatz** auf, wonach alle Stimmberechtigten politisch gleichberechtigt und insofern vom Staat ausnahmslos gleich zu behandeln sind (Allgemeinheit und Gleichheit).[6046] Diese Konkretisierung des allgemeinen Gleichheitssatzes für die politischen Rechte ist historisch bedingt[6047] und vermittelt keine über Art. 8 BV (Rechtsgleichheit) hinausgehenden, eigenständigen Rechtsansprüche,[6048] sondern wirkt primär **symbolisch**.[6049] Die versprochene Gleichheit der Rechte beschränkt sich denn in der Sache auf eine reine *Zählwertgleichheit*[6050] im Sinne von «eine Person gleich eine Stimme», wogegen die Schweizer Verfassungsordnung gewisse Abweichungen bei der Stimmkraft- und Erfolgswertgleichheit[6051] zulässt: So führt das Erfordernis des Ständemehrs (Art. 142 Abs. 2 BV) – das Ergebnis innerhalb eines Kantons zählt als Standesstimme (Art. 142 Abs. 3 BV) – bei Doppelmehrabstimmungen dazu, dass die Stimme eines Stimmberechtigten in kleineren Kantonen mehr Gewicht erhält (höhere Stimmkraft) als die Stimme eines Stimmberechtigten in grösseren Kantonen. Die Stimmberechtigen wählen im aktuellen Verfahren der Nationalratswahlen[6052] zwar im Proporz. Da die Kantone dabei die

6045 Siehe Art. 49 Abs. 1 lit. d Zivilstandsverordnung vom 28.4.2004 (ZStV; SR 211.112.2); BSK-Maranta, Art. 449c ZGB N. 5 ff.; vgl. OK-Seferovic, Art. 2 BPR N. 32 ff.; siehe betreffend die Auslandschweizerinnen und -schweizer Art. 19 ff. ASG und Art. 11 Auslandschweizerverordnung (V-ASG; SR 195.11).

6046 Siehe SGK-Kley, Art. 136 BV N. 17.

6047 Der zweite Satz geht inhaltlich auf Artikel 74 Absatz 1 aBV aus dem Jahre 1971 zurück (Einführung des Frauenstimmrechts); CR-Dubey, Art. 136 BV N. 25.

6048 BSK-Tschannen, Art. 136 BV N. 4; SGK-Kley, Art. 136 BV N. 18.

6049 Siehe Aubert/Mahon, Art. 136 BV N. 13; BSK-Tschannen, Art. 136 BV N. 13. Dubey sieht darin eine Auslegungshilfe («maxime d'interprétation»), die dem demokratischen Grundsatz – wie ihn auch Art. 25 UNO-Pakt II (SR 0.103.2) statuiert – bei der Umsetzung auf Bundesebene Nachachtung verschaffen soll (CR-Dubey, Art. 136 BV N. 24.)

6050 Siehe ausführlich zur Zählwertgleichheit z.B. von Heydebrand, S. 193 ff.

6051 Siehe zu sog. Stimmkraft- oder Stimmgewichtsgleichheit und zur Erfolgswertgleichheit z.B. Weber, Rz. 207 ff., von Heydebrand, S. 237 ff. oder CR-Dubey, Art. 136 BV N. 28.

Wahlkreise bilden (Art. 149 Abs. 3 BV), jedoch kein wahlkreisübergreifender Verhältnisausgleich erfolgt, können nicht alle Stimmen in gleicher Weise zum Wahlergebnis beitragen, was die Stimmengleichheit weiter verzerrt.[6053] Das Bundesgericht bezeichnete in BGE 147 I 194 die «Einschränkung der Stimmkraftgleichheit», die mit der Regelung zum Ständemehr bei Volksinitiativen einhergeht, aber als «verfassungsrechtlich gewollt [...] und für das Bundesgericht verbindlich».[6054]

Dass der zweite Satz von Art. 136 Abs. 1 BV neben den Rechten auch die *Pflichten* nennt, ist historisch bedingt und erfolgte gemäss Botschaft «[a]us Gründen der Symmetrie»[6055]. Erfasst sind eine allfällige Stimmpflicht, allenfalls verbunden mit einer Strafe bei Nichtfolgeleistung (Stimmzwang), und die Pflicht, gewisse Nebenämter an- und wahrzunehmen (Amtszwang).[6056] Das Bundesrecht sieht jedoch **keine derartigen individuellen politischen Pflichten** vor[6057] – es sei denn, man zählt die seit 23. Oktober 2022 geltenden Offenlegungspflichten zur Transparenz bei der Politikfinanzierung hinzu (Art. 76*b* ff. BPR).[6058] Wollte der Bundesgesetzgeber eine Stimmpflicht oder einen Amtszwang einführen, stünden Art. 136 Abs. 1 Satz zwei BV und der Begriff der «Pflichten» sicherlich mit im Fokus.[6059] Den 17

6052 Der Nationalrat wird in 20 Kantonen nach dem Verfahren «Hagenbach-Bischoff» gewählt, während in den Kantonen Aargau, Schaffhausen, Nidwalden, Zug und Zürich das Verfahren des «Doppelten-Pukelsheim» und in Basel-Stadt das Verfahren «Sainte-Laguë» zur Anwendung gelangt (siehe zur Nationalratswahl und den unterschiedlichen Verfahren Hangarter et al., Rz. 636 ff.). Auf Bundesebene forderte zuletzt die Pa.Iv. Jost (23.452) «Schluss mit Listenflut. Einfaches und faires Wahlsystem für die Nationalratswahlen» vom 25.9.2023 die Gesetzgebung über die Nationalratswahlen dahingehend zu ändern, dass die Nationalratssitze mittels der doppeltproportionalen Divisormethode mit Standardrundung (doppelter Pukelsheim) zugeteilt werden.

6053 Vgl. BSK-Tschannen, Art. 136 BV N. 4 und SGK-Kley, Art. 136 BV N. 17.

6054 BGE 147 I 194 E. 3.3 S. 199 (siehe dazu Biaggini, S. 618 f. und Demay, S. 285 f.).

6055 Botschaft BV, S. 359; siehe auch Schaub, S. 586.

6056 Siehe Schaub, S. 586 ff. und SGK-Kley, Art. 136 BV N. 18; vgl. CR-Dubey, Art. 136 BV N. 29 f.

6057 Siehe Biaggini, Art. 136 BV N. 7; SGK-Kley, Art. 136 BV N. 18; Schaub, S. 586 f. Gemäss Tschannen liesse sich bestenfalls noch *«von der Pflicht des Stimmvolks insgesamt sprechen, in seiner Funktion als Staatsorgan Wahl- und Abstimmungsentscheide zu treffen»* (BSK-Tschannen, Art. 136 BV N. 15).

6058 Siehe zu den Transparenzvorschriften des BPR Aeschimann/Schaub, Rz. 1 ff.; die Materialien zu den Transparenzvorschriften erwähnen Art. 136 BV jedoch nicht (vgl. z.B. Bericht SPK-S zu Pa.Iv. 19.400, S. 7875 ff.).

6059 Vgl. CR-Dubey, Art. 136 BV N. 30, der Art. 136 Abs. 1 Satz 2 als «norme de compétence» bezeichnet.

Kantonen steht es dagegen frei, für kantonale und eidgenössische Abstimmungen eine Stimmpflicht und zugehörige Sanktionen einzuführen,[6060] wie dies etwa der Kanton Schaffhausen getan hat.[6061]

18 Es gibt Anhaltspunkte dafür, den zweiten Satz bei Gelegenheit zu streichen.[6062] Zuletzt verzichtete allerdings die Staatspolitische Kommission des Nationalrats in ihrem Vorentwurf darauf. Sie wählte stattdessen die kleinstmögliche Änderung und den grösstmöglichen Traditionsanschluss an den aktuellen Verfassungstext, obschon die Senkung des Stimmrechtsalters auf 16 Altersjahre – ohne das passive Wahlrecht – in Satz eins das Spannungsverhältnis zur versprochenen Gleichheit im zweiten Satz verstärkt hätte.[6063]

6060 Vgl. Art. 83 BPR; Biaggini, Art. 136 BV N. 7; kritische gegenüber der Zulässigkeit einer kantonalrechtlich begründeter Stimmpflicht in eidgenössischen Angelegenheiten Schaub, S. 590 ff. m.w.H.

6061 Siehe Art. 9 Gesetz über die vom Volke vorzunehmenden Abstimmungen und Wahlen sowie über die Ausübung der Volksrechte des Kantons Schaffhausen vom 15.3.1904 (Wahlgesetz; SHR 160.100); SGK-Kley, Art. 136 BV N. 18.

6062 Der zweite Satz geht inhaltlich auf Art. 74 Abs. 1 aBV aus dem Jahre 1971 zurück (Einführung des Frauenstimmrechts). Gemäss Lehre und Praxis kommt ihm in der aktuellen Bundesverfassung kein eigenständiger Rechtsgehalt mehr zu (siehe vorne N. 6 und 16). Etliche Autoren bezeichnen den zweiten Satz von Art. 136 Abs. 1 BV denn auch als unnötig: So kommentiert z.B. Tschannen dessen Bedeutung wie folgt: «*Die politische Gleichberechtigung von Mann und Frau ergibt sich bereits aus Satz 1; und zur Gleichheit der politischen Rechte und Pflichten (nicht nur zwischen Mann und Frau!) sagt Art. 8 alles Nötige. Kurzum, Satz 2 von Art. 136 Abs. 1 hängt in der Luft; er wäre besser nicht geschrieben worden*» (BSK-Tschannen, Art. 136 BV N. 13); oder kurz in den Worten von Aubert: «*[...], la phrase reste inutile*» (Aubert/Mahon, Art. 136 BV N. 13). Während die Streichung Satz 2 zu keiner Verschlechterung des verfassungsrechtlichen Schutzes führte, behöbe sie das bestehende Spannungsverhältnis bezüglich Stimmkraft- und Erfolgswertgleichheit (siehe vorne N. 16). Streicht der Verfassungsgeber den Begriff «Pflichten» aus der Verfassung, liesse sich – je nach Thematisierung in den Materialien – argumentieren, dass damit die Einführung einer gesetzlichen Teilnahmepflicht bei eidg. Abstimmungen und Wahlen für ihre Verfassungskonformität zwingend einer neuen Verfassungsgrundlage bedürfte. So verstanden hätte sich dann das Verb «können» in Art. 136 Abs. 2 BV – anders als zurzeit (siehe hinten N. 19) – im Kontext der Verfassungsänderung (Streichung Satz 2) als Schranke gegen die Einführung eines Stimmzwangs auf Bundesebene interpretieren lassen, was sprachlich einfacher verständlich wäre.

6063 Siehe Bericht SPK-N zur Pa.Iv. 19.415, S. 7. Mit dem altersbedingten Auseinanderfallen des aktiven und passiven Wahlrechts, besitzen die sechzehn- und siebzehnjährigen Personen aber gerade nicht dieselben Rechte wie die Personen, die das achtzehnte Altersjahr zurückgelegt haben. Diese können sich zusätzlich in den Nationalrat, den Bundesrat oder das Bundesgericht wählen lassen (vgl. Art. 143 BV).

Angesichts der neuen Offenlegungspflichten in Art. 76*b* ff. BPR erwies sich dies sicherlich als sinnvoll.[6064]

C. Übersicht der einzelnen politischen Rechte (Abs. 2)

Der zweite Absatz zählt die politischen Rechte in Bundessachen einzeln auf. Er wirkt **nicht konstitutiv**: Die Aufzählung hat keine eigenständige Bedeutung, sondern informiert die Leserschaft, zu welchen politischen Rechten der erste Absatz berechtigt. Art und Umfang der aufgezählten Rechte bestimmen sich dagegen über gesonderte Verfassungsnormen:[6065] So ergeben sich das aktive Teilnahmerecht an *Nationalratswahlen* aus Art. 149 BV, das passive aus Art. 143 BV, sowie betreffend *Abstimmungen des Bundes* aus Art. 140–142 BV; die Art. 138, 139 und 141 BV regeln sodann das Ergreifen und Unterzeichnen von *Referenden und Volksinitiativen*.[6066] Da für letztere eine Lancierungs- oder Unterzeichnungspflicht abwegig ist, verwendet der zweite Absatz – vermutlich aus sprachökonomischen Gründen, die Materialien besagen nichts dazu – für alle aufgezählten Teilnahmerechte das Verb «*können*», ohne jedoch damit eine gesetzliche Teilnahmepflicht für eidgenössischen Abstimmungen und Wahlen auszuschliessen.[6067] Die Ständerratswahlen als kantonale Wahlen (Art. 150 Abs. 3 BV) finden zu Recht keine Erwähnung. Sofern der Verfassungsgeber die politischen Rechte in Bundessachen in Zukunft erweitern sollte, wäre der zweite Absatz von Art. 136 BV aufgrund seines Informationscharakters entsprechend nachzuführen.[6068] 19

IV. REFORMFORDERUNGEN

In der jüngeren Vergangenheit forderten *politische Vorstösse auf nationaler Ebene* in drei Bereichen eine **Ausweitung der Stimmberechtigung**, die eine Änderung von Art. 136 BV bedingten, nämlich bezüglich des Einbezugs 20

6064 Um Missverständnissen vorzubeugen, sei an der Stelle daraufhin gewiesen, dass sich die Transparenzvorschriften des BPR auf Art. 39 Abs. 1 i.V.m. mit Art. 34 BV abstützen und nicht auf Art. 136 Abs. 1 BV (Bericht SPK-S zu Pa.Iv. 19.400, S. 7900).

6065 BSK-Tschannen, Art. 136 BV N. 16; SGK-Kley, Art. 136 BV N. 19; vgl. vorne zur Tragweite N. 6.

6066 Biaggini, Art. 136 BV N. 8.

6067 Siehe BSK-Tschannen, Art. 136 BV N. 17; CR-Dubey, Art. 136 BV N. 36; vorne zur Tragweite N. 6.

6068 BSK-Tschannen, Art. 136 BV N. 16; SGK-Kley, Art. 136 BV N. 19.

von Ausländerinnen und Ausländern (A.), der Inklusion von Menschen mit geistiger Behinderung (B.) und bezüglich der Senkung des Stimmrechtsalters (C.)

A. Einbezug von Ausländerinnen und Ausländern

21 Auf **Bundesebene** verwehrt die Verfassung Ausländerinnen und Ausländern die politischen Rechte. Die Einführung des Ausländerstimmrechts bedürfte der Revision der abschliessenden Regelung in Art. 136 Abs. 1 BV.[6069] So verlangte die Parlamentarische Initiative der grünen Fraktion (21.405) «Mehr Demokratie wagen. Stimm- und Wahlrecht für Ausländerinnen und Ausländer» vom 1. März 2021 Art. 136 BV dahingehend zu ändern, dass auch Ausländerinnen und Ausländer, die sich seit fünf Jahren rechtmässig in der Schweiz aufhalten, über politische Rechte in Bundessachen verfügen.[6070] Der Nationalrat verwarf die Initiative am 7. Juni 2022 deutlich.[6071] Damit übereinstimmend schätzt die Lehre die Chance derartiger Vorstösse *in absehbarer Zeit* als *politisch unrealistisch* ein.[6072] Einen leicht anderen Ansatz verfolgt die eidgenössische Volksinitiative «Für ein modernes Bürgerrecht (Demokratie-Initiative)», die am 24. Januar 2025 zustande kam. Sie fordert eine Anpassung von Art. 38 Abs. 2 BV, so dass Ausländerinnen und Ausländer das Bürgerrecht auf Gesuch hin bereits nach fünf Jahren rechtmässigen Aufenthalts in der Schweiz erhalten können, sofern sie Grundkenntnisse in einer Landessprache haben und weder zu einer längerfristigen Freiheitsstrafe verurteilt wurden, noch die innere Sicherheit der Schweiz gefährden.[6073] Internationale Verpflichtungen, ausländischen Staatsangehörigen politische Rechte zu gewähren, bestehen keine für die Schweiz.[6074]

22 Die Bundesverfassung erlaubt den Kantonen, der ausländischen Bevölkerung auf **kantonaler und kommunaler Ebene** politische Rechte einzuräumen

---

6069 Siehe SGK-Kley, Art. 136 BV N. 8; siehe vorne N. 9.

6070 Siehe auch die Petition (21.2040) «Einführung politischer Rechte für Einwohner:innen der Schweiz ohne Schweizer Staatsbürgerschaft» aus der Frauensession 2021 vom 31.10.2021.

6071 Der Nationalrat leistete der Pa.Iv. (21.405) «Mehr Demokratie wagen. Stimm- und Wahlrecht für Ausländerinnen und Ausländer» mit 113 zu 63 Stimmen bei 0 Enthaltungen keine Folge (Abstimmungsprotokoll des Nationalrats zum Geschäft 21.405 zur Abstimmung vom 7.6.2022 [Ref. 25079]; vgl. zur SPK-N den Bericht SPK-N zu Pa.Iv. 21.405/21.414). Im Herbst 2001 lehnte der Nationalrat das Postulat Rennwald (00.3512) «Stimmrecht für Ausländerinnen und Ausländer auf Bundesebene» vom 4.10.2000 ab (AB 2001 N 1380).

6072 Horlacher, Rz. 173; Bisaz, S. 107; von Heydebrand, S. 148; Tschannen, Perspektiven, Rz. 9.

(Art. 39 Abs. 1 BV). Ob die Kantone dazu eine entsprechende Grundlage in ihrer Verfassung benötigen, ist umstritten.[6075] Bis anhin gewähren die Kantone *Neuenburg* und *Jura* Ausländerinnen und Ausländern politische Rechte auf Kantonsebene, wobei beide Kantonsverfassungen dies explizit vorsehen.[6076] Im Kanton Appenzell Ausserrhoden steht das Ausländerstimmrecht mit dem neuen Verfassungsentwurf zur Debatte.[6077] Darüber hinaus statuieren die Kantonsverfassungen von *Freiburg, Jura, Neuenburg und Waadt* in sämtlichen Gemeinden politische Rechte für Ausländerinnen und Ausländer in kommunalen Angelegenheiten[6078] – dagegen scheiterte im Kanton *Wallis* der neue Verfassungsentwurf (2023), der eine solche Regelung enthielt, im März 2024 an der Urne.[6079] Weniger weit geht der Kanton *Genf*, in dem

---

6073 Siehe BBl 2023 1224 (Text und Vorprüfung) sowie BBl 2025 273 (Zustandekommen).

6074 Siehe zum völkerrechtlichen Kontext Tobler, S. 357 f. und Rüegger, S. 81 f.

6075 Von Heydebrand, S. 144; Tanquerel, Rz. 53. Nach hier vertretener Ansicht lässt sich eine derartige Pflicht nicht aus Art. 51 BV ableiten und sie bildet kein Kriterium für die Gewährleistung der KV durch die Bundesversammlung (vgl. BSK-Belser/Massüger. Art. 51 BV N. 18 ff.).

6076 Siehe Art. 37 Abs. 1 lit. c KV/NE (SR 131.233) und Art. 73 KV/JU (SR 131.235); dazu Hangartner et al., Rz. 109 ff.

6077 Siehe Art. 69 Abs. 2 KV/AR-Entwurf des Regierungsrats (1. Lesung) vom 20.12.2022 (siehe dazu den 1. Bericht und Antrag des Regierungsrates des Kantons Appenzell Ausserrhoden vom 20.12.2022) – die besondere Kommission zur Totalrevision der KV/AR (BKKV) schloss die Beratung der Kantonsverfassung in 1. Lesung im Dezember 2023 ab. Sie unterstützte die wesentlichen inhaltlichen Neuerungen, namentlich den Ausbau der demokratischen Mitwirkung (Stimmrechtsalter 16 und Ausländerstimmrecht; vgl. 2. Bericht und Antrag der BKKV vom 22.11.2023). [WKMB1] Der Kantonsrat verabschiedete die totalrevidierte Kantonsverfassung in seiner Sitzung vom 19./20.2.2024 in der 1. Lesung inklusive des Ausländerstimmrechts (Gesamtschau nach Kantonsratsdebatte von Hanspeter Strebel vom 23.2.2024). Anschliessend verabschiedete der Regierungsrat den KV/AR-Entwurf am 9.1.2025 in der 2. Lesung und überwies diesen an den Kantonsrat, wobei er vorschlug, das Stimmrechtsalter 16 und das Ausländerstimmrecht als Eventualantrag zu behandeln. Zunächst wird sich die eigens eingesetzte kantonsrätliche Kommission mit dem Entwurf beschäftigen, gefolgt von der 2. Lesung im Kantonsrat (Medienmitteilung des Kanton AR «Neue Kantonsverfassung: Proporzregeln, indirekten Medienförderung und Eventualantrag» vom 9.1.2025).

6078 Siehe Art. 37 Abs. 1 lit. c KV/NE (SR 131.233) sowie Art. 73 KV/JU (SR 131.235) i.V.m. Art. 3 LDP/JU (LS 161.1); dazu Hangartner et al., Rz. 109 ff. sowie Belser, S. 84 ff.

6079 Siehe Art. 43 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 42 Entwurf der Verfassung des Kantons Wallis vom 25.4.2023. Die Stimmbevölkerung lehnte am 3.3.2024 sowohl den Entwurf der neuen Kantonsverfassung als auch die Variante ohne Stimm- und Wahlrecht und Recht auf Wählbarkeit für ausländische Personen in Gemeindeangelegenheiten ab (Medienmitteilung des Kantons Wallis vom 3.3.2024).

Ausländerinnen und Ausländer in kommunalen Angelegenheiten wählen, abstimmen sowie Initiativen und Referenden unterzeichnen dürfen, jedoch selbst nicht wählbar sind.[6080] Unter den Deutschschweizer Kantonen ermächtigen – Regelungen betreffend Landeskirchen ausgeschlossen[6081] – nur *Appenzell Ausserrhoden*, *Basel-Stadt und Graubünden* ihre Gemeinden, politische Rechte für Ausländerinnen und Ausländer einzuführen;[6082] bis anhin machen nur eine geringe Anzahl Gemeinden davon Gebrauch.[6083] In allen genannten Kantonen gelten gewisse Vorbedingungen wie ein spezifischer Aufenthaltsstatus, eine Mindestaufenthaltsdauer in der Schweiz (oft 10 Jahre)[6084] sowie für kommunale Angelegenheiten eine minimale Wohnsitzdauer.[6085] Während sich ein Teil der Lehre für eine Ausdehnung der politischen Rechte zumindest auf kommunaler Ebene auf Ausländerinnen und Ausländer ausspricht,[6086] verwarf der Nationalrat eine entsprechende Parlamentarische Initiative Atici (21.414) «Stimmrecht für alle in kommunalen Angelegenheiten nach fünf Jahren Wohnsitz in der Schweiz» vom 11. März 2021 im Sommer 2022 deutlich.[6087]

6080 Siehe Art. 48 Abs. 3 KV/GE (SR 131.234).

6081 Viele Kantone gestatten den öffentlich-rechtlich anerkannten Religionsgemeinschaften und ihren Kirchgemeinden, ein Ausländerstimmrecht einzuführen (siehe z.B. Art. 130 Abs. 2 lit. a KV/ZH [SR 131.211] sowie Hangartner et al., Rz. 113 m.w.H.).

6082 Siehe Art. 105 Abs. 2 KV/AR (SR 131.224.1), § 40 Abs. 2 KV/BS (SR 131.222.1) und Art. 9 Abs. 4 KV/GR (SR 131.226); dazu Hangartner et al., Rz. 110 sowie Caroni et al., Rz. 256; inklusive Entwicklungen in den Kantonen Aargau, Basel-Landschaft und Solothurn von Heydebrand, S. 144 ff.

6083 Horlacher, Rz. 174 m.w.H. In Gemeinden, in den Ausländerinnen und Ausländern politische Rechte ausüben können, war die Zahl der aktiven Ausländerinnen und Ausländer zudem laut einer Untersuchung von Avenir Suisse aus dem Jahre 2015 relativ gering (siehe Adler et al., S. 32). Politische Rechte für Ausländerinnen und Ausländer würde sich kaum auf die Wahl- und Abstimmungsresultate auswirken (so zumindest gemäss Strijbis, S. 58 ff.).

6084 Siehe z.B. Art. 105 Abs. 2 KV/AR (SR 131.224.1) oder Art. 142 Abs. 1 lit. b KV/VD (SR 131.231) Hangartner et al., Rz. 110.

6085 Siehe dazu Hangartner et al., Rz. 110; Horlacher, Rz. 175 und CR-Dubey, Art. 136 BV N. 18.

6086 Müller/Schlegel, S. 54; Belser, S. 86 ff.; Tschannen, Perspektiven, Rz. 9; in diese Richtung gehend Tobler, S. 356, Rüegger S. 98 ff., Blatter/Schmid/Blättler, S. 24 ff.; Wenger, S. 1191 f.; Boillet/Demay, Rz. 10 ff.

6087 Der Nationalrat leistete der Pa.Iv. (21.414) «Stimmrecht für alle in kommunalen Angelegenheiten nach fünf Jahren Wohnsitz in der Schweiz» mit 110 zu 63 Stimmen bei 4 Enthaltungen keine Folge (Abstimmungsprotokoll des Nationalrats zum Geschäft 21.414 zur Abstimmung vom 7.6.2022 [Ref. 25089]). Der Nationalrat folgte damit seiner Staatspolitischen Kommission (SPK-N), die am 25.2.2022 mit 17 zu 8 Stimmen keine Folge gegeben beantragt hatte (siehe Bericht SPK-N zu Pa.Iv. 21.405/21.414).

B. Inklusion von Menschen mit geistiger Behinderung

Bundesverfassung und Ausführungsgesetzgebung schliessen diejenigen volljährigen Schweizerinnen und Schweizer von den politischen Rechten in Bundessachen aus, die infolge dauernder Urteilsunfähigkeit unter umfassender Beistandschaft stehen oder durch eine vorsorgebeauftragte Person vertreten werden.[6088] Der **Ausschluss** erfolgt **quasi «automatisch»** – d.h. ohne individuelle Prüfung – unter der Annahme, dass Betroffene diesfalls auch in politischen Angelegenheiten dauerhaft urteilsunfähig sind.[6089] Die **UNO-Behindertenkonvention (BRK)** garantiert dagegen politische Rechte für Menschen mit Behinderungen (Art. 29) unabhängig von der Art der Behinderung. Die BRK fordert ein entsprechendes Tätigwerden des Vertragsstaates; einen Ausschluss sieht sie nicht vor.[6090] Stimmen in Lehre und Politik *kritisieren* daher zu Recht den quasi «automatischen» Ausschluss der politischen Rechte für Menschen mit geistigen Behinderungen im Schweizer Recht,[6091] und dies nicht ohne Wirkung: 23

- Auf **Bundesebene** erarbeitete die Bundeskanzlei (BK) einen Bericht zur politischen Teilhabe von Schweizerinnen und Schweizern mit geistiger Behinderung als Folge des Postulats Carobbio (21.3296) «Menschen mit einer geistigen Behinderung sollen umfassend am politischen und öffentlichen Leben teilhaben können» sowie der Interpellation Baume-Schneider (21.3295) «Politische Rechte für Menschen mit einer psychischen oder geistigen Behinderung», beide vom 18. März 2021. Der *Bericht Po. 21.3296* erschien am 25. Oktober 2023. Gemäss dessen Schlussbetrachtung steht die gegenwärtige Regelung zum Stimmrechtsausschluss im Konflikt mit der Rechtsgleichheit und völkerrechtlichen Verpflichtungen; die Frage nach der Notwendigkeit von Stimmrechtsausschlüssen und die damit verbundene Interessenabwägung sind auf Verfassungsebene zu klären.[6092]

6088 Art. 136 BV i.V.m. Art. 2 BPR sowie Art. 360 ff. und 398 ZGB; siehe vorne N. 12.

6089 Siehe vorne N. 12 und 15; OK-Seferovic, Art. 2 BPR N. 37; vgl. auch die Literaturangaben in Fn. 102.

6090 Siehe Art. 29 auch i.V.m. Art. 12 BRK; dazu Tobler, S. 340 ff. und OK-Seferovic, Art. 2 BPR N. 13; zur umstrittenen Frage der direkten Anwendbarkeit von Art. 29 BRK Grodecki, Rz. 13.

6091 SHK-Frei, Art. 29 BRK N. 57; Schefer/Martin/Hess-Klein, S. 446 ff.; Tanquerel, FS, S. 245 f.; Hess-Klein/Scheibler (Schattenbericht), S. 97; Hess-Klein, S. 606 f.; OK-Seferovic, Art. 2 BPR N. 13 f. und 36 ff.; SGK-Kley, Art. 136 BV N. 15; Grodecki, Rz. 7 ff.; Matthey/Burgat, S. 123; die Rechtmässigkeit anzweifelnd Hangartner et al., Rz. 624.

Die Bundesversammlung nahm den Bericht und dessen Forderungen zur Kenntnis und setzte sich mit dem Postulat und zugehörigen neuen Vorstössen auseinander.[6093] Am 24. Oktober 2024 reichte die Staatspolitische Kommission des Nationalrats die *Motion (24.4266) «Politische Rechte für Menschen mit Behinderungen»* ein und folgte damit der Petition der Behindertensession 2023 (23.2019) «Autonomes und ungehindertes Wahl- und Stimmrecht». So soll der Bundesrat einen Änderungsentwurf von Art. 136 Abs. 1 BV unterbreiten, wobei er den ersten Satz wie folgt ändert: «Die politischen Rechte in Bundessachen stehen allen Schweizerinnen und Schweizern zu, die das 18. Altersjahr zurückgelegt haben». Der Bundesrat beantragte am 27. November 2024 die Annahme der Motion.[6094] Als nächstes wird der Nationalrat respektive vorab dessen Staatspolitische Kommission die Motion behandeln (voraussichtlich im März 2025).

- Auf kantonaler Ebene stechen die Kantone *Genf* und *Appenzell Innerrhoden* hervor: Seit Ende 2020 verzichtet Genf gänzlich auf eine

6092 Siehe Bericht Po. 21.3296, S. 36.

6093 Die Staatspolitische Kommission des Nationalrats (SPK-N) hat den Bericht am 11.1.2024 zur Kenntnis genommen und diskutiert. Sie beriet zugleich drei Petitionen der Behindertensession vom 10.5.2023 (Pe. [23.2019] «Autonomes und ungehindertes Wahl- und Stimmrecht», Pe. [23.2020] «Hindernisfreiheit und Teilhabe am politischen Leben» und Pe. [23.2021] «Politische Mitsprache und passives Wahlrecht»). Angesichts der Komplexität und Bedeutung des Themas beschloss die SPK-N, sich an einer ihrer nächsten Sitzungen erneut mit den drei Petitionen zu befassen und erst dann über sie zu befinden. Mit 13 zu 12 Stimmen nahm sie jedoch bereits am 11.1.2024 das Postulat (24.3001) «Prüfung von Massnahmen zur Verbesserung der politischen Teilhabe von Menschen mit Behinderungen an»,welches den Bundesrat auffordert, mehrere konkrete Massnahmen zu prüfen, mit welchen die politische Teilhabe von Menschen mit Behinderungen gewährleistet werden soll (siehe Medienmitteilung der SPK-N «Adressdienstgesetz: Kommission beantragt Rückweisung an den Bundesrat» vom 12.1.2024). Der Bundesrat beantragte in seiner Stellungnahme vom 14.2.2024 die Annahme des Postulats (24.3001) und der Nationalrat nahm das Postulat am 17.4.2024 an (Abstimmungsprotokoll Nationalrats zum Geschäft 24.3001 vom 17.4.2024 [Ref. 28716]).

6094 Die Förderung der politischen Partizipation von Menschen mit Behinderungen ist ein Schwerpunktprogramm der Behindertenpolitik 2023-2026 des Bundesrats (Schwerpunktprogramme Behindertenpolitik 2023-2026, Bericht des Bundesrates vom 8.12.2023, S. 10 ff.). Zu berücksichtigen ist zudem, dass die Motion in Zusammenhang mit der eidg. Volksinitiative «Für die Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen (*Inklusions-Initiative*) steht, die im 16.10.2024 zustande gekommen ist (BBl 2024 2637). Diese verlangt die rechtliche und tatsächliche Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen in allen Lebensbereichen.

Einschränkung des Stimmrechts für dauernd urteilsunfähige Personen (Art. 48 KV/GE).[6095] Die neue Verfassung des *Kantons Appenzell Innerrhoden*, welche die Landsgemeinde im April 2024 verabschiedete und voraussichtlich 2027 in Kraft treten wird, verzichtet ebenfalls gänzlich auf eine Einschränkung (Art. 9 KV/AI[2027]).[6096] Ähnliche Vorstösse und Projekte prüft die Politik zurzeit in den Kantonen *Basel-Stadt*, *Solothurn*, *Neuenburg*, *Waadt*, *Zürich und Zug*.[6097] Weniger inklusiv, dafür bereits in Kraft sind die Regelungen in den Kantonen *Waadt* und *Neuenburg*, die anstelle des kritisierten Automatismus besondere Prüfverfahren vorsehen, wenn sie Personen von den kantonalen politischen Rechten ausschliessen.[6098]

- Weitere Reformimpulse könnten zudem in den *Kirchgemeinden* entstehen. So böte z.B. die angedachten Fusionen der evangelisch-reformierten

---

6095 Siehe Art. 48 und Art. 228 KV/GE (SR 131.234; Aufhebung des Abs. 4 in der Volksabstimmung vom 29.11.2020, mit Wirkung seit 19.12.2020. Gewährleistungsbeschluss vom 21.9.2021 [BBl 2021 2340 Art. 5 Abs. 2, BBl 2021 1414]); siehe dazu Tobler, S. 327 ff. m.w.H.; mit Blick auf Art. 34 BV kritisch Grodecki, Rz. 19.

6096 Siehe Landsgemeindemandat 2024 des Kantons Appenzell Innerrhoden, S. 37 f. und S. 73 sowie Protokoll der ordentlichen Landsgemeinde vom 28.4.2024 auf dem Landsgemeindeplatz in Appenzell, S. 18.

6097 Siehe Stellungnahme des Regierungsrates des *Kantons Basel-Stadt* vom 1.12.2021 zur Motion Oliver Thommen und Konsorten betreffend «politische Rechte für Menschen mit geistiger oder psychischer Behinderung», S. 4 ff. m.w.H. gemäss Aktionsplan prüft der *Kanton Zürich* bis 2025 eine entsprechende Anpassung seiner Gesetzgebung (Regierungsrat des Kantons Zürich [Hrsg.], Aktionsplan Behindertenrechte Kanton Zürich 2022-2025, Zürich August 2022, S. 13 Massnahme A3); siehe § 27 Entwurf der Verfassung des *Kantons Zug* gemäss Ergebnis 1. Lesung RR vom 13.05.2024 (Synopse Kantonsverfassung). Der *Kanton Basel-Landschaft* entschied sich im Gegenvorschlag zur kantonalen Verfassungsinitiative «Für eine kantonale Behindertengleichstellung» dafür zuerst die Erfahrungen im Kanton Genf sowie die weiteren Entwicklungen auf Stufe Bundabzuwarten (siehe Vorlage [22.461] an den Landrat vom 28.6.2022, S. 74 f.; die Initiative wurde am im Februar 2023 zurückgezogen [Verfügung der Landeskanzlei des Kantons Basel-Landschaft vom 1.3.2023, Nr. PL-BL30-0000000003]); im *Kanton Solothurn* äusserten sich sowohl der Regierungsrat wie auch die Justizkommission positiv zum Volksauftrag «Politische Rechte für Menschen mit geistiger Behinderung» (Beschluss des Regierungsrats des Kantons Solothurn vom 4.11.2024 [Nr. 2024/1790] sowie Medienmitteilung der Justizkommission des Kantons Solothurn vom 10.12.2024); vgl. ferner Art. 43 Entwurf der Verfassung des *Kantons Wallis* vom 25.4.2023, der am 3.3.2024 an der Urne scheiterte (Medienmitteilung des Kantons Wallis vom 3.3.2024).

6098 Siehe Art. 37 Abs. 2 KV/NE i.V.m. Art. 6 ff. Règlement d'exécution de la loi sur les droits politiques (RELDP; RSN 141.01) du 17.2.2003 (und – jedoch nicht erhellend – Loi sur les droits politiques [LDP/NE; RSN141] du 17.10.1984).

Kirchgemeinden der Stadt Bern eine Gelegenheit, allfällige neue Organisationsreglemente BRK-konform auszugestalten.[6099]

24 Die völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz, die Entwicklungen im Kanton Genf sowie die zahlreichen angelaufenen Projekte und Vorstösse auf Stufe Bund und Kantone zeigen, dass eine BRK-konforme Ausgestaltung der politischen Rechte **politisch** Fahrt aufzunehmen scheint. Ob die Rechtsgrundlagen dazu die Genfer Lösung übernehmen oder einen individuellen Prüfvorgang vorsehen, sich weiterhin zuerst auf kantonaler Ebene und erst dann auf Bundesebene etablieren, wird die Zukunft zeigen. Die Stossrichtung ist unabhängig davon zu begrüssen.[6100]

C. Senkung des Stimmrechtsalters

25 Ab 1991 lancierten Vorstösse etwa alle fünf bis sieben Jahre die parlamentarische Debatte um eine Senkung des **Stimmrechtsalters** auf **16** Altersjahre,[6101] so zuletzt die parlamentarische Initiative Arslan (19.415) «Den jungen Menschen eine Stimme geben» vom 21. März 2019. Vereinzelt forderten diese Vorstösse sogar, gänzlich auf ein Mindestalter zu verzichten.[6102] Die Kinderrechtskonvention garantiert Kindern und Jugendlichen zwar einerseits das Recht, sich eine Meinung bezüglich der sie berührenden Angelegenheiten zu bilden und zu äussern, sowie andererseits eine ihrem

---

6099 So lässt die Rechtsordnung den Kirchgemeinden im Kanton m.E. die entsprechende Regelungsautonomie (vgl. dazu Art. 107 Abs. 2 lit. d, Art. 121 und 122 KV/BE [SR 131.212] sowie Art. 7 Verfassung der Evangelisch-reformierten Landeskirche des Kantons Bern vom 19.3.1946 [KES 110.10]).

6100 Für eine Anpassung der Rechtslage z.B. SGK-Kley, Art. 136 BV N. 15; Schefer/Martin/Hess-Klein, S. 99 und S. 446 ff. oder Tanquerel, FS, S. 244 ff. mit einem Vorschlag für eine BRK-konforme Neuregelung von Art. 136 Abs. 1 BV (vgl. auch die Literaturangaben vorne in Fn. 102).

6101 Siehe Pa.Iv. Wyss (99.457) «Stimmrechtsalter 16» vom 7.12.1999; Mo. SPK-N (00.3180) «Stimmrechtsalter 16» vom 30.3.2000; Pa.Iv. Allemann (07.456) «Stimmrechtsalter 16» vom 22.6.2007; Pe. Jugendsession (08.2021) «Stimmrechtsalter 16» vom 20.11.2008; Po. Reynard (14.3470) «Stimmrechtsalter 16 und Förderung politischer Bildung» vom 18.6.2014; Pa.Iv. Mazzone (17.429) «Stärkung der Demokratie. Politische Rechte ab 16 Jahren» vom 17.3.2017; siehe von Heydebrand, S. 151 ff. m.w.H. und EKKJ-Positionspapier, S. 1.

6102 Siehe z.B. Mo. Müller (08.3711) «Stimmrecht für alle Schweizer Bürgerinnen und Bürger» vom 3.10.2008 oder ferner Pa.Iv. Zwygart (99.454) «Familienstimmrecht bei Abstimmungen und Wahlen» vom 7.10.1999; vgl. dazu SGK-Kley, Art. 136 BV N. 12M; CR-Dubey, Art. 136 BV N. 20; kritisch BSK-Tschannen, Art. 136 BV N. 9. Zur Notwendigkeit einer Altersgrenze Hangartner et al., Rz. 64 und Häfelin et al., Rz. 774a.

Alter und ihrer Reife angemessene Berücksichtigung.[6103] Das Völkerrecht statuiert nach aktuellem Stand jedoch kein gleichberechtigtes Stimmrecht für Kinder und Jugendliche.[6104] Anzupassen wären für ein rein aktives Wahl- und Stimmrecht in Bundessachen ab 16 Altersjahren (oder ab einem noch geringeren Alter)[6105] jeweils mindestens Art. 136 BV sowie die zugehörige Ausführungsgesetzgebung.[6106] Die Anzahl der Stimmberechtigten würde sich bei der Einführung des Stimmrechtsalters 16 um rund zweieinhalb Prozent erhöhen.[6107] Im **Bund** *scheiterten bisher sämtliche Vorstösse* - so zuletzt die erwähnte parlamentarische Initiative Arslan (19.415).[6108]

Wie auf Bundesebene scheiterten bis anhin die Vorstösse auch in den **Kantonen**,[6109] mit einer Ausnahme im Kanton Glarus. Als einziger Kanton führte dieser am 6. Mai 2007 das Stimmrechtsalter 16 ein.[6110] In der letzten eidgenössischen Vernehmlassung betreffend Stimmrechtsalter 16 Ende 2022 26

6103 Siehe Art. 12 Übereinkommen über die Rechte des Kindes vom 20.11.1989 (SR 0.107; in der Schweiz in Kraft seit 26.3.1997) sowie dazu Schmahl, Art. 12 KRK N. 1 ff.

6104 Tobler, S. 356; Matthey/Burgat, S. 124.

6105 Ein Stimmrecht für Kinder führte faktisch zu einem doppelten Stimmrecht der gesetzlichen Vertretung, was nicht nur der Rechtsgleichheit, sondern auch der Organfunktion des Stimmrechts widerspräche, die eine höchstpersönliche Kundgebung des politischen Willens erfordert (BSK-Tschannen, Art. 136 BV N. 9; vgl. auch die Literaturangaben vorne in Fn. 111).

6106 Siehe hierzu Bericht SPK-N zur Pa.Iv. 19.415, S. 6 ff. mit einem konkreten Verfassungsentwurf.

6107 Basierend auf den statistischen Erhebungen der Jahre 2018-2020 bezifferte der Bund 2022 die zusätzliche Anzahl Stimmberechtigte mit Wohnsitz in der Schweiz mit rund 129'000 Personen, nicht berücksichtig sind die Auslandschweizerinnen und Auslandschweizer sowie jene Personen, die wegen dauernder Urteilsunfähigkeit unter umfassender Beistandschaft stehen oder durch eine vorsorgebeauftragte Person vertreten werden (siehe zu Zahlen und Berechnungsgrundlage Bericht SPK-N zur Pa.Iv. 19.415 S. 8).

6108 Nach Kenntnisnahme der Vernehmlassungsergebnisse beantragte die Staatspolitische Kommission des Nationalrates (SPK-N) am 20.4.2023 gegenüber dem Nationalrat die Initiative 19.415 abzuschreiben (Medienmitteilung der SPK-N «Stimmrechtsalter 16 überzeugt nicht» vom 21.4.2023). Entgegen dem Mehrheitsantrag der SPK-N verzichtete der Nationalrat jedoch am 12.6.2023 mit 98 zu 93 Stimmen auf die Abschreibung der parlamentarische Initiative Arslan (19.415) und wies diese mit dem Auftrag an die Kommission zurück, eine Vorlage auszuarbeiten (siehe Abstimmungsprotokoll des Nationalrats zum Geschäft 19.415 vom 12.6.2023 [Ref. 27040]). Die SPK-N beantragte ihrem Rat am 12.1.2024 jedoch erneut, dieses Mal mit 15 zu 10 Stimmen, die Initiative abzuschreiben (siehe Medienmitteilung der SPK-N «Adressdienstgesetz: Kommission beantragt Rückweisung an den Bundesrat» vom 12.1.2024). Am 28.2.2024 folgte der Nationalrat dem Antrag auf Abschreibung der Initiative mit 106 zu 84 Stimmen (siehe Abstimmungsprotokoll des Nationalrats zum Geschäft 19.415 vom 28.2.2024 [Ref. 28184] sowie zur Debatte AB 2024 N 102 ff.).

sprachen sich dennoch – trotz teils gegenläufiger Abstimmungsresultate – sieben Kantone für eine Senkung des Stimmrechtsalters auf 16 Altersjahre aus oder begrüssten zumindest eine nationale Debatte.[6111] Die Kantone Appenzell Ausserrhoden, Basel-Stadt und Graubünden behandeln zurzeit (Winter 2024/5) Vorlagen oder Vorstösse, die das Stimmrechtsalter 16 beinhalten oder fordern.[6112] Überdies erlauben gewisse Kantone bereits heute, den Kreis der Stimmberechtigten für Landeskirchen, Kirchgemeinden und weitere öffentlich-rechtliche Körperschaften gesetzlich auszudehnen, oder übertragen die Befugnis zur Bestimmung des Stimmrechtsalters gesetzlich direkt an diese Organisationen.[6113] So gilt in vielen evangelisch-reformierten Landeskirchen das Stimmrechtsalter 16.[6114]

27 Das formelle Kriterium des Mindestalters beruht auf der Idee, dass die Ausübung der politischen Rechte die Reife und Fähigkeit erfordere, sich ein politisches Urteil bilden zu können.[6115] Es richtet sich nicht nach der individuellen Entwicklung der Einzelperson.[6116] In der **politischen Debatte** betonen *Befürworterinnen und Befürworter* des Stimmrechtsalters 16, dass die frühere Einbindung der Jugendlichen in die politischen Entscheidprozesse das politische Engagement bei den Jugendlichen fördern und erhalten helfen könne;[6117] zugleich liesse sich mit der Alterssenkung die Untervertretung der Jugend in politischen Gremien mindern und der Altersmedianwert unter den Stimmberechtigten senken.[6118] Die *Gegnerschaft* begründet ihre Ablehnung dagegen oft mit dem zivilrechtlichen Mündigkeitsalter von 18 Altersjahren[6119] sowie dem Hinweis, dass Jugendlichen bereits heute spezifische politische Teilnahmemöglichkeiten zur Verfügung stünden, wie beispielsweise die Jugendsession.[6120] Zudem seien zuletzt alle Versuche auf kantonaler Ebene gescheitert.[6121] Das juristische *Schrifttum* spricht sich vereinzelt für das

6109 In einer Volksabstimmung abgelehnt haben die Bevölkerung eine Einführung des Stimmrechtsalters 16 seit 2020 in den Kantonen *Neuenburg* (Februar 2020), *Uri* (September 2021) *Zürich* (Mai 2022) sowie *Bern* (September 2022). Zudem sprachen sich der Kantonsrat von *Zug* (Juli 2021) und von *Luzern* (Dezember 2021) sowie das Parlament von *Waadt, Schwyz* (2021) und *Genf* (2022) gegen die Einführung des Stimmrechtsalters 16 aus (siehe dazu m.w.H. die Übersicht auf der Homepage des Dachverbands Schweizer Jugendparlamente DSJ [abrufbar unter https://www.dsj.ch/themen/stimmrechtsalter-16/, besucht am 7.1.2025]).

6110 Siehe dazu Art. 56 Abs. 1 KV/GL (SR 131.217; angenommen an der Landsgemeinde vom 6.5.2007, in Kraft seit 6.5.2007. Gewährleistungsbeschluss vom 12.6.2008 [BBl 2008 5787 Art. 1 Ziff. 2, BBl 2008 1417]).

6111 Siehe Ergebnisbericht zur Pa.Iv. 19.415, S. 2 ff.

Stimmrechtsalter 16 aus[6122]; öfters bleibt es – wie vorliegend – bei einer Darstellung der Rechtslage.[6123] Der *Bundesrat* hat sich bis anhin nicht klar

6112. Siehe Art. 69 Abs. 1 KV/AR-Entwurf des Regierungsrats (1. Lesung) vom 20.12.2022 (siehe dazu den 1. Bericht und Antrag des Regierungsrates des Kantons Appenzell Ausserrhoden vom 20.12.2022) – die besondere Kommission zur Totalrevision der KV/AR (BKKV) schloss die Beratung der Kantonsverfassung in 1. Lesung im Dezember 2023 ab. Sie unterstützte die wesentlichen inhaltlichen Neuerungen, namentlich den Ausbau der demokratischen Mitwirkung (Stimmrechtsalter 16 und Ausländerstimmrecht; vgl. 2. Bericht und Antrag der BKKV vom 22.11.2023). Der Kantonsrat verabschiedete die totalrevidierte Kantonsverfassung in seiner Sitzung vom 19./20.2.2024 in der 1. Lesung inklusive des Stimmrechtsalters 16 (Gesamtschau nach Kantonsratsdebatte von Hanspeter Strebel vom 23.2.2024). Anschliessend verabschiedete der Regierungsrat den KV/AR-Entwurf am 9.1.2025 in der 2. Lesung und überwies diesen an den Kantonsrat, wobei er vorschlug, das Stimmrechtsalter 16 und das Ausländerstimmrecht als Eventualantrag zu behandeln. Zunächst wird sich die eigens eingesetzte kantonsrätliche Kommission mit dem Entwurf beschäftigen, gefolgt von der 2. Lesung im Kantonsrat (Medienmitteilung des Kanton AR «Neue Kantonsverfassung: Proporzregeln, indirekten Medienförderung und Eventualantrag» vom 9.1.2025); Beschluss des Regierungsrats des Kantons Basel-Stadt vom 208.2019 zur Motion Jo Vergeat und Konsorten betreffend «aktives Stimm- und Wahlrecht für 16-Jährige» –Stellungnahme (PD/P195161 vom 21.8.2019), die Stellungnahme vom 8.11.2022 (P221295) in der Vernehmlassung zur eidg. Pa.Iv. 19.415 sowie den Beschluss des Regierungsrats des Kantons Basel-Stadt vom 19.9.2023 (PD/P195161 vom 20.9.2023); siehe Aargauische Volksinitiative «Für eine Demokratie mit Zukunft (Stimmrechtsalter 16 im Aargau)» vom 7.2.2022 (Publ.-Nr. 00.0021.087), die bestätigt durch den Beschluss des Regierungsrats des Kantons Aargau vom 8.3.2023 in formeller Hinsicht zustande gekommen ist. Die Stimmbevölkerung lehnte die Volksinitiative jedoch am 24.11.2024 mit 79.74 % Nein-Stimmen ab (Protokoll der kantonalen Volksabstimmung vom 24.11.2024); im Kanton Luzern kam die kantonale Volksinitiative «Ja zum Stimmrechtsalter 16!» zustande (siehe Beschluss des Regierungsrats über die Erwahrung der Verfassungsinitiative «Ja zum Stimmrechtsalter 16!» vom 30.5.2023), die Stimmbevölkerung lehnte die Initiative am 9.2.2025 mit 79.1 % Nein-Stimmen ab (Mitteilung des Kantons Luzern vom 9.2.2025); Antwort der Regierung des Kantons Graubünden vom 21.4.2022 auf den Auftrag Derungs betreffend Einführung vom Stimmrechtsalter 16 (aktives Wahl- und Stimmrecht).

6113. Vgl. z.B. Art. 111 Abs. 2 lit. a KV/SG (SR 131.225), Art. 18 f. KV/UR (SR 131.214) und Art. 109 Abs. 1 KV/SH (SR 131.223); Hangartner et al., Rz. 128.

6114. Hangartner et al., Rz. 128; Bucher L., S. 201.

6115. Tobler, S. 353 m.w.H.; vgl. auch vorne N. 10.

6116. Siehe vorne N. 8 sowie zur politischen Reife von Heydebrand, S. 152 f., Tobler, S. 353 f. und Verhellen, S. 119 m.Hw. zur Entwicklungspsychologie (vgl. kritisch Rapport 12546, § 43); vgl. Matthey/Burgat, S. 124.

zum Stimmrechtsalter 16 positioniert. Er erklärte sich aber bereit, weitere Abklärungen zu treffen (z.B. mittels Berichts) und hielt es zumindest für möglich, das Mündigkeitsalter zu senken.[6124]

28 Im **internationalen Vergleich** liegt das Wahlrechtsalter auf Landesebene in der Mehrzahl der Staaten bei 18 Altersjahren. Es gibt aber Ausnahmen: Österreich hat das Wahlrechtsalter von 16 Altersjahren bereits vor über 10 Jahren eingeführt. Innerhalb Europas kennen zudem Schottland, Wales, die Slowakei und Malta entsprechende Regelungen.[6125] Als aussereuropäische Staaten sind primär Argentinien, Brasilien, Ecuador oder Kuba zu nennen.[6126] In Neuseeland beurteilte zudem der Oberste Gerichtshof im November 2022 das Wahlalter von 18 Altersjahren als Diskriminierung der Sechzehn- und Siebzehnjährigen.[6127] Die Entwicklungen im Ausland, die laufenden kantonalen Initiativen und die Regelmässigkeit der Vorstösse auf

---

6122 Tobler, S. 356; Weber, Rz. 71; Boillet, Rz. 39 f. i.V. mit Rz. 63; ferner Belser, S. 80 f. und Bucher L., S. 202 f.; aus bundesstaatlichen Gründen gegen die Einführung von Stimmrechtsalter 16 über die Bundesebene von Heydebrand, S. 293.

6117 Siehe z.B. jüngst Bericht SPK-N zur Pa.Iv. 19.415, S. 4 und Ergebnisbericht zur Pa.Iv. 19.415, S. 2 ff. Dahinter steht die Überlegung, dass Jugendliche mit dem Stimmrechtsalter 16 direkt anschliessend an den Unterricht zur politischen Bildung am Ende des obligatorischen Schulunterrichts die politischen Rechte erlangen würden, womit die zeitliche Lücke zwischen Theorie und Praxis wegfiele (siehe dazu Bucher L., S. 203; ferner EKKJ-Positionspapier, S. 6 ff). Grössere sozialwissenschaftliche Studien zu dieser Frage für die Schweiz fehlen zurzeit und würden die Diskussion versachlichen (mit internationalen Vergleichen für eine positive Wirkung sprechend Eichhorn/Bergh, S. 236).

6118 Siehe Bericht SPK-N zur Pa.Iv. 19.415, S. 4; Ergebnisbericht zur Pa.Iv. 19.415, S. 2 ff.; Rapport 12546, § 39 f.; vgl. dazu von Heydebrand, S. 153 f.

6119 Siehe z.B. Bericht SPK-N zur Pa.Iv. 19.415, S. 3 und Ergebnisbericht zur Pa.Iv. 19.415, S. 2 ff.

6120 Siehe z.B. Ergebnisbericht zur Pa.Iv. 19.415, S. 2 ff.; ausführlich zu den verschiedenen Teilnahmemöglichkeiten von Jugendlichen Bucher N., S. 1 ff.

6121 Siehe z.B. zuletzt Ergebnisbericht zur Pa.Iv. 19.415, S. 2 ff.; zu den kantonalen Entwicklungen vorne N. 26.

6124 Siehe Stellungnahme des Bundesrats vom 24.5.2000 zur Mo. SPK-N (00.3180) «Stimmrechtsalter 16» vom 30.3.2000 (Antrag auf Umwandlung in ein Postulat) sowie diejenige vom 27.8.2014 zum Po. Reynard (14.3470) «Stimmrechtsalter 16 und Förderung politischer Bildung» vom 18.6.2014 (Antrag auf Postulatsannahme); zu den übrigen Vorstössen (vgl. Fn. 110) erfolgte keine Stellungnahme. Er sprach sich dagegen deutlich gegen ein Stimmrecht für Kleinkinder aus (Mündigkeitsalter 0; Stellungnahme des Bundesrats vom 16.11.2008 zur Mo. Müller (08.3711) «Stimmrecht für alle Schweizer Bürgerinnen und Bürger» vom 3.10.2008 [Antrag auf Motionsablehnung]).

6125 Vgl. dazu Eichhorn/Bergh, S. 2 ff.; Bericht SPK-N zur Pa.Iv. 19.415, S. 6.

6126 Siehe Bericht SPK-N zur Pa.Iv. 19.415, S. 6.

6127 Siehe https://www.courtsofnz.govt.nz/assets/cases/2022/2022-NZSC-134.pdf.

Bundesebene zeigen, dass die Diskussion um eine Senkung des Stimmrechtsalters in der Schweiz wohl zukünftig kaum verstummen wird.

Der Autor gibt in dieser Kommentierung seine persönliche Einschätzung wieder. Er dankt Dr. iur. Beat Kuoni, Jurist, Sektion politische Rechte, Bundeskanzlei, sowie Dr. iur. Lukas Schaub, LL.M., Dozent für Staats- und Verwaltungsrecht ZHAW für die Durchsicht und die wertvollen Hinweise und Anmerkungen.

Zum Autor

Dr. iur. Karl-Marc Wyss, Rechtsanwalt, ist wissenschaftlicher Mitarbeiter beim Bundesamt für Justiz, Direktionsbereich Öffentliches Recht, Rechtsetzungsprojekte II. Er promovierte zur vorläufigen bundesrechtlichen Umsetzung eidgenössischer Volksinitiativen auf dem Verordnungsweg und publiziert und unterrichtet im Bereich des Verwaltungs-, Staats- und Verfahrensrechts.

WEITERFÜHRENDE EMPFOHLENE LEKTÜRE

Biaggini Giovanni, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Orell Füssli Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2017.

Boillet Véronique, Le corps électoral fédéral, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz. Droit constitutionnel suisse, Zürich 2020, Band III Verfassungsorgane Verfahren Bereichsverfassungen, S. 1657 ff.

Dubey Jacques, art. 136 Cst., in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Constitution fédérale, Commentaire Romand, Basel 2021.

Hangartner Yvo/Kley Andreas/Braun Binder Nadija/Glaser Andreas, Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2023 (zit. Hangartner et al.; auch im Open Access verfügbar).

von Heydebrand Sibylle, Stimmrecht und kantonale Autonomie: Allgemeines und gleiches Stimmrecht am Beispiel der Nordwestschweizer Kantone, Diss., Basel 2019.

Kley Andreas, Art. 136 BV, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2023.

Seferovic Goran, Kommentierung zu Art. 2 BPR, in: Glaser Andreas et al. (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über die politischen Rechte – Version: 3.4.2023: https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/bpr2, besucht am 5.4.2023.

Tobler Christa, Gleichstellung und politische Rechte: auf dem Weg zu einer integrativen Demokratie, ZSR 140 (2021) II, S. 277 ff.

Tschannen Pierre, Art. 136 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Schweizerische Bundesverfassung, Basler Kommentar (BSK), Basel 2015, S. 2153 ff.

Weber Anina, Schweizerisches Wahlrecht und die Garantie der politischen Rechte, Diss., Zürich/Basel/Genf 2016.

LITERATURVERZEICHNIS

Adler Tibère/Moret Hugo/Pomezny Nicole/Schlegel Tobias, Passives Wahlrecht für aktive Ausländer: Möglichkeiten für politisches Engagement auf Gemeindeebene, in: Avenir Suisse (Hrsg.), Zürich 2015 (zit. Adler et al.; auch im Open Access verfügbar).

Aeschimann Lisa/Schaub Lukas, Die neuen Transparenzvorschriften des BPR, in: LeGes 34 (2023), Heft 1 (auch im Open Access verfügbar).

Aubert Jean-François/Mahon Pascal (Hrsg.), Petit commentaire de la constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zurich/Basel/Genf 2003.

Belser Eva Maria, Vom Umgang mit Gleichheit und Vielfalt im Föderalismus, im Rechtsstaat und in der Demokratie, ZSR 140 (2021) II, S. 5 ff.

Belser Eva Maria/Massüger Nina, Art. 51 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Schweizerische Bundesverfassung, Basler Kommentar (BSK), Basel 2015, S. 968 ff.

Biaggini Giovanni, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Orell Füssli Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2017.

Biaggini Giovanni, Die Volksabstimmung über die Konzernverantwortungsinitiative vor Bundesgericht, ZBl 122 (2021), S. 614 ff.

Bisaz Corsin, Das Ausländerstimmrecht in der Schweiz – Formen und Rechtsungleichheiten, in: Glaser Andreas (Hrsg.), Politische Rechte für Ausländerinnen und Ausländer?, Zürich/Basel/Genf 2017, S. 107 ff.

Bisaz Corsin, Politische Mitwirkungsrechte von Personen ohne Stimmrecht – ein neues Phänomen auf Gemeindeebene, in: AJP 2016, S. 1356 ff. (Bisaz, AJP[2016]).

Blatter Joachim K./Schmid Samuel D./Blättler Andrea C., Vom Demokratiedefizit europäischer Nationalstaaten: Elektorale Exklusivität im Vergleich, in: Glaser Andreas (Hrsg.), Politische Rechte für Ausländerinnen und Ausländer?, Zürich/Basel/Genf 2017, S. 1 ff.

Boillet Véronique, Le corps électoral fédéral, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz. Droit constitutionnel suisse, Zürich 2020, Band III Verfassungsorgane Verfahren Bereichsverfassungen, S. 1657 ff.

Boillet Véronique/Demay Clémence, Access to Political Rights in Switzerland: Critique of the Naturalisation Process as a Source of Exclusion, sui generis 2021, S. 229 ff.

Bucher Eugen/Aebi-Müller Regina E., Die natürlichen Personen, Art. 11-19d ZGB – Rechts- und Handlungsfähigkeit (Berner Kommentar), 2. Aufl., Bern 2017.

Bucher Laura, Die Rechtsstellung der Jugendlichen im öffentlichen Recht, Diss., Zürich/Basel/Genf 2013 (zit. Bucher L.).

Bucher Nevin Martina, Jugend und Politik, Diss., Zürich/St. Gallen 2019 (zit. Bucher M.).

Caroni Martina/Scheiber Nicole/Preisig Christa/Monika Plozza, Migrationsrecht, 5. Aufl., Bern 2022 (zit. Caroni et al.).

Demay Clémence, 2. ATF 147 I 194-205 (23.3.2021/a; 1C_713/2020), RDAF 2022 I, S. 283 ff.

Dermont Clau, Politische Partizipation « à la carte ». Die selektive Partizipation in der Schweiz, Masterarbeit Universität Bern 2014.

Dubey Jacques, art. 136 Cst., in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Constitution fédérale, Commentaire Romand, Basel 2021.

Eichhorn Jan/Bergh Johannes (Hrsg.), Lowering the Voting Age to 16: Learning from Real Experiences Worldwide, Palgrave Studien in Young People and Politics (2020), DOI: 10.1007/978-3-030-32541-1_1.

Frei Nula, Art. 29 UNO-BRK, in: Tarek Naguib et al. (Hrsg.), UNO-Behindertenrechtskonvention, Stämpflis Handkommentar (SHK), Bern 2023.

Grodecki Stéphane, Le corps électoral dans les cantons et les communes, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2020, S. 1783 ff.

Gut Robin, Herr Gut, sind 16-jährige bereit für das Stimmrecht? (Interview), in: Defacto 19.7.2024, abrufbar unter «https://www.defacto.expert/2024/07/19/herr-gut-sind-16-jaehrige-bereit-fuer-das-stimmrecht/», besucht am 7.1.2025.

Häfelin Ulrich/Haller Walter/Keller Helen/Thurnherr Daniela, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10. Auflage, Zürich 2020 (Häfelin et al.).

Hangartner Yvo/Kley Andreas/Braun Binder Nadija/Glaser Andreas, Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2023 (zit. Hangartner et al.; auch im Open Access verfügbar).

Hess-Klein Caroline, Rien sur nous sans nous : le lobby des personnes handicapées, in : LeGes 24 (2013), Heft 3, S. 603 ff.

Hess-Klein Caroline/Scheibler Eliane, Aktualisierter Schattenbericht, Bericht der Zivilgesellschaft anlässlich des ersten Staatenberichtsverfahrens vor dem UN-Ausschuss für die Rechte von Menschen mit Behinderungen, Bern 2022 (auch im Open Access verfügbar).

Horlacher Maj-Britt, Die politischen Rechte der Auslandschweizerinnen und Auslandschweizer, Diss., Zürich/Basel/Genf 2018.

Jungo Alexandra, Art. 363 ZGB, in: Geiser Thomas/Fountoulakis Christiana (Hrsg.), Zivilgesetzbuch I, Basler Kommentar (BSK), 7. Aufl., Basel 2022, S. 2226 ff.

Kley Andreas, Art. 136 BV, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2023.

Kölz Alfred, Quellenbuch zur neueren Schweizer Verfassungsgeschichte, Vom Ende der alten Eidgenossenschaft bis 1848, Bern 1992.

Kriesi Hanspeter, Das Abstimmungsverhalten der Schweizer Stimmbürgerinnen und Stimmbürger: Wie wirken Abstimmungskampagnen?, in: Béatrice Ziegler und Nicole Wälti (Hrsg), Wahl-Probleme der Demokratie, Zürich 2012, S. 39 ff.

Maranta Luca, Art. 449*c* ZGB, in: Thomas Geiser/Christiana Fountoulakis (Hrsg.), Zivilgesetzbuch I, Basler Kommentar (BSK), 7. Aufl., Basel 2022, S. 2916 ff.

Matthey Fanny/Burgat Sabrina, Egalité, in: Matthey Fanny/Dupont Anne-Sylvie/Défago Valérie (Hrsg.), Glossaire scientifique en l'honneur de Pascal Mahon, Basel 2023, S. 121 ff.

Müller Andreas/Schlegel Tobias, Passives Wahlrecht für aktive Ausländer, in: Glaser Andreas (Hrsg.), Politische Rechte für Ausländerinnen und Ausländer?, Zürich/Basel/Genf 2017, S. 31 ff.

Rüegger Vanessa, Demokratie – Politische Rechte für Ausländerinnen und Ausländer, in: Glaser Andreas (Hrsg.), Politische Rechte für Ausländerinnen und Ausländer?, Zürich/Basel/Genf 2017, S. 73 ff.

Schaub Lukas, Die Stimmpflicht als «Nudge»: Der Versuch einer regulatorischen (Neu-) Einordnung, ZBl 118 (2017), S. 583 ff.

Schefer Markus/Martin Céline/Hess-Klein Caroline, Leitfaden für eine behindertenrechtliche Gesetzgebung in den Kantonen, Bern 2022.

Schmahl Stefanie, Kinderrechtskonvention mit Zusatzprotokollen, Handkommentar (HK), 2. Auflage, Zürich/St. Gallen 2017.

Seferovic Goran, Kommentierung zu Art. 2 BPR, in: Glaser Andreas et al. (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über die politischen Rechte – Version: 3.4.2023: https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/bpr2, besucht am 5.4.2023.

Seferovic Goran, Kommentierung zu Art. 3 BPR, in: Glaser Andreas et al. (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über die politischen Rechte – Version: 3.4.2023: https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/bpr3, besucht am 6.5.2023.

Serdült Uwe, Partizipation als Norm und Artefakt in der schweizerischen Abstimmungsdemokratie. Entmystifizierung der durchschnittlichen Stimmbeteiligung anhand von Stimmregisterdaten aus der Stadt St. Gallen, in: Good Andrea/Platipodis Bettina (Hrsg.), Direkte Demokratie. Herausforderungen zwischen Politik und Recht. Festschrift für Andreas Auer zum 65. Geburtstag, Bern 2013, S. 41 ff.

Steinmann Gerold/Besson Michel, Art. 34 BV, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2023.

Studer Brigitte/Wyttenbach Judith, Frauenstimmrecht: Historische und rechtliche Entwicklungen 1848 – 1971, Zürich 2021.

Strijbis Oliver, Wenn AusländerInnen wählen und abstimmen dürften: Überlegungen anhand von aktuellen Umfragedaten, in: Glaser Andreas (Hrsg.), Politische Rechte für Ausländerinnen und Ausländer?, Zürich/Basel/Genf 2017, S. 57 ff.

Tanquerel Thierry, Art. 136 al. 1: droits politiques, in: Weerts Sophie et al. (Hrsg.), Révision imaginaire de la Constitution fédérale. Mélanges en hommage au prof. Luzius Mader, Basel 2018, S. 244 ff. (zit. Tanquerel, FS)

Tanquerel Thierry, Les fondements démocratique de la Constitution, in : Thürer Daniel/Aubert Jean-François/Müller Jörg-Paul (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, S. 301 ff.

Tobler Christa, Gleichstellung und politische Rechte: auf dem Weg zu einer integrativen Demokratie, ZSR 140 (2021) II, S. 277 ff.

Tschannen Pierre, Art. 34, 39 und 136 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Schweizerische Bundesverfassung, Basler Kommentar (BSK), Basel 2015, S. 701 ff., 793 ff., 2153 ff.

Tschannen Pierre, Perspektiven der schweizerischen Demokratie, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz. Droit constitutionnel suisse, Zürich 2020, Band

I Grundlagen Demokratie Föderalismus, S. 511 ff. (zit. Tschannen, Perspektiven).

Tschannen Pierre, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 5. Aufl., Bern 2021 (zit. Tschannen, Staatsrecht).

Verhellen Eugeen, Partizipationsrechte der Kinder und Jugendlichen, in: Gerber Jenni Regula/Hausammann Christina (Hrsg.), Die Rechte des Kindes, Das UNO-Übereinkommen und seine Auswirkungen auf die Schweiz, Basel/Genf/München 2001, S. 107 ff.

von Heydebrand Sibylle, Stimmrecht und kantonale Autonomie: Allgemeines und gleiches Stimmrecht am Beispiel der Nordwestschweizer Kantone, Diss., Basel 2019.

Weber Anina, Schweizerisches Wahlrecht und die Garantie der politischen Rechte, Diss., Zürich/Basel/Genf 2016.

Wenger David R., Das Ausländerstimmrecht in der Schweiz und im europäischen Ausland – ein kommentierter Vergleich, AJP 2004, S. 1186 ff.

Wyss Karl-Marc, Die vorläufige bundesrechtliche Umsetzung eidgenössischer Volksinitiativen auf dem Verordnungsweg, Diss., Zürich/St. Gallen 2020 (auch im Open Access verfügbar).

MATERIALIENVERZEICHNIS

Die Ausübung des Stimmrechts aus dem Ausland: Grundlagen, aktuelle Praxis und Handlungsoptionen, Bericht des Bundesrats vom 17.3.2023 in Erfüllung des Postulats 20.4348 Silberschmidt vom 30.11.2020, abrufbar unter https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20204348 (zit. Bericht Po. 20.4348).

Bericht der Staatspolitischen Kommission des Ständerates vom 24.10.2019 zur Parlamentarischen Initiative 19.400 Mehr Transparenz in der Politikfinanzierung, BBl 2019 7875 (zit. Bericht SPK-S zu Pa.Iv. 19.400).

Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20.11.1996, BBl 1997 I 1 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1997/1_1_1_1/de , besucht am 1.7.2023).
(zit.: Botschaft BV); enthält im Anschluss den Bundesbeschluss über eine nachgeführte Bundesverfassung, A Entwurf (S. 589-634; zit. VE-96).

Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht) vom 28.6.2006, BBl 2006 7001 ff., abrufbar unter BBl 2006 7001 - Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personen- und Kindesrecht) (admin.ch) (zit. Botschaft Erwachsenenschutz).

Bericht über das Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens vom 30.3.2023 zur Parlamentarischen Initiative (19.415) «Den jungen Menschen eine Stimme geben. Aktives Stimm- und Wahlrecht für 16-jährige als erster Schritt ins aktive politische Leben», abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/de/consultation-procedures/ended/2022#https://fedlex.data.admin.ch/eli/dl/proj/2022/59 (zit. Ergebnisbericht zur Pa.Iv. 19.415).

Bericht der Staatspolitischen Kommission vom 29.4.2022 zu den Parlamentarischen Initiativen «Mehr Demokratie wagen. Stimm- und Wahlrecht für Ausländerinnen und Ausländer» (21.405) und «Stimmrecht für alle in kommunalen Angelegenheiten nach fünf Jahren Wohnsitz in der Schweiz» (21.414), abrufbar unter https://www.parlament.ch//centers/kb/Documents/2021/Kommissionsbericht_SPK-N_21.414_2022-04-29.pdf (zit. Bericht SPK-N zu Pa.Iv. 21.405/21.414).

Erster Bericht der Schweizer Regierung über die Umsetzung des Übereinkommens über die Rechte der Menschen mit Behinderungen vom 29.6.2016, abrufbar unter https://www.edi.admin.ch/dam/edi/de/dokumente/gleichstellung/bericht/Initialstaatenbericht%20BRK.pdf.download.pdf/Initialstaatenbericht_BRK_v1.0.pdf (zit. Staatenbericht).

Explanatory memorandum by Mr Aligrudić, rapporteur, Parliamentary Assembly of the Council of Europe, Expansion of democracy by lowering the voting age to 16, Mars 2011, Doc. 12546 (zit. Rapport 12546).

Politische Teilhabe von Schweizerinnen und Schweizern mit einer geistigen Behinderung, Bericht des Bundesrates vom 25.10.2023 in Erfüllung des Postulats 21.3296 Carobbio vom 18.3.2021, abrufbar unter https://www.parlament.ch/centers/eparl/_layouts/15/DocIdRedir.aspx?ID=MAUWFQFXFMCR-2-54152 (zit. Bericht Po. 21.3296).

Stimmrechtsalter 16: Partizipation stärken und begleiten, Ein Positionspapier der Eidgenössischen Kommission für Kinder- und Jugendfragen EKKJ, Bern Mai 2020 abrufbar unter https://ekkj.admin.ch/fileadmin/user_upload/ekkj/

02pubblikationen/Positionspapier/d_2020_Positionspapier_EKKJ_Stimmrechtalter_16_.pdf (zit. EKKJ-Positionspapier).

United Nations, Committee on the Rights of Persons with Disabilities, Concluding observations on the initial report of Switzerland vom 13.4.2022, CRPD/C/CHE/CO/1.

Vorentwurf und erläuternder Bericht der Staatspolitischen Kommission des Nationalrats vom 1.9.2022 zur Parlamentarische Initiative (19.415) «Aktives Stimm- und Wahlrecht für 16-Jährige», abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/de/consultation-procedures/ended/2022#https://fedlex.data.admin.ch/eli/dl/proj/2022/59 (zit. Bericht SPK-N zur Pa.Iv. 19.415).

ACHTUNG: Diese Version des Kommentars ist eine automatische maschinelle Übersetzung des Originals. Die Originalversion ist französisch. Die Übersetzung wurde mit www.deepl.com durchgeführt. Nur die Originalversion ist autoritativ. Die übersetzte Form des Kommentars kann nicht zitiert werden.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 164 BV

Eine Kommentierung von Leo Tiberghien

ZITIERVORSCHLAG

Leo Tiberghien, Kommentierung zu Art. 164 BV, in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (Hrsg.), Onlinekommentar zur Bundesverfassung

Kurzzitat: OK-Tiberghien, Art. 164 BV N. XXX.

Art. 164 Gesetzgebung

[1] Alle wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen sind in der Form des Bundesgesetzes zu erlassen. Dazu gehören insbesondere die grundlegenden Bestimmungen über:

a. die Ausübung der politischen Rechte;

b. die Einschränkungen verfassungsmässiger Rechte;

c. die Rechte und Pflichten von Personen;

d. den Kreis der Abgabepflichtigen sowie den Gegenstand und die Bemessung von Abgaben;

e. die Aufgaben und die Leistungen des Bundes;

f. die Verpflichtungen der Kantone bei der Umsetzung und beim Vollzug des Bundesrechts;

g. die Organisation und das Verfahren der Bundesbehörden.

[2] Rechtsetzungsbefugnisse können durch Bundesgesetz übertragen werden, soweit dies nicht durch die Bundesverfassung ausgeschlossen wird.

GLIEDERUNG

I. Einleitung ... 1564
A. Entstehungsgeschichte ... 1564
B. Grundlagen ... 1566
C. Kontext ... 1566
1. Formelle Gesetzgebungskompetenz ... 1566
2. Allgemeiner und besonderer Vorbehalt des Gesetzes ... 1567
D. Aufbau ... 1568
II. Vorbehalt des Gesetzes (Abs. 1) ... 1568
A. Formvorschrift des Gesetzes (Abs. 1 1. Satz) ... 1568
1. Form des «Bundesgesetzes» ... 1568
2. «Wichtige Bestimmungen, die Rechtsnormen festlegen» ... 1569
B. Erfordernis der normativen Dichte des Gesetzes (Abs. 1 2. Satz i.i.) ... 1571
1. „Grundlegende Bestimmungen" ... 1571
2. «Insbesondere» ... 1574
3. Normative Dichte der anderen wichtigen Bestimmungen ... 1574
C. Katalog von Bereichen (Abs. 1 2. Satz i.f.) ... 1576
III. Gesetzgebungsdelegation (Abs. 2) ... 1579
A. Grundsatz der Gesetzgebungsdelegation ... 1579
1. Begriff ... 1579
2. Weitervergabe ... 1580
3. Adressaten ... 1581
B. Zulässigkeit der Gesetzgebungsdelegation ... 1585
1. Allgemeine Voraussetzungen ... 1585
2. «In einem Bundesgesetz vorgesehen» ... 1586
3. «Sofern die Verfassung dies nicht ausschliesst» ... 1586
4. Implizite Voraussetzungen ... 1587
C. Konflikt mit den ursprünglichen Zuständigkeiten des Bundesrats ... 1587
IV. Justiziabilität ... 1590
V. Schlussfolgerung ... 1591
Empfohlene weiterführende Lektüre ... 1593
Literaturverzeichnis ... 1594
Materialienverzeichnis ... 1601

I. EINLEITUNG

A. Entstehungsgeschichte

1 Art. 164 BV legt fest, wann eine Rechtsnorm die Form eines Gesetzes haben muss und wann sie hingegen die Form einer Verordnung annehmen kann. In dieser Hinsicht gab es in der **alten Verfassung** keine Entsprechung. Diese Bestimmung kodifiziert jedoch die im Laufe des 20. Jahrhunderts entwickelte Rechtsprechung des Bundesgerichts (BGer) zur Gesetzgebungsdelegation; darüber hinaus orientiert sie sich an Bestimmungen, die seit den 1980er-Jahren in zahlreichen Kantonsverfassungen enthalten sind. Die Verabschiedung von Art. 164 BV verlief jedoch turbulent. Seine endgültige Fassung ist das Ergebnis eines Prozesses, der von verschiedenen Kompromissen und Änderungen geprägt war. Aus diesem Grund ist der derzeitige Wortlaut von Art. 164 BV etwas unglücklich. Seine Entstehungsgeschichte erklärt zum Teil die Kontroversen, die seine Auslegung prägen.

2 Die von den Staatspolitischen Kommissionen beider Räte beauftragte **Expertenkommission** schlug zunächst vor, in der Verfassung eine Bestimmung zu verankern, die dem Gesetzgeber die Kompetenz zur Verabschiedung wichtiger Rechtsvorschriften vorbehält. Diese Bestimmung sah vor, dass «die Bundesversammlung die wichtigen Rechtsvorschriften erlässt, die in Form eines Bundesgesetzes zu erlassen sind». Die Expertenkommission schlug darüber hinaus vor, den Begriff der Wichtigkeit anhand einer Liste von Kriterien zu definieren, die sie jedoch in einem Gesetz kodifizieren wollte. Sie verzichtete zudem auf die Figur der Gesetzgebungsdelegation. Diese wurde als überflüssig erachtet, da die Kompetenzverteilung streng konzipiert war: Der Erlass wichtiger Vorschriften oblag dem Gesetzgeber, alle anderen Rechtsvorschriften dem Bundesrat.

3 Der **Bundesrat** wich vom Vorschlag der Expertenkommission ab. Der Entwurf von 1996 (E-1996) verzichtete somit auf den heutigen Art. 164 Abs. 1. Anstatt einen Kompetenzvorbehalt zugunsten des Gesetzgebers beizubehalten, beschränkte sich der E-1996 darauf, die Frage der Gesetzgebungsdelegation zu regeln. Diese Bestimmung übernahm jedoch lediglich die in der Rechtsprechung und Lehre entwickelten Grundsätze. Art. 154 Abs. 2 P-1996 sah somit vor, dass «ein dem Referendum unterstelltes

Bundesgesetz oder ein Bundesbeschluss von allgemeiner Tragweite eine Delegation der Kompetenz zum Erlass von Rechtsnormen vorsehen kann, sofern die Verfassung dies nicht ausschliesst. Die Delegationsnorm muss in groben Zügen den Inhalt dieser Vorschriften festlegen.» Art. 154 Abs. 1 E-1996 beschränkte sich hingegen auf die Feststellung, dass «die Bundesversammlung die Bundesgesetze und die allgemeinen Bundesbeschlüsse erlässt», was im aktuellen Art. 163 BV enthalten ist.

Die **Kommissionen für politische Institutionen** (KPI) griffen jedoch den Vorschlag der Expertenkommission wieder auf, mit zwei Unterschieden. Erstens wollten sie den Begriff der Bedeutung nicht mehr anhand einer Liste von Kriterien, sondern anhand besonders sensibler Bereiche definieren. Die vorgeschlagene Bestimmung präzisierte dann, dass die «grundlegenden Bestimmungen» dieser verschiedenen Bereiche immer wichtig seien. Zweitens verzichtete der Bericht der PIK auf die strikte Trennung der Gesetzgebungskompetenzen. Er behielt die Kompetenz der Bundesversammlung bei, Rechtsvorschriften von geringerer Bedeutung zu erlassen. Der Gesetzgeber hatte somit die Aufgabe, analog zu den Vorschriften über die Gesetzgebungsdelegation zu bestimmen, welche Vorschriften vom Bundesrat erlassen werden sollten. 4

Trotz der wiederholten Vorbehalte des Bundesrats nahmen die **Verfassungskommissionen** und die **Kammern des Parlaments** die Fassung der PIK hinsichtlich des Gesetzesvorbehalts, des Kriteriums der Bedeutung und der Liste der Bereiche ohne grosse Diskussion an. Diese Elemente entsprechen dem aktuellen Art. 164 Abs. 1 BV. Der zweite Absatz hingegen löste heftige Kontroversen aus. Beide Räte einigten sich grundsätzlich auf eine Bestimmung, die die Gesetzgebungsdelegation wieder einführt. Zusätzlich zum ersten Satz, wonach «ein Bundesgesetz die Delegation der Kompetenz zum Erlass von Rechtsnormen vorsehen kann, sofern die Verfassung dies nicht ausschliesst », wollte der Nationalrat den zweiten Satz des Entwurfs 1996 beibehalten, der vorsah, dass « [d]ie Delegationsnorm den Inhalt dieser Vorschriften in groben Zügen festlegen muss ». Der Ständerat hielt einen solchen Zusatz angesichts des ersten Absatzes für überflüssig: Die «grundlegenden Bestimmungen» der genannten Bereiche deckten bereits die «Grundzüge» der entsprechenden Vorschriften ab. Die Meinungsverschiedenheit bestand bis zur Einigungskonferenz fort, in der sich die Version des Ständerats durchsetzte. 5

B. Grundlagen

6 Die Entscheidung, die Verabschiedung wichtiger Rechtsvorschriften dem Gesetzgeber vorzubehalten, beruht auf drei Grundlagen. Art. 164 BV schützt zunächst die **Demokratie (sowohl die repräsentative als auch die direkte)**, indem er sicherstellt, dass wichtige politische und soziale Entscheidungen vom repräsentativsten Organ getroffen und einem obligatorischen oder fakultativen Volksreferendum unterzogen werden. Art. 164 BV trägt ferner zur Einführung und Einhaltung des Grundsatzes der **Gewaltenteilung** bei, indem es (einen Teil) der Gesetzgebungskompetenz dem Gesetzgeber unter Ausschluss aller anderen Organe vorbehält. Schließlich konkretisiert diese Bestimmung den Grundsatz der **Rechtsstaatlichkeit**, indem sie dessen Ausprägungen wie die Grundsätze der Gleichheit und der Vorhersehbarkeit staatlichen Handelns garantiert.

C. Kontext

1. Formelle Gesetzgebungskompetenz

7 Art. 164 BV ist Teil eines umfassenderen verfassungsrechtlichen Rahmens, der die Zuständigkeiten der Bundesversammlung regelt. Während Art. 163 BV die Handlungsmöglichkeiten der Bundesversammlung definiert, überträgt Art. 164 BV ihr die **formelle Gesetzgebungskompetenz**. Art. 164 BV überträgt jedoch keine Zuständigkeit an den Bund, sondern beschränkt sich darauf, die Gesetzgebungskompetenz auf verschiedene Bundesbehörden aufzuteilen, wenn diese Kompetenz aus einer Verfassungsbestimmung hervorgeht (vgl. Art. 3 BV). Art. 164 Abs. 1 BV legt unter Verweis auf Art. 163 und Art. 141 Abs. 1 Bst a und b BV fest, welche Rechtsnormen von der Bundesversammlung zu erlassen und dem obligatorischen oder fakultativen Referendum zu unterstellen sind. Deshalb betrifft Art. 164 BV in Wirklichkeit die Zuständigkeit der Bundesversammlung und des Volkes, auch wenn er im Abschnitt der Verfassung über die Zuständigkeiten der Bundesversammlung steht.

8 Art. 164 BV ist in Verbindung mit Art. 182 BV zu lesen, der die **Gesetzgebungskompetenz des Bundesrates** regelt. Gemäss diesem Artikel «erlässt der Bundesrat in den Bereichen, die ihm durch die Bundesverfassung oder das Gesetz zugewiesen sind, Rechtsvorschriften in Form von Verordnungen» (Abs. 1) und «für die Durchführung der Gesetzgebung, der

Beschlüsse der Bundesversammlung und der Urteile der eidgenössischen Gerichte» (Abs. 2). Aus der kombinierten Auslegung von Art. 164 und 182 BV lassen sich drei normative Ebenen unterscheiden: Rechtsvorschriften, deren Delegation verboten ist, solche, deren Delegation zulässig ist, und solche, deren Delegation überflüssig ist. Diese Dreiteilung basiert auf zwei Kriterien, deren Konturen unbestimmt bleiben: Die Unterscheidung zwischen verbotener und zulässiger Delegation erfolgt nach der Bedeutung der Rechtsnorm vorgenommen; die Unterscheidung zwischen zulässiger und überflüssiger Übertragung entspricht derjenigen zwischen primären Rechtsnormen und Ausführungsbestimmungen.

Der Bundesrat verfügt gemäss Art. 184 Abs. 3 und Art. 185 Abs. 3 BV auch dann über Gesetzgebungskompetenz, wenn es die Wahrung der Landesinteressen erfordert oder um bestehende oder drohende Störungen, die die öffentliche Ordnung, die äussere oder innere Sicherheit ernstlich gefährden, abzuwehren (*siehe unten* N. 50). Schliesslich beauftragen die Übergangsbestimmungen bestimmter Volksinitiativen den Bundesrat, anstelle des Gesetzgebers auf Verordnungsstufe zu erlassen, wenn dieser die Initiative nicht innerhalb einer bestimmten Frist umgesetzt hat (z. B. Art. 197 Ziff. 9 Abs. 1 und Ziff. 11 Abs. 2 BV; *infra* N. 51). 9

2. Allgemeiner und besonderer Vorbehalt des Gesetzes

Mit der Forderung, dass alle wichtigen Rechtsvorschriften in einem Gesetz enthalten sein müssen, stellt Art. 164 Abs. 1 BV einen **allgemeinen Vorbehalt** des Gesetzes dar. Im Gegensatz dazu kennt die Verfassung verschiedene **spezielle** oder **sektoriellen** Vorbehalte, d. h. Bestimmungen, die punktuell für ein bestimmtes Thema oder eine bestimmte Art von Rechtsvorschriften die Form des Gesetzes vorschreiben. In ihrem jeweiligen Anwendungsbereich stehen diese sektoriellen Vorbehalte in einem Spezialitätsverhältnis zu Art. 164 Abs. 1 BV, da sie eine eigenständige und strengere Formvorschrift vorsehen. Dies gilt für schwerwiegende Einschränkungen der Grundrechte (Art. 36 Abs. 1 2. Satz BV), für Einschränkungen bestimmter spezifischer Grundrechte (Art. 28 Abs. 4, 29*a* Abs. 2, Art. 30 Abs. 2 und 3 Abs. 2 sowie Art. 31 Abs. 1 BV) oder der allgemeinen Grundsätze des Steuersystems (Art. 127 Abs. 1 BV). Darüber hinaus beschränken sich bestimmte Verfassungsbestimmungen darauf, für die Regelung bestimmter Bereiche oder Fragen auf das Gesetz zu verweisen (z. B. Art. 58 Abs. 2 Satz 2, 59 Abs. 1 Satz 1, 144 Abs. 3, 162 Abs. 2, 10

153, 178 Abs. 3 und 188 Abs. 2 BV). Diese gehen nicht über das hinaus, was Art. 164 Abs. 1 BV verlangt, nämlich dass die wesentlichen Rechtsnormen in Form eines Gesetzes erlassen werden müssen. Es handelt sich also weniger um ein Spezialitätsverhältnis als um einen Verweis auf Art. 164 Abs. 1 BV.

D. Aufbau

11 Art. 164 umfasst zwei Absätze: Der erste betrifft den **Gesetzesvorbehalt**, der zweite die **Gesetzesdelegation**. Der erste Absatz besteht wiederum aus zwei Sätzen. Der erste Satz schreibt vor, dass «die wesentlichen Bestimmungen, die Rechtsnormen festlegen, in einem Gesetz enthalten sein müssen». Der zweite Satz enthält eine Liste von Bereichen, deren «grundlegende Bestimmungen» «insbesondere» zur Kategorie der wesentlichen Bestimmungen gehören. Der Wortlaut dieses Absatzes ist unglücklich gewählt, und die Gliederung der beiden Sätze ist umstritten. Nach der von uns vertretenen Minderheitsposition sind die Anforderungen, die die beiden Sätze von Art. 164 Abs. 1 stellen, unterschiedlicher Natur. Der erste Satz verankert eine Formvorschrift, der zweite eine inhaltliche Anforderung, nämlich die normative Dichte. Die Formvorschrift hängt von der Bedeutung der Bestimmung ab, die sich nach ihren Auswirkungen richtet. Die inhaltliche Anforderung beruht auf dem grundlegenden Charakter einer Bestimmung, der sich auf den Grad der Präzision des Gesetzes bezieht. Mit anderen Worten: Gemäss dem ersten Satz muss jede wichtige Rechtsnorm die Form eines Gesetzes haben; gemäss dem zweiten Satz sind die grundlegenden Bestimmungen eines Gesetzes immer wichtig, da sie dessen minimale normative Dichte ausmachen.

II. VORBEHALT DES GESETZES (ABS. 1)

A. Formvorschrift des Gesetzes (Abs. 1 1. Satz)

1. Form des «Bundesgesetzes»

12 Art. 164 Abs. 1 BV schreibt für bestimmte Bestimmungen (diejenigen, die wichtige Rechtsnormen festlegen) eine bestimmte Form vor (die des Bundesgesetzes). So konkretisiert Art. 164 Abs. 1 BV den Grundsatz der Gesetzmässigkeit (Art. 5 Abs. 1 BV). (d. h. diejenigen, die wichtige Rechtsvorschriften festlegen). Somit konkretisiert Art. 164 Abs. 1 BV den

Grundsatz der Gesetzmässigkeit (Art. 5 Abs. 1 BV) und verstärkt ihn, da er für bestimmte Erlasse nicht nur eine gesetzliche Grundlage, sondern eine qualifizierte gesetzliche Grundlage verlangt. Diese Bestimmung verweist auf Art. 163 Abs. 1 und Art. 141 Abs. 1 Bst. a und b BV und legt einen Vorbehalt zugunsten des **Gesetzes im formellen Sinne** fest, d. h. eines von der Bundesversammlung mit obligatorischer oder fakultativer Beteiligung des Volkes verabschiedeten Erlasses. Vorbehalten bleiben jedoch dringliche Gesetze, die gemäss Art. 165 BV (vorübergehend) ohne Referendum erlassen werden. Zu beachten ist auch, dass Art. 164 Abs. 1 BV nicht ausschliesst, dass wichtige Rechtsvorschriften in der Verfassung oder in internationalen Verträgen enthalten sind, deren demokratische Legitimität derjenigen von Bundesgesetzen entspricht (für erstere: Art. 139, 194 und 195 BV; für Letztere: Art. 140 Abs. 1 Bst. b, 141 Abs. 1 Bst. d und Abs. 2 sowie 166 Abs. 2 BV) oder sogar in einer eigenständigen Verordnung enthalten sein können (*siehe unten* N. 50 ff.). Gesetzesentwürfe, die unter Art. 164 Abs. 1 BV fallen, müssen zudem gemäss Art. 3 Abs. 1 Bst. b LCo einem Vernehmlassungsverfahren unterzogen werden. Das Vernehmlassungsverfahren ermöglicht es, die Kantone, die politischen Parteien und die interessierten Kreise in die Ausarbeitung dieser Entwürfe einzubeziehen.

Art. 164 Abs. 1 BV schreibt zwar vor, dass wichtige Bestimmungen, die Rechtsnormen festlegen, in Form eines Gesetzes zu erlassen sind, beschränkt jedoch den Inhalt des Gesetzes nicht auf diese Bestimmungen. Art. 164 Abs. 1 BV enthält keine Definition des Inhalts des Gesetzes; mit anderen Worten: Die Verfassung kennt keine «**Verordnungsvorbehalt**». Das Gesetz kann nämlich auch Bestimmungen von geringerer Bedeutung enthalten, darunter Durchführungsbestimmungen oder sogar einzelne und/oder konkrete Bestimmungen. Die Kompetenz zum Erlass von Ausführungsbestimmungen liegt in erster Linie beim Bundesrat (Art. 182 Abs. 2 BV), wird jedoch mit dem Gesetzgeber geteilt. 13

2. «Wichtige Bestimmungen, die Rechtsnormen festlegen»

Art. 164 Abs. 1 BV beschränkt den Vorbehalt des Gesetzes auf «wesentliche Bestimmungen, die Rechtsnormen festlegen». Die betreffenden Bestimmungen sind zunächst auf diejenigen beschränkt, die eine bestimmte normative Struktur aufweisen, d. h. diejenigen, die **Rechtsregeln** festlegen. Dieser Begriff bezieht sich auf Art. 163 Abs. 1 BV und Art. 22 Abs. 4 ParlG und 14

bezeichnet «allgemeine und abstrakte Bestimmungen mit unmittelbarer Geltung, die Pflichten begründen, Rechte verleihen oder Zuständigkeiten zuweisen». Ausführungsbestimmungen gemäss Art. 182 Abs. 1 und 2 BV sowie einzelne und konkrete Entscheide sind somit vom Geltungsbereich des Gesetzesvorbehalts ausgenommen, selbst wenn sie von Bedeutung sind.

15 Art. 164 Abs. 1 BV beschränkt den Gesetzesvorbehalt zudem auf **wesentliche** Bestimmungen. Dieses materielle Kriterium ist der Prüfstein von Art. 164 Abs. 1 BV, da es zwischen Rechtsnormen, die der Form des Gesetzes bedürfen, und solchen, die dieser Anforderung nicht unterliegen, unterscheidet. Aus diesem Grund spricht die Lehre vom Begriff der «materiellen Definition des Gesetzesvorbehalts» oder, häufiger im Deutschen, vom „*materieller Gesetzesvorbehalt*". Die Verfassung enthält jedoch keine Definition des Begriffs der Bedeutung, sodass auf eine Reihe von Kriterien oder Indizien (oder Abstufungen) zurückgegriffen werden muss, die von der Rechtsprechung und der Lehre entwickelt wurden. Die Bedeutung einer Bestimmung bemisst sich somit (1) nach dem Kreis der betroffenen Personen oder Situationen; (2) an der Intensität ihrer Auswirkungen auf die Rechtsstellung der Adressaten; (3) an ihren finanziellen Auswirkungen für Privatpersonen oder den Staat; (4) an ihren Auswirkungen auf die politische Willensbildung oder die Organisation der Bundesbehörden; (5) an der politischen Kontroversität der Fragen, die sie zu regeln beabsichtigt; (6) an ihrer Neuartigkeit und ihrer Abweichung von den bisher anerkannten Grundsätzen; (7) am Ausmaß der politischen Kontroverse, die sie auslöst.

16 Die verschiedenen Indizien beziehen sich in erster Linie auf die **Folgen** der Rechtsnorm: Diese Folgen können wiederum aufgrund ihrer quantitativen Tragweite bedeutend sein, da sie für einen großen Kreis von Adressaten und Situationen gelten, oder aufgrund ihrer qualitativen Tragweite, da sie die Adressaten mit einer gewissen Intensität betreffen. Diese Indizien müssen nicht kumulativ erfüllt sein; eine Norm kann bereits im Hinblick auf ein einziges Element bedeutend sein. Die Bedeutung einer Bestimmung kann nicht abstrakt bestimmt werden, sondern nur in Bezug auf den Regelungsgegenstand und -zweck. Die Beurteilung der Bedeutung einer Bestimmung hängt immer von den konkreten Umständen und einer Gesamtbewertung ab, die sich nur schwer schematisieren lässt. Sie lässt daher einen erheblichen Ermessensspielraum zugunsten des Gesetzgebers.

Die Auslegung des Begriffs der Bedeutung muss sich an den **Grundlagen** von Art. 164 BV, nämlich den Garantien der Rechtsstaatlichkeit, der Demokratie und der Gewaltenteilung, geleitet werden. Die Lehre vertritt zudem die Auffassung, dass diese Grundlagen mit anderen, manchmal divergierenden Erfordernissen des öffentlichen Interesses in Einklang gebracht oder sogar abgewogen werden müssen: Effizienz, Schnelligkeit oder Flexibilität des öffentlichen Handelns, insbesondere bei Vorschriften technischer Art. Es ginge also darum, **praktische Erwägungen** zu berücksichtigen. Unserer Meinung nach sollte diese Aussage jedoch angesichts des Wortlauts und des Geistes von Art. 164 BV nur mit Zurückhaltung akzeptiert werden. Zwar räumt die Rechtsprechung ein, dass das erwartete Maß an normativer Dichte auf das Maß der Anforderungen der rechtlichen und praktischen Realität reduziert ist. Diese Überlegungen beziehen sich jedoch auf die normative Dichte, d. h. auf den Grad der Präzision der Formulierung einer Bestimmung, und sagen als solche nichts über die Bedeutung einer Rechtsnorm aus. Darüber hinaus nimmt der technische Charakter einer Rechtsnorm ihr nicht unbedingt ihre möglichen politischen und ethischen Dimensionen. Der *ratio legis* von Art. 164 Abs. 1 BV besteht gerade darin, sicherzustellen, dass eine wichtige Rechtsnorm in einem Gesetz im formellen Sinne enthalten ist, auch wenn Opportunitätsüberlegungen für ihre Delegation sprechen würden. Es kann nicht hingenommen werden, dass der Vorbehalt des Gesetzes nur dann Anwendung findet, wenn das Gesetz das geeignete Instrument zu sein scheint – andernfalls wäre der Vorbehalt des Gesetzes weitgehend wirkungslos. 17

B. Erfordernis der normativen Dichte des Gesetzes (Abs. 1 2. Satz *i.i.*)

1. „Grundlegende Bestimmungen"

Der zweite Satz des ersten Absatzes enthält eine Liste von Bereichen, deren „grundlegende Bestimmungen" „insbesondere zu [der Kategorie der wichtigen Bestimmungen]" gehören. Die Verbindung der Adjektive „wichtig" (Abs. 1 Satz 1) und „grundlegend" (Abs. 1 Satz 2) wirft Auslegungsschwierigkeiten auf. Nach überwiegender Auffassung sind sie synonym. Der Unterschied habe ästhetische Gründe. Der Ausdruck „insbesondere" beziehe sich somit auf die Liste der Bereiche und deute auf deren Nichterschöpflichkeit hin. Wir schließen uns der Minderheitsauffassung an, die insbesondere von Dubey vertreten wird, wonach das Attribut „grundlegend" nicht als Synonym für 18

„wichtig" zu verstehen sei, sondern eher als Verweis auf die „Grundzüge" der betreffenden Bereiche. Art. 164 Abs. 1 2. Satz BV verankert in diesem Zusammenhang eine inhaltliche Anforderung, nämlich **eine minimale normative Dichte**. Aus Art. 164 Abs. 1 2. Satz BV , dass das Gesetz, wenn es sich mit einem der genannten Bereiche befasst, die Grundzüge oder Grundlagen der Regelung festlegen muss – d. h. seinen Zweck, seinen Gegenstand, seinen Umfang und seine wichtigsten Grundsätze. Mit anderen Worten: Während die Bedeutung die Fragen definiert – so präzise sie auch sein mögen –, die durch das Gesetz im formellen Sinne geregelt werden müssen (*was*), dient das Adjektiv «grundlegend» dazu, die Genauigkeit zu bestimmen, mit der das Gesetz die verschiedenen Bereiche des sozialen Lebens regeln muss, wenn sich das Recht damit befasst (*wie*).

19 Diese Auslegung ergibt sich zunächst aus dem **Wortlaut** und der **Syntax** von Art. 164 Abs. 1 BV, sowohl hinsichtlich der verwendeten Begriffe als auch hinsichtlich der grammatikalischen Position des Ausdrucks «insbesondere ". Im ursprünglichen Sinne ist das grundlegend, was als Grundlage für etwas dient. In einem normativen Kontext bezeichnet dieser Begriff das, worauf jede Rechtsnorm beruht, d. h. im Schweizer Recht ein Gesetz im formellen Sinne, das die Grundzüge festlegt. Die **Vorarbeiten** zu Art. 164 Abs. 1 BV stützen diese Auslegung. Die CIP, die den Begriff «grundlegend» als erste einführten, bekräftigten in diesem Zusammenhang, dass «fünf Schlüsselbereiche ausgewählt wurden, deren Grundzüge in Form von Bundesgesetzen festgelegt werden müssen» und dass die Definition dieser «Grundprinzipien» «weitgehend in Anlehnung an die aktuellen Delegationsregeln festgelegt werden kann ». Auch wenn sie der Ansicht waren, auf das Instrument der Gesetzgebungsdelegation verzichten zu können (*siehe oben* N. 4), behielten die CIP die Anforderungen hinsichtlich der Rechtsgrundlage und der normativen Dichte bei. Als das Instrument der Gesetzgebungsdelegation ausdrücklich wieder eingeführt wurde, verzichteten die Verfassungskommissionen und später die Räte auf den zweiten Satz von Art. 164 Abs. 2 BV, da sie der Ansicht waren, dass dieser bereits durch den ersten Absatz abgedeckt sei: Sie hielten es für überflüssig, zu präzisieren, dass das Gesetz die «Grundzüge» der Delegation beschreiben müsse, da es bereits die «grundlegenden Bestimmungen» enthalten sollte. Die ungeschickte Formulierung lässt sich durch diesen historischen Hintergrund erklären: Die Expertenkommission wollte ganz auf die Gesetzgebungsdelegation verzichten und stattdessen das Kriterium der Bedeutung anwenden; die CIP behielten

diese Fassung bei, fügten jedoch parallel zum Kriterium der Bedeutung die Anforderungen an die Gesetzgebungsdelegation durch die Anforderung der grundlegenden Bestimmungen hinzufügte. Die Bundesversammlung fügte einen zweiten Absatz hinzu, der die Gesetzgebungsdelegation ausdrücklich wieder einführte, ohne jedoch den ersten Absatz des Entwurfs der CIP zu ändern, der implizit die Bedingungen dafür enthielt. Daraus folgt, dass Art. 164 Abs. 1 2. Satz BV dogmatisch weniger mit dem ersten Satz des ersten Abs. (Kriterium der Bedeutung) als mit dem zweiten Abs. (Gesetzesdelegation) verbunden ist.

Im Übrigen haben die Kommissionen bewusst die Begriffe «bedeutend» und 20
«grundlegend» beibehalten. Die CN-Kommission lehnte einstimmig einen Antrag ab, nur den ersten Begriff beizubehalten, da sie keine Unterscheidung zwischen beiden treffen konnte: Sie war vielmehr der Ansicht, dass sich «grundlegend» auf die Grundlage («*die Grundlage*») beziehe, auf der der Bundesrat Verordnungen zu erlassen habe. Diese Dialektik zwischen Gesetz und Verordnung und die damit verbundenen Anforderungen an die normative Dichte gehen aus den Beratungen in den Verfassungskommissionen und im Plenum hervor. Davon zeugen auch die zahlreichen parlamentarischen Verweise auf die Verwandtschaft zwischen dem Attribut «*grundlegend*» im aktuellen Art. 164 Abs. 1 BV und dem Begriff «*Grundlage*» in Art. 170 Abs. 1 der deutschen Fassung des Entwurfs der CIP. Letzterer sah vor, dass der Bundesrat Verordnungen «auf der Grundlage und im Rahmen [...] von Gesetzen» («*auf der Grundlage und im Rahmen von [...] Gesetzen*») erlässt .

Schliesslich entspricht dies auch der Bedeutung, die der Begriff «grundlegend» 21
in der **Rechtsprechung** des Bundesgerichts zu kantonalen Gesetzgebungsdelegationen hat, die Art. 164 Abs. 1 übrigens kodifizieren sollte. Ebenso bestätigt das Bundesgericht in seiner Rechtsprechung zu Art. 127 Abs. 1 BV, der einen punktuellen Gesetzesvorbehalt in Steuerangelegenheiten festschreibt, dass die Anforderung, wonach das Gesetz die grundlegenden Bestimmungen über die Erhebung einer Abgabe enthalten muss, eine Anforderung an die normative Dichte darstellt. Schliesslich leitet es aus der Zugehörigkeit einer Rechtsnorm zu einem der Buchstaben a–g von Art. 164 Abs. 1 BV ab, dass ihre Delegation weiterhin möglich ist, , dass die Klausel, auf der diese Übertragung beruht, «genügend präzise sein muss, um die Grundzüge der delegierten Regelung, d. h. den Zweck, den Gegenstand

und den Umfang der übertragenen Befugnisse, zu umschreiben». Genau darin liegt der Kern der Anforderung der normativen Dichte.

2. «Insbesondere»

22 Art. 164 Abs. 1 2. Satz BV verlangt, dass jeder Rechtsakt direkt oder indirekt auf einer formellen Rechtsgrundlage beruht, die seine Grundzüge festlegt. Nach dieser Auslegung bilden die grundlegenden Bestimmungen somit eine **Untergruppe** der wichtigen Bestimmungen, was es rechtfertigt, den Ausdruck «insbesondere» mit der Verbindung der beiden Sätze von Art. 164 Abs. 1 BV: Wichtig sind *insbesondere* die grundlegenden Bestimmungen. In diesem Sinne hat der Ausdruck «insbesondere» eine quantitative Dimension. Er hat aber auch eine qualitative Dimension: Die grundlegenden Bestimmungen sind *besonders* wichtig. Aus diesen Überlegungen folgt, dass die grundlegenden Bestimmungen immer wichtig sind, ohne dass das Umgekehrte gilt: Nicht jede wichtige Bestimmung ist grundlegend. Die Bedeutung einer Bestimmung bemisst sich nämlich sowohl nach ihrem Umfang und ihrer Allgemeingültigkeit als auch nach der konkreten Intensität ihrer Auswirkungen. Eine Regel kann daher wichtig sein, ohne zu den Grundzügen eines bestimmten Bereichs zu gehören, indem sie präzise, detailliert, individualisiert, kostspielig, neuartig und/oder umstritten ist. Dies gilt beispielsweise für eine schwerwiegende Beeinträchtigung der Grundrechte einer begrenzten Personengruppe, wie die Verpflichtung zur Bildung von Reserven für bestimmte Unternehmen, die lebenswichtige Güter herstellen (Art. 11 LAP), die Einführung einer gezielten Ausnahme von einer allgemeinen Regel, wie der Ausschluss bestimmter Unternehmen vom Arbeitsgesetz (Art. 2 ArG), die Einführung einer Härtefallklausel, wie die finanzielle Unterstützung aufgrund der COVID-19-Epidemie (Art. 12 COVID-19-Gesetz), oder spezifische Bedingungen für den Zugang zu einer Leistung, wie die Auskunftspflichten bei Subventionsgesuchen (Art. 15c SuG).

3. Normative Dichte der anderen wichtigen Bestimmungen

23 Art. 164 Abs. 1 Satz 2 BV verankert somit ein Erfordernis der normativen Dichte, wonach das Gesetz die grundlegenden Bestimmungen verschiedener Bereiche enthalten muss, da diese besonders wichtig sind. Damit konkretisiert und verstärkt Art. 164 Abs. 1 2. Satz BV die **Anforderung einer allgemeinen normativen Dichte** des Gesetzes, die sich bereits aus Art. 164 Abs. 1 BV und, allgemeiner, aus Art. 5 Abs. 1 BV abgeleitet werden. Das Erfordernis der

normativen Dichte ist nämlich die logische Folge des Gesetzesvorbehalts. Jede wichtige gesetzliche Bestimmung, auch wenn sie nicht grundlegend ist, muss ein ausreichendes Mass an normativer Dichte aufweisen. Andernfalls hätte der Vorbehalt des Gesetzes keine normative Bedeutung: Der Gesetzgeber könnte eine Bestimmung erlassen, die den anderen Behörden materiell einen Freibrief erteilt. Das Gesetz muss also nicht nur die Grundzüge der in Art. 164 Abs. 1 2. Satz BV genannten Bereiche enthalten, sondern seine wichtigen Bestimmungen müssen darüber hinaus stets eine ausreichende normative Dichte aufweisen.

Um die erwartete normative Dichte des Gesetzes zu bestimmen, ist auf die in 24
der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zurückzugreifen. Die normative Dichte einer Norm bezeichnet den Grad der **Präzision, Klarheit und Bestimmtheit** ihrer Formulierung. Das Gesetz muss daher so präzise formuliert sein, dass die Bürger ihr Verhalten anpassen und die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem den Umständen angemessenen Mass an Sicherheit vorhersehen können. Der erwartete Grad an Präzision lässt sich jedoch nicht abstrakt bestimmen. Die Rechtsprechung stellt daher fest, dass der Gesetzgeber nicht vollständig auf die Verwendung unbestimmter Begriffe verzichten kann, deren Tragweite nicht genau definiert ist; dies kann durch die Vielfalt der zu regelnden Sachverhalte, durch die Notwendigkeit, Entscheidungen treffen zu können, die ausreichend an den Einzelfall angepasst sind, oder durch die Anpassung der Vorschriften an einen sich ständig verändernden Kontext gerechtfertigt sein. Der erwartete Grad an Präzision variiert darüber hinaus je nach der Vielzahl der zu regelnden Situationen, der Komplexität oder Vorhersehbarkeit der im Einzelfall zu treffenden Entscheidung, den Adressaten der Norm oder auch der Schwere der Verletzung der Verfassungsrechte. Er hängt auch von der objektiven Beurteilung ab, die in einem konkreten Anwendungsfall vorgenommen werden kann. In hochtechnischen oder komplexen Bereichen ist eine geringere Normendichte akzeptabel. Die Rechtsvorschriften im Bereich der Leistungserbringung unterliegen weniger strengen Anforderungen an die normative Dichte als im Bereich der restriktiven Verwaltung. Bei polizeilichen Massnahmen, die gegen schwer vorhersehbare Bedrohungen ergriffen werden und an die konkreten Umstände jedes Einzelfalls angepasst werden müssen, sind Lockerungen in der Präzision der Rechtsgrundlage unvermeidlich. Schließlich kann eine geringere normative Dichte durch eine Verstärkung der

Verfahrensgarantien oder sogar durch eine verstärkte Verhältnismäßigkeitskontrolle ausgeglichen werden.

C. Katalog von Bereichen (Abs. 1 2. Satz *i.f.*)

25 Art. 164 Abs. 1 2. Satz *i.f.* BV enthält eine Liste von Bereichen, deren grundlegende Bestimmungen immer wichtig sind. Die Lehre steht dem Prinzip einer solchen Liste kritisch gegenüber, da sie ihr Ziel verfehlen würde. Die (Nicht-)Zugehörigkeit zu einem der Bereiche sagt als solche nichts über die Bedeutung oder den grundlegenden Charakter einer Rechtsnorm aus. Einerseits enthalten diese Bereiche sicherlich auch unwichtige Vorschriften. Andererseits ist es zweifelhaft, dass die grundlegenden Bestimmungen anderer Bereiche weniger wichtig sind. Dennoch ist diese Liste nicht uninteressant, sofern man sie im Zusammenhang mit der Funktion von Art. 164 Abs. 1 BV betrachtet. So dient die Liste insbesondere dazu, die parlamentarischen Debatten zu lenken und die Voraussetzungen für eine rationale und transparente Diskussion über die Zuständigkeiten der Bundesbehörden sowohl in der Bundesversammlung als auch in der öffentlichen Debatte zu schaffen. Diese Liste fungiert als Schutzmassnahme und erinnert den Gesetzgeber an sensible Bereiche, in denen erhöhte Aufmerksamkeit geboten ist. Die Liste der Bereiche erfüllt diese Funktion somit jedes Mal, wenn in den parlamentarischen Debatten auf die verschiedenen Buchstaben von Art. 164 Abs. 1 2.

26 Was die betroffenen Bereiche betrifft, so umfasst die Liste diejenigen Bereiche, in denen das Bundesgericht Verordnungen wegen unzureichender Rechtsgrundlage für ungültig erklärt hat. Die Liste ist nicht abschliessend, auch wenn sie bereits mehr oder weniger die gesamte staatliche Tätigkeit abdeckt. Die verschiedenen Bereiche überschneiden sich häufig. Ausserdem variiert die erforderliche normative Dichte von Bereich zu Bereich. Art. 164 Abs. 1 2. Satz *i.f.* BV nennt die **folgenden Bereiche**.

27 *Die Ausübung der politischen Rechte (Bst. a).* Die politischen Rechte bestehen in den Formen der **Beteiligung der Bürgerinnen und Bürger** an der Willensbildung und Willensäusserung (Art. 34 BV). Diese Rechte sind in der Verfassung selbst definiert, müssen aber konkretisiert werden. Die politischen Rechte können nämlich nur innerhalb eines materiellen, verfahrensrechtlichen und institutionellen Rahmens ausgeübt werden, wie beispielsweise die Bestimmungen, die den Wahlkreis, das Wahlverfahren für

die Nationalratswahlen, den politischen Wohnsitz oder die elektronische Stimmabgabe regeln.

Die Einschränkung der Verfassungsrechte (Buchstabe b). Der Begriff der **Verfassungsrechte** umfasst die Verfassungsbestimmungen, die die Bürger vor staatlichen Eingriffen schützen, oder solche, die zwar in erster Linie einem öffentlichen Interesse dienen, aber auch private Interessen schützen. Der Begriff ist somit weiter gefasst als nur die «Grundrechte» . Ebenso geht der Begriff der «Einschränkung» über den in Art. 36 Abs. 1 BV verankerten Begriff hinaus. Dies gilt umso mehr, als die Mehrheit der Lehre den Begriff der «Einschränkung» in Art. 36 Abs. 1 BV unserer Meinung nach zu Unrecht auf die Grundfreiheiten unter Ausschluss der sozialen Rechte beschränkt. Die Regelung in Art. 36 BV sollte auch auf diese Rechte Anwendung finden, wenn nicht direkt, so doch zumindest analog: Die sozialen Rechte erlegen dem Staat sowohl positive als auch negative Verpflichtungen auf, die sich ebenso wie die Grundfreiheiten für die Dialektik zwischen Recht und Einschränkung eignen. Für die Anwendung von Art. 164 Abs. 1 BV ist die praktische Tragweite der Kontroverse jedoch begrenzt, da Buchstabe c alle Rechte umfasst, die nicht unter Buchstabe b fallen. 28

Rechte und Pflichten der Personen (Buchstabe c). Buchstabe c verwirrt leicht mit der Definition des Begriffs «Rechtsnorm» (*siehe oben* N. 14) und überschneidet sich weitgehend mit den Buchstaben a, b und d, was zu einer gewissen Kritik geführt hat. Es handelt sich in erster Linie um eine **subsidiäre Klausel**. Ihre Tragweite ist jedoch begrenzt und die von ihr abgedeckten Bereiche sind ungewiss. Als Beispiele seien die Rechte und Pflichten genannt, die unter das Personalrecht des Bundes, das Sozialversicherungsrecht, das Staatsangehörigkeitsrecht oder sogar das Strafrecht fallen. Einige erwähnen auch das Privatrecht, was von anderen kritisiert wird. 29

Die Steuerpflicht, der Gegenstand der Steuern und die Berechnung der Steuerbeträge (Bst. d) . Buchstabe d spiegelt den **Grundsatz der Gesetzmäßigkeit im Steuerwesen** wider, der auch in Art. 127 BV verankert ist. Dieser Grundsatz stützt sich auf eine wichtige Rechtsprechungspraxis, wonach das Gesetz die wesentlichen Regeln über den Kreis der Steuerpflichtigen (Steuersubjekt), den Gegenstand (Steuerobjekt) und die Art der Berechnung des Beitrags (Berechnungsgrundlage und Tarif) sowie die Befreiungen und Ausnahmen oder auch die Zwecke im Bereich der Kausalabgaben. Buchstabe d ist nicht abschliessend. Die Regelung gilt im 30

Übrigen nicht nur für Steuern, sondern auch für Kausalabgaben, auch wenn sie in diesem Fall gewisse Erleichterungen zulässt. Sie betrifft jedoch nicht die Kanzleigebühren.

31 *Aufgaben und Leistungen des Bundes (Bst. e).* Die **Aufgaben** des Bundes sind in der Bundesverfassung festgelegt (Art. 3 und 42 Abs. 1 BV). Der Vorbehalt des Gesetzes bezieht sich in diesem Zusammenhang auf deren Definition und Konkretisierung. Er umfasst den Zweck, den Gegenstand und den Umfang der Aufgaben des Bundes sowie die Instrumente und das Verfahren zu deren Umsetzung oder deren Übertragung an eine dezentrale Stelle. Der Begriff «**Leistungen**» dient dazu, zu bestätigen, dass das Legalitätsprinzip nicht nur für die restriktive Verwaltung, sondern auch für die Leistungsverwaltung gilt – auch wenn dessen Anforderungen angesichts der weniger einschneidenden Folgen der Leistungsverwaltung gelockert sind.

32 *Die Pflichten der Kantone bei der Umsetzung und Vollzug des Bundesrechts (Bst. f).* Buchstabe f verweist auf Artikel 46 BV, der die Kantone verpflichtet, das Bundesrecht gemäss der Verfassung und dem Gesetz umzusetzen. Indem diese Bestimmung verlangt, dass die Umsetzungspflichten der Kantone gesetzlich vorgesehen sein müssen, verankert sie eine **föderalistische Dimension** des Legalitätsprinzips. Der Begriff «Umsetzung» umfasst alle Massnahmen, die auf die Einhaltung oder Anwendung des Bundesrechts abzielen; daher ist der Begriff «Vollzug» redundant.

33 *Organisation und Verfahren der Bundesbehörden (Bst. g).* Der Begriff «**Bundesbehörde**» umfasst jede Stelle, die mit einer öffentlichen Aufgabe des Bundes betraut ist, sei es im Bereich der Gesetzgebung, der Vollziehung oder der Rechtspflege, zentralisiert oder dezentralisiert, als Inhaber oder Beauftragter. Die genauen organisatorischen Anforderungen hängen von der Art der Behörde ab, umfassen jedoch insbesondere den rechtlichen Status, die Autonomie, die Zuständigkeiten, die Aufsicht, die Einstellung von Beamten, Unvereinbarkeiten sowie Fragen der Koordinierung und Zusammenarbeit. Der Begriff «Verfahren» umfasst die Verabschiedung aller Vorschriften oder Entscheidungen, die rechtliche Auswirkungen haben, sowohl auf gesetzgeberischer oder gerichtlicher als auch auf administrativer Ebene. Dies betrifft die Verfahrensgesetze des Bundes, bestimmte spezifische Bereiche wie das öffentliche Beschaffungswesen oder auch die Verfahren zur Übernahme des Völkerrechts. Wenn Art. 164 Abs. 1 Bst. e bezieht sich auf die Bundesbehörden, gelten die gleichen Anforderungen auch für Verfahren vor

kantonalen Behörden, da die Liste nicht abschliessend ist. Dies ist beispielsweise der Fall bei einer Bundesverordnung, die einen Rechtsstreit ungeachtet seines öffentlich-rechtlichen Charakters der Zivilgerichtsbarkeit unterwirft, auch wenn es sich dabei um kantonale Gerichte handelt.

III. GESETZGEBUNGSDELEGATION (ABS. 2)

A. Grundsatz der Gesetzgebungsdelegation

1. Begriff

Art. 164 Abs. 2 BV verankert und begrenzt gleichzeitig die **Gesetzgebungsdelegation**, d. h. jede Handlung, mit der der Gesetzgeber (die Bundesversammlung, gegebenenfalls unter Mitwirkung des Volkes, *siehe oben* N. 7 und N. 12) einer anderen Behörde (oder sogar einer anderen Institution oder Person) das Recht oder die Pflicht überträgt, eine Rechtsnorm zu erlassen, die in seine Zuständigkeit fällt. Der Begriff der Delegation kam in der alten Verfassung nicht vor, obwohl sie bereits praktiziert und vom Bundesgericht bestätigt wurde. Die Gesetzgebungsdelegation entspricht praktischen Erwägungen, da sie es dem Gesetzgeber ermöglicht, Detailfragen oder Fragen von untergeordneter Bedeutung auszuklammern, um sich auf die wichtigen Elemente zu konzentrieren. Eine Gesetzgebungsdelegation ist gerechtfertigt, wenn sie für die Flexibilität und Schnelligkeit des staatlichen Handelns erforderlich ist, wenn sie es ermöglicht, Details nicht im Gesetz zu regeln, oder wenn sich technische Fragen weiterentwickeln werden. Jede Gesetzgebungsübertragung wirkt sich jedoch auf die Gewaltenteilung und die demokratische Qualität des Rechts aus. Einerseits ermöglicht sie es dem Gesetzgeber, eine ihm durch die Verfassung zugewiesene Zuständigkeit an ein anderes Organ abzugeben; andererseits entzieht sie die Verabschiedung von Rechtsvorschriften der Mitwirkung des Volkes. Aus diesem Grund unterliegt die Gesetzgebungsübertragung verschiedenen Bedingungen, die im Folgenden geprüft werden. 34

Die auf der Grundlage einer Gesetzgebungsdelegation verabschiedete Rechtsnorm hat die Form einer sogenannten abhängigen Ersatzverordnung. In diesem Fall hängt die Verordnung von einem Gesetz ab, das eine Gesetzgebungsdelegation vorsieht, und ersetzt dieses, da sie primäre Rechtsnormen enthält (*siehe oben* N. 8). Die Gesetzgebungsdelegation betrifft 35

nur die allgemeine Gesetzgebungskompetenz der Bundesversammlung. Sie gilt nicht für Fälle, in denen eine Bundesbehörde eine Verordnung auf der Grundlage einer direkt in der Verfassung vorgesehenen Kompetenz, d. h. einer originären Kompetenz, erlässt (vgl. Art. 84 Abs. 2, 182 Abs. 2, 184 Abs. 3 und 185 Abs. 3 BV für den Bundesrat, Art. 159 Abs. 4 und 173 Abs. 1 Bst. c BV für die Bundesversammlung und Art. 188 Abs. 3 BV für das Bundesgericht). Im letzteren Fall gilt die Verordnung als unabhängig, da sie nicht auf einem Bundesgesetz basiert (und nicht davon abhängt), sondern auf der Verfassung. Allerdings können bestimmte ursprüngliche Zuständigkeiten des Bundesrates mit Art. 164 Abs. 1 BV in Konflikt geraten, da sie manchmal zur Verabschiedung wichtiger Rechtsvorschriften führen. Diese Spannung wird weiter unten untersucht (*infra* N. 51 f.).

2. Weitervergabe

36 Die Verfassung geht nicht auf die Frage der **Unterdelegation** ein. Eine Unterdelegation liegt vor, wenn der Beauftragte die ihm übertragene Kompetenz seinerseits weiterüberträgt. Die Lehre leitet aus dem Schweigen der Verfassung ab, dass diese die Unterdelegation nicht ausschliesst. Art. 48 RVOG regelt diese Frage für den Bundesrat. Gemäss Absatz 1 kann der Bundesrat die Befugnis zum Erlass von Rechtsnormen an die **Departemente** delegieren, muss dabei jedoch «die Tragweite der vorgesehenen Norm» berücksichtigen. Eine solche Einschränkung ist gerechtfertigt, da die Weiterdelegation die Verbindung zwischen den Bürgerinnen und Bürgern einerseits und der Rechtsetzung andererseits weiter schwächt. Darüber hinaus wirkt sich eine Weiterdelegation an ein Departement auf die Kompetenzverteilung innerhalb der Verwaltung aus, da sie die Mitwirkung der anderen Departemente schwächt. Schliesslich bezieht sich das Konsultationsrecht der parlamentarischen Kommissionen nur auf Verordnungen des Bundesrates (Art. 151 ParlG) , nicht aber auf Verordnungen der Departemente. In der Botschaft zur RVOG wird darauf hingewiesen, dass die Zuweisung der Verordnungskompetenz an den Bundesrat oder an ein Departement von der Bedeutung der Materie abhängt und dass eine Delegation umso mehr gerechtfertigt ist, je technischer die Vorschrift ist. Ebenso nennt das BJ als anwendbare Kriterien die Bedeutung der Materie, den Kreis der Adressaten, die Auswirkungen der Norm und die Technizität der Materie als anwendbare Kriterien. Diese Kriterien erinnern an die Bewertung der Bedeutung einer Norm im Sinne von Art. 164 Abs. 1 BV. Die

Beurteilung der Bedeutung ist jedoch unabhängig von Art. 164 Abs. 1 BV, da Bestimmungen, die im Sinne dieses Artikels von Bedeutung sind, nicht an den Bundesrat delegiert werden können. Das Bundesgericht scheint die Weiterdelegation auf der Grundlage von Art. 48 Abs. 1 RVOG auf Durchführungsbestimmungen zu beschränken, die er mit technischen Vorschriften gleichsetzt, auch wenn er den Begriff der Durchführung weit fasst.

Während eine Delegation an die Departemente ohne spezifische formelle Rechtsgrundlage erfolgen kann, verhält es sich bei einer Delegation an **Gruppen und Ämter** anders. Art. 48 Abs. 2 RVOG sieht vor, dass die Übertragung von Gesetzgebungskompetenzen an Gruppen und Ämter «nur zulässig ist, wenn ein Bundesgesetz dies erlaubt ». 37

Art. 48 RVOG erwähnt nicht die **Weiterdelegation zweiten Grades**, durch die Departemente oder Ämter und Verbände eine Kompetenz an ihnen unterstellte Verwaltungseinheiten delegieren. Laut Sägesser ist ihre Verfassungsmässigkeit zu bejahen, solange sie nicht durch die (Unter-)Delegationsklausel ausgeschlossen ist. Es ist jedoch zweifelhaft, ob ein Departement, das eine Kompetenz auf der Grundlage von Art. 48 RVOG delegiert, diese ohne formelle gesetzliche Grundlage an ein Amt delegieren kann, ohne damit Art. 48 Abs. 2 RVOG zu umgehen. Aus Gründen der Rechtssicherheit wäre es sinnvoll, wenn die Delegationsklausel die Zulässigkeit oder das Verbot einer Unterdelegation ausdrücklich vorsehen würde. 38

3. Adressaten

Die Verfassung sagt nichts über die **möglichen Adressaten** der Gesetzgebungsdelegation aus. Dabei handelt es sich in erster Linie um den Bundesrat oder die Verwaltung, aber auch das Bundesgericht oder die Bundesversammlung (wenn sie gemäss Art. 163 Abs. 1 BV eine Verordnung erlässt, wodurch der Erlass einer Rechtsnorm dem fakultativen Referendum im Sinne von Art. 141 Abs. 1 BV). Aus föderalistischer Sicht regelt Art. 164 Abs. 2 BV die «horizontale» Delegation im Gegensatz zur «vertikalen» Delegation; erstere betrifft die Beziehungen zwischen Bundesbehörden, letztere diejenigen zwischen Behörden einer anderen Bundesebene. 39

40 Darüber hinaus kann der Gesetzgeber die Befugnis zum Erlass von Verordnungen an **autonome öffentlich-rechtliche** Einrichtungen delegieren. Dabei stellt sich die Frage nach den entsprechenden Voraussetzungen und insbesondere nach der normativen Dichte der Delegationsklausel. Eine Einzelfallprüfung und eine Prüfung jeder einzelnen Institution ist erforderlich. Nach Ansicht des Bundesgerichts unterliegt eine Gesetzgebungsdelegation an die FINMA strengen Bedingungen, da ihr Verwaltungsrat im Gegensatz zum Bundesrat nicht vom Parlament gewählt wird. Die demokratische Legitimität der Normen der FINMA ist daher geringer. Umso klarer muss daher die Grundlage in einem formellen Gesetz sein. Mangels einer konkreten gesetzlichen Vorschrift beschränkt sich die Delegationsklausel auf das, was im Rahmen der gesetzlichen Regelung für die Erreichung des gesetzlichen Zwecks unerlässlich ist, d. h. auf das erforderliche Minimum. Demgegenüber ist das Bundesgericht der Ansicht, dass die Direktion einer ETH über einen grossen Ermessensspielraum hinsichtlich des Kurssystems, der Prüfungen und der damit verbundenen Anforderungen verfügt. Die Autonomie der ETH ist in Art. 63a BV ausdrücklich garantiert und leitet sich zudem aus der Wissenschaftsfreiheit (Art. 20 BV) ab. Zusammenfassend lässt sich sagen, dass die Bedingungen für die Übertragung von Befugnissen an eine autonome öffentlich-rechtliche Einrichtung flexibel sind, wenn es um den Zugang zu einer Einrichtung mit einer spezifischen Funktion geht; sie sind hingegen streng, wenn die übertragenen Vorschriften erhebliche Auswirkungen auf die Rechte der Bürger haben.

41 Die Verfassungsmässigkeit von **Gesetzesdelegationen an private** Organisationen oder Personen ist umstritten. Art. 164 Abs. 2 BV muss Art. 178 Abs. 3 BV gegenübergestellt werden. Letzterer sieht ausdrücklich die Übertragung öffentlicher Aufgaben der Verwaltung an privatrechtliche Organisationen oder Personen vor, während Art. 164 Abs. 2 BV nicht erwähnt. Trotz fehlender verfassungsrechtlicher Grundlage sind solche Gesetzgebungsübertragungen an Private in der Praxis häufig. Eine Gesetzgebungsübertragung an eine private Organisation kann zwar ausdrücklich erfolgen, resultiert jedoch oft aus einem «**dynamischen Verweis**». Die Technik der Verweisung auf private Normen gewinnt insbesondere in technischen Bereichen zunehmend an Bedeutung. Ein Gesetz enthält eine Verweisung, wenn es auf Vorschriften einer privaten Stelle verweist und damit auf die Regelung des betreffenden Gegenstands

verzichtet. Die Verweisung stellt die Verbindung zwischen dem Gesetz und der privaten Norm her. Der Verweis ist statisch, wenn er sich auf bereits bestehende Regeln bezieht und keine Schaffung oder Änderung von Normen zur Folge hat. Der Verweis ist dynamisch, wenn er sich nicht auf eine bestimmte Fassung der privaten Norm bezieht, sodass diese im Zuge der von der privaten Organisation vorgenommenen Änderungen weiterentwickelt werden kann. Ein dynamischer Verweis ist mit einer Gesetzgebungsdelegation gleichzusetzen. Die Einstufung einer Verweisung ist eine Frage der Auslegung, die von Fall zu Fall entschieden wird. Die Verfassungsmäßigkeit der statischen Verweisung wird grundsätzlich anerkannt, da es sich eher um eine Übernahme von Normen als um eine Delegation handelt. Dagegen unterliegt der dynamische Verweis den Bedingungen der Gesetzgebungsdelegation und den damit verbundenen Kontroversen.

Die **Mehrheitslehre** ist der Ansicht, dass eine Gesetzgebungsdelegation an 42
private Einrichtungen oder Personen zulässig ist, sofern sie sich auf sekundäre und technische Vorschriften bezieht. Eine Delegation einer Rechtsnorm, die über den einfachen Vollzug hinausgeht, ist grundsätzlich ausgeschlossen; hingegen können Vorschriften, die in Ausführungsverordnungen enthalten sein könnten, analog zu Art. 178 Abs. 3 BV an private Stellen delegiert werden. Funktional gesehen würde es sich dabei um eine administrative und nicht um eine legislative Aufgabe handeln. Ein Teil der Lehre, der Bundesrat und das BJ schliessen hingegen die Verfassungsmässigkeit einer Gesetzgebungsdelegation an private Stellen mangels einer ausdrücklichen Verfassungsgrundlage vollständig aus.

Die **Rechtsprechung des Bundesgerichts** ist teilweise inkohärent, scheint 43
aber grosszügiger zu sein als die letztgenannte Auffassung. Zunächst bestätigte das Bundesgericht, dass eine Übertragung an eine private Organisation einer verfassungsrechtlichen Grundlage und der Einhaltung der Bedingungen für die Übertragung von Gesetzgebungsbefugnissen unterliegt. Wenn jedoch Normen Gegenstand einer Durchführungsverordnung sein konnten (vor allem rein technische Normen), handelte es sich um eine Übertragung von Verwaltungsaufgaben, und Art. 178 Abs. 3 BV analog anzuwenden sei. Später entschied das Bundesgericht jedoch ohne Bezugnahme auf seinen oben genannten Entscheid, dass eine Gesetzgebungsdelegation den Bedingungen für die Gesetzgebungsdelegation im Sinne von Art. 164 Abs. 2 BV, d. h. einer gesetzlichen und nicht einer verfassungsrechtlichen Grundlage. In einem

späteren Urteil schränkte das Bundesgericht die Tragweite seines ursprünglichen Urteils ausdrücklich ein und stellte fest, dass die Vorbehalte gegenüber der dynamischen Verweisung auf den Steuerbereich beschränkt seien; in anderen Bereichen könne die Übertragung ohne verfassungsrechtliche Grundlage erfolgen. In einem letzten Urteil bekräftigte das Bundesgericht, dass eine Delegation an eine private Organisation unter dem Gesichtspunkt von Art. 178 Abs. 3 BV zu prüfen sei, ohne jedoch anzugeben, ob dieser direkt oder analog anzuwenden sei, und ohne auf dessen Zusammenhang mit Art. 164 Abs. 2 BV einzugehen.

44 Unserer Ansicht nach sollte die Übertragung von Gesetzgebungsbefugnissen an Privatpersonen **nur restriktiv** zugelassen werden. Der Wortlaut von Art. 164 BV und seine Auslegung in Verbindung mit Art. 178 Abs. 3 BV sowie die Vorarbeiten schliessen dies aus. Ausserdem liegt die ratio legis von Art. 164 BV in der Gewährleistung der demokratischen Legitimität des Bundesrechts und der Gewaltenteilung. Das Schweigen der Verfassung kann keine Praxis rechtfertigen, die diese Grundlagen untergräbt. Eine andere Frage ist die analoge Anwendung von Art. 178 Abs. 3 BV. Eine solche Übertragung muss auf Ausführungsbestimmungen beschränkt sein, und dieser Begriff ist restriktiv auszulegen. So dürfen private Normen lediglich den Willen des Gesetzgebers präzisieren, ohne das Gesetz aufzuheben oder zu ändern und ohne die Rechte der Bürger einzuschränken oder ihnen zusätzliche Pflichten aufzuerlegen, selbst wenn diese dem Zweck des Gesetzes entsprechen. Neben einer strikten Anwendung der Bedingungen für die Gesetzgebungsdelegation muss eine Delegation an eine private Organisation oder Person in jedem Fall einem öffentlichen Interesse dienen und den Anforderungen des Verhältnismässigkeitsprinzips genügen (Art. 5 Abs. 2 BV). Darüber hinaus muss die Zugänglichkeit der Normen gewährleistet sein. Schliesslich wäre es sinnvoll, die private Stelle einer minimalen staatlichen Aufsicht zu unterstellen.

45 Es ist festzustellen, dass das **Bundesrecht** Delegationen an private Stellen enthält, deren Verfassungsmässigkeit zweifelhaft ist. Dies ist beispielsweise der Fall bei einer Delegation an «Selbstregulierungsorganisationen» im Bereich der Geldwäscherei, aufgrund derer diese «ein Reglement [erlassen], das für die ihnen angeschlossenen Finanzintermediäre die Sorgfaltspflichten [...] und regeln die Anwendungsmodalitäten» (Art. 25 Abs. 1 und 2 GwG). Damit ist eine «Selbstregulierungsorganisation» ein von der FINMA

anerkannter Verband, dem sich Finanzintermediäre, die nicht direkt ihrer Aufsicht unterstehen, anschliessen können, um ihren Verpflichtungen im Bereich der Geldwäschereibekämpfung nachzukommen, und der mit dem GwG konforme Verhaltensregeln erlässt, deren Einhaltung durch seine Mitglieder kontrolliert und über Disziplinargewalt gegenüber diesen verfügt. Zweitens sieht das Gesetz im Bereich der Berufsbildung vor, dass «die zuständigen Organisationen der Arbeitswelt die Zulassungsbedingungen, das erforderliche Niveau, die Qualifikationsverfahren, die ausgegebenen Zeugnisse und die verliehenen Titel festlegen» (Art. 28 Abs. 2 BBG). Solche Delegationen gehen über die reine Ausführung hinaus, da sie die Rechte und Pflichten von Privatpersonen betreffen. Sie erfordern daher eine verfassungsrechtliche Grundlage, die im Bundesrecht fehlt.

B. Zulässigkeit der Gesetzgebungsdelegation

1. Allgemeine Voraussetzungen

Die Gesetzgebungsdelegation hat erhebliche Auswirkungen auf die demokratische Legitimität und die Gewaltenteilung. Aus diesem Grund knüpft das Bundesgericht die Praxis an eine Reihe von **vier kumulativen** Voraussetzungen: Die Delegation muss (1) in einem Gesetz im formellen Sinne enthalten sein; (2) darf nicht durch übergeordnetes Recht ausgeschlossen sein; (3) auf einen bestimmten Sachbereich beschränkt sein und (4) die Grundzüge der Regelung enthalten, insbesondere wenn die Rechtsstellung von Privatpersonen erheblich berührt wird. Diese Rechtsprechung betrifft Gesetzgebungsdelegationen auf kantonaler Ebene, da Art. 190 BV eine wirksame Kontrolle einer in einem Bundesgesetz enthaltenen Delegationsklausel verhindert, aber auf Bundesebene *mutatis mutandis* anwendbar ist. Von diesen vier Bedingungen erwähnt Art. 164 Abs. 2 BV ausdrücklich nur die ersten beiden. Der Verfassungsgeber wollte sich mit dieser Formulierung jedoch nicht von der bisherigen Praxis distanzieren. Die Prägnanz von Art. 164 Abs. 2 BV lässt sich vielmehr durch seine Entstehungsgeschichte und Systematik erklären. Wie oben erwähnt, verzichtete die Bundesversammlung ausdrücklich auf den vom Nationalrat vorgeschlagenen zweiten Satz des zweiten Absatzes, der vorsah, dass die Delegationsklausel die Grundzüge (*siehe oben* N. 5). Sie hielt diesen Zusatz angesichts des ersten Absatzes, der vorsieht, dass die grundlegenden Bestimmungen der genannten Bereiche im Gesetz enthalten sein müssen, für

46

überflüssig. Darüber hinaus verweist Art. 164 Abs. 2 BV in seiner endgültigen Fassung auf seinen ersten Absatz, der implizit die beiden übrigen Bedingungen abdeckt. Damit enthält Art. 164 Abs. 2 BV bereits implizit die beiden letzten Bedingungen.

2. «In einem Bundesgesetz vorgesehen»

47 Zunächst verlangt Art. 164 Abs. 2 BV, dass die Delegation in einem «**Bundesgesetz**», d. h. einem Gesetz im formellen Sinne, **vorgesehen ist**. Diese Bedingung dient dem Schutz der Volksrechte, indem sie die Durchführung eines möglichen Referendums ermöglicht (unter Verweis auf Art. 163 und 141 BV). Da das Volk keine Abstimmung über die delegierte Regelung veranlassen kann, kann es sich zum Grundsatz der Delegation äussern. Deshalb muss die Delegationsnorm immer ausdrücklich sein. Eine implizite Gesetzgebungsdelegation würde auch den Anforderungen der Rechtssicherheit zuwiderlaufen. Art. 141 Abs. 2 Bst. b ParlG erfüllt im Übrigen diese Funktion, indem er verlangt, dass der Bundesrat in seiner Botschaft zu einem Gesetzesentwurf die Kompetenzen aufführt, die der Entwurf zu delegieren beabsichtigt.

3. «Sofern die Verfassung dies nicht ausschliesst»

48 Zweitens ist eine Delegation zulässig, «**sofern die Verfassung dies nicht ausschliesst**». Mit dieser Formulierung bezieht sich Art. 164 Abs. 2 BV auf die allgemeinen oder besonderen Vorbehalte des Gesetzes (*siehe oben* N. 10). Wenn die Verfassung die Form des Gesetzes vorschreibt, schliesst sie Delegationen aus. In diesem Punkt verweist Art. 164 Abs. 2 BV zunächst auf seinen ersten Absatz. Der in Art. 164 Abs. 1 BV verankerte formelle Gesetzesvorbehalt stellt somit einen Ausschlussfall für die Gesetzgebungsdelegation dar. Die Verbindung der beiden Absätze von Art. 164 BV wirft gewisse Auslegungsschwierigkeiten auf, doch geht die überwiegende Lehre zu Recht davon aus, dass die Übertragung von Gesetzgebungsbefugnissen in Bezug auf wichtige Rechtsvorschriften unzulässig ist, was durch die Rechtsprechung des Bundesgerichts bestätigt wird. Auch Sonderreservierungen stellen sektorale Ausschlussfälle der Übertragung von Gesetzgebungsbefugnissen dar. Dies gilt für eine schwerwiegende Einschränkung eines Grundrechts (Art. 36 Abs. 1 BV) oder einen Freiheitsentzug (Art. 31 Abs. 1 BV) (*siehe oben* N. 28).

4. Implizite Voraussetzungen

Unter Verweis auf Absatz 1 schliesst Art. 164 Abs. 2 BV Gesetzgebungsdelegationen ausschliesst, die sich auf grundlegende Bestimmungen in den unter den Buchstaben a–g aufgeführten Bereichen beziehen. Daraus folgt, dass Art. 164 Abs. 2 BV bereits die beiden letzten vom Bundesgericht entwickelten Bedingungen impliziert. Diese beiden Bedingungen beziehen sich nämlich auf die normative Dichte des Gesetzes. Sie zielen darauf ab, Delegationen zu verbieten, die dem Beauftragten einen «Blankoscheck» ausstellen. Mit anderen Worten: Sie stellen sicher, dass die grundlegenden Bestimmungen vom Gesetzgeber verabschiedet werden. Genau das ist die Anforderung, die Art. 164 Abs. 1 2. Satz BV stellt. Durch den Verweis auf diese Bestimmung deckt Art. 164 Abs. 2 BV die beiden letzten vom Bundesgericht entwickelten Bedingungen ab. Drittens muss die Delegation **auf einen bestimmten Sachbereich beschränkt** sein. Ausgeschlossen sind Delegationen, deren Anwendungsbereich zu weit gefasst wäre. Schliesslich muss das Gesetz die wichtigsten Regeln in **groben Zügen** festlegen, namentlich den Zweck, den Gegenstand und den Umfang der übertragenen Befugnisse. Um als Rechtsgrundlage zu dienen, muss die Delegationsnorm ausreichend konkret sein; siehe dazu die oben erwähnte Rechtsprechung (*supra* N. 24). Der Gesetzgeber kann eine Frage nicht auslagern, ohne den Inhalt seiner Regelung in gewissem Umfang zu definieren. In diesem Zusammenhang ist es von wesentlicher Bedeutung, dass die Bestimmungen der delegierten Vorschrift mit ihrer formellen Rechtsgrundlage in Verbindung gebracht oder auf diese bezogen werden können. Mit anderen Worten: Das Gesetz muss eindeutig die Grundlage für alle davon abgeleiteten staatlichen Handlungen bilden (*supra* N. 19). 49

C. Konflikt mit den ursprünglichen Zuständigkeiten des Bundesrats

Art. 164 Abs. 2 BV betrifft die in einem Gesetz vorgesehenen Kompetenzübertragungen. Die Verfassung präzisiert hingegen nicht das Verhältnis zwischen den **ursprünglichen Kompetenzen** – d. h. den Bestimmungen der Verfassung, die (insbesondere) den Bundesrat zum Erlass von Rechtsnormen ermächtigen – und dem Gesetzesvorbehalt im Sinne von Art. 164 BV. Wenn der Bundesrat aufgrund einer ursprünglichen Kompetenz Rechtsvorschriften erlässt, muss er wichtige Rechtsvorschriften erlassen. Dies 50

ist zunächst bei Art. 184 Abs. 3 und Art. 185 Abs. 3 BV der Fall, die dem Bundesrat eine Gesetzgebungskompetenz einräumen, wenn dies zur Wahrung der Landesinteressen erforderlich ist, bzw. um bestehende oder drohende Störungen der öffentlichen Ordnung, der äusseren oder inneren Sicherheit abzuwehren. Dieses Notstands- oder Notrecht dürfte angesichts der weitreichenden Auslegung durch den Bundesrat im Zusammenhang mit der Rekapitalisierung der UBS oder der Covid-19-Pandemie an Bedeutung gewinnen. Es ist jedoch anerkannt, dass diese Bestimmungen in einem Spezialitätsverhältnis zu Art. 164 BV in einem besonderen Verhältnis stehen (und daher Vorrang haben), insbesondere angesichts des öffentlichen Interesses und des vorübergehenden Charakters der Massnahmen.

51 Bestimmte Übergangsbestimmungen, die anlässlich von Volksinitiativen verabschiedet wurden, verpflichten den Bundesrat, **Verordnungen zur „Anwendung" oder „Durchführung" zu erlassen, wenn** die Bundesversammlung innerhalb einer bestimmten Frist untätig bleibt (siehe z. B. Art. 197 Ziff. 9 Abs. 1 und Ziff. 11 Abs. 2 BV). Dieser Mechanismus dient dazu, Druck auf die Bundesversammlung auszuüben und die wirksame Umsetzung der Verfassungsinitiative sicherzustellen. Daraus ergibt sich jedoch ein Spannungsverhältnis zu Art. 164 BV, da die Umsetzung einer Volksinitiative potenziell zur Verabschiedung wichtiger Rechtsvorschriften führt. Dieses Spannungsverhältnis muss durch Auslegung gelöst werden. In einer solchen Konstellation ist die Verfassung harmonisch auszulegen, wobei eine möglichst respektvolle Auslegung der verschiedenen Bestimmungen zu bevorzugen ist, um eine «praktische Übereinstimmung» zu gewährleisten. Die Auslegung muss den gesamten verfassungsrechtlichen Kontext berücksichtigen: Der Wille der Initianten und der nachträgliche Charakter einer Bestimmung allein reichen nicht aus, um einen Spezialitätsbezug herzustellen.

52 Die **Lehre** ist der Ansicht, dass solche Übergangsbestimmungen dem Bundesrat die Kompetenz zur Verabschiedung wichtiger Rechtsvorschriften einräumen und Vorrang vor Art. 164 BV haben. Laut Rausch ist dieser Vorrang aufgrund des vorübergehenden Charakters der so verabschiedeten Verordnungen gerechtfertigt. Dieser Ansatz ist jedoch wenig überzeugend, da das Demokratiedefizit der Verordnung durch ihre präjudizielle Wirkung in der Praxis noch verstärkt wird: Aus Gründen der Rechtssicherheit wird das Bundesgesetz wahrscheinlich die Verordnung ganz oder teilweise übernehmen. Ausserdem mindert der vorübergehende Charakter einer

Rechtsnorm nicht unbedingt ihre Bedeutung. Aus diesem Grund beschränkt die Verfassung die Möglichkeit des Bundesrats, vorübergehend wichtige Rechtsnormen zu erlassen, auf Notfälle und Fälle, die einem besonderen öffentlichen Interesse dienen (Art. 184 Abs. 3 und 185 Abs. 3 BV). Wyss ist der Ansicht, dass Art. 164 Abs. 1 zurücktreten muss, da die Übergangsbestimmungen sinnlos wären, wenn sie dem Bundesrat nicht erlauben würden, wichtige Rechtsvorschriften zu erlassen. Der Bundesrat wäre in der Praxis nicht in der Lage, seinen Auftrag zu erfüllen. Unserer Meinung nach wird dieser Standpunkt jedoch dem Willen der Initianten und der nachträglichen Geltung der Übergangsbestimmungen zu viel Gewicht beimessen, was zu Lasten der getreuen Wiedergabe des Volkswillens geht.

Eine Initiative, die es dem Bundesrat ermöglicht, wichtige Normen zu erlassen, hat immer zwei Gegenstände: Der eine betrifft den Inhalt der Initiative, der andere verändert die verfassungsrechtliche Architektur der Gewaltenteilung. Die Verfassung sieht nämlich vor, dass wichtige Rechtsnormen von der Bundesversammlung erlassen werden; sie unterwirft Bundesgesetze dem Referendum; sie bekräftigt, dass Gesetze im Gegensatz zu Verordnungen der Verfassungsgerichtsbarkeit entzogen sind; was einen möglichen Druck auf die Bundesversammlung angeht, so liegt dieser im Zuständigkeitsbereich des Volkes über die Wahlen. Die Auffassung, dass der Bundesrat wichtige Rechtsnormen per Verordnung erlassen kann, gefährdet dieses gesamte **verfassungsrechtliche Gleichgewicht**. Es kann daher nicht davon ausgegangen werden, dass der Verfassungsgeber bei der Entscheidung über den Inhalt einer Volksinitiative von einer solchen Verfassungsstruktur abweichen will, es sei denn, er äussert sich diesbezüglich unmissverständlich. Dies gilt umso mehr, als in den Botschaften zu den genannten Initiativen das Verhältnis zwischen den Übergangsbestimmungen und Art. 164 BV nicht erwähnt wird. Dieses Fehlen steht im Gegensatz zu Art. 141 Abs. 2 Bst. b ParlG, der, wie oben erwähnt, den Bundesrat verpflichtet, jede Gesetzgebungsdelegation in seiner Botschaft zu einem Gesetzesentwurf zu präzisieren. Diese Verpflichtung besteht, obwohl wichtige Rechtsvorschriften ohnehin nicht delegiert werden können (*siehe oben* N. 15). Damit soll nicht gesagt werden, dass solche Initiativen wegen Verletzung des Grundsatzes der Einheit der Materie für ungültig erklärt werden müssten – was angesichts der Praxis der Behörden wenig plausibel ist –, sondern vielmehr darauf hingewiesen werden, dass der **Grundsatz der Einheit der Materie** die Auslegung der Verfassungsbestimmungen leiten muss, da er den getreuen

53

Ausdruck des Volkswillens gewährleistet. Sofern kein eindeutiger gegenteiliger Wille zum Ausdruck gebracht wird – der sich insbesondere auf einen klaren Text und eine diesbezügliche ausdrückliche Botschaft stützen müsste –, sind die Übergangsbestimmungen so auszulegen, dass sie die Verfassungsarchitektur nicht verändern. Die dem Bundesrat durch solche Übergangsbestimmungen übertragenen Gesetzgebungsaufträge umfassen die Befugnis, Ersatzverordnungen zu erlassen, nicht jedoch die Befugnis, wichtige Rechtsvorschriften zu erlassen.

IV. JUSTIZIABILITÄT

54 Die Frage der Justiziabilität einer Verordnung stellt sich vor allem im Zusammenhang mit **Verordnungen des Bundesrats**. Während eine abstrakte Kontrolle ausgeschlossen ist (Art. 189 Abs. 4 BV), kann das Bundesgericht die Verordnungen des Bundesrats im Rahmen einer präjudizellen Kontrolle prüfen. Die Kontrolle einer Verordnung erfolgt somit nur anlässlich einer individuellen und konkreten Anwendungshandlung. Ein Bürger kann eine Verletzung der Gewaltenteilung geltend machen, wenn eine Verordnung keine ausreichende Rechtsgrundlage hat oder Bestimmungen enthält, die in einem Gesetz enthalten sein müssten. In diesem Fall lehnt das Bundesgericht die Anwendung der Verordnung ab und hebt den darauf basierenden Entscheid auf. Es ist dann Sache des Bundesrats, seine Verordnung zu ändern oder aufzuheben.

55 Das Bundesgericht kann die **unabhängigen Verordnungen** des Bundesrats frei prüfen. Diese stützen sich auf die Verfassung, was den Bundesrat jedoch nicht davon entbindet, das Bundesrecht, insbesondere die Verfassung und die Bundesgesetze, zu beachten. Es ist Sache des Bundesgerichts, sicherzustellen, dass die eigenständige Verordnung nicht mit anderen Verfassungsnormen kollidiert, es sei denn, die Verfassungsnorm, die die Zuständigkeiten zuweist, sieht solche Kollisionen selbst vor oder akzeptiert sie. Dabei greift das Bundesgericht nicht in den politischen Ermessensspielraum ein, der dem Bundesrat im Rahmen seiner ursprünglichen Zuständigkeiten zusteht.

56 Komplexer ist die Situation hingegen bei einer **abhängigen Verordnung**, die auf einem Gesetz beruht. Die Kontrolle einer Gesetzgebungsdelegation wird unterschiedlich analysiert, je nachdem, ob Gegenstand der Kontrolle das Gesetz ist, auf dem sie beruht, oder die Verordnung selbst. Im Bundesrecht ist das Bundesgericht aufgrund von Art. 190 BV verpflichtet, **ein Gesetz, das**

eine Gesetzgebungsdelegation vorsieht, anzuwenden, auch wenn diese gegen die oben genannten Voraussetzungen verstösst (*Anwendungsgebot*). Die Verpflichtung zur Anwendung des Bundesrechts hindert es jedoch nicht daran, die Einhaltung dieser Voraussetzungen zu überprüfen (*kein Prüfungsverbot*) . Das Bundesgericht kann hingegen sowohl die Rechtmässigkeit als auch die Verfassungsmässigkeit von **abhängigen Ersatzverordnungen** vorab prüfen. Das Bundesgericht prüft zunächst die Übereinstimmung der Verordnung mit dem Gesetz, auf dem sie basiert, d. h. ob die beauftragte Behörde die ihr übertragenen Befugnisse nicht überschritten hat. Entspricht eine Verordnung dem Gesetz, prüft das Bundesgericht anschließend ihre Verfassungsmäßigkeit, jedoch unter dem Vorbehalt, dass die Gesetzgebungsbefugnis der beauftragten Behörde eine Abweichung davon erlaubt. Soweit eine Befugnisübertragungsklausel dem Bundesrat einen Ermessensspielraum einräumt, ist diese Klausel für das Bundesgericht gemäß Art. 190 BV verbindlich. In einem solchen Fall muss sich das Bundesgericht darauf beschränken, zu prüfen, ob die beanstandeten Bestimmungen offensichtlich den Rahmen der vom Gesetzgeber an die Exekutive übertragenen Befugnisse überschreiten oder ob sie aus anderen Gründen gegen das Gesetz oder die Verfassung verstossen; es ist nicht befugt, seine eigene Beurteilung an die Stelle derjenigen des Bundesrats zu setzen. Die Prüfung der Verfassungsmässigkeit einer Verordnung verschmilzt somit mit der Prüfung der Willkür und der Gleichbehandlung.

Schliesslich werden die Verfassungsmässigkeit und Rechtmässigkeit einer auf der Grundlage einer **Unterdelegation** erlassenen Verordnung nach den Grundsätzen beurteilt, die für eine auf einer Gesetzesdelegation beruhende Verordnung des Bundesrats gelten. 57

V. SCHLUSSFOLGERUNG

Art. 164 BV ist eine zentrale Norm des Schweizer Verfassungsrechts, da er das demokratische Erfordernis und die Gewaltenteilung mit der Notwendigkeit eines flexiblen und effizienten staatlichen Handelns in Einklang bringt. Auch wenn heute das Streben nach Effizienz, insbesondere durch das New Public Management, vorherrscht, muss Art. 164 BV weiterhin die «Würde des Gesetzes» und die ihm zugrunde liegenden demokratischen Grundsätze wahren. Die in Art. 164 BV verankerte Spannung wird uns übrigens immer wieder in Erinnerung gerufen. So schlägt die im August 2025 bei der 58

Bundeskanzlei eingereichte Initiative «Für die direkte Demokratie und die Wettbewerbsfähigkeit unseres Landes – gegen eine passive EU-Mitgliedschaft der Schweiz (Kompass-Initiative)» vor, einen neuen Abs. 3 in Art. 164 BV einzuführen, wonach «die Übernahme wichtiger rechtsetzender Bestimmungen ausdrücklich in einem Bundesgesetz oder in einem dem obligatorischen Referendum unterstellten völkerrechtlichen Vertrag vorgesehen und auf einen eng umschriebenen Bereich beschränkt sein muss». Sie sieht auch eine Änderung von Art. 140 Abs. 1 BV vor, wonach «Völkerverträge, die die Übernahme wichtiger rechtsetzender Bestimmungen vorsehen, der Abstimmung durch Volk und Stände unterliegen». Wie wir gesehen haben, unterwirft die Verfassung völkerrechtliche Verträge bereits dem fakultativen Referendum, wenn sie wichtige rechtsetzende Bestimmungen enthalten (Art. 141 Abs. 1 Bst. d BV). Darüber hinaus sehen weder Art. 164 noch Art. 140 BV eine doppelte Mehrheit von Volk und Kantonen für die Verabschiedung von Gesetzen vor, die wichtige Rechtsnormen festlegen – und auch kein obligatorisches Referendum. Man kann sich daher fragen, ob es sinnvoll ist, für internationale Verträge strengere Anforderungen festzulegen als für das Bundesrecht: Eine solche Asymmetrie zeugt vielleicht weniger von demokratischem Anliegen als von einer grundsätzlichen Zurückhaltung gegenüber dem Völkerrecht (oder insbesondere dem europäischen Recht). Die demokratische Legitimität muss gewahrt und darf nicht instrumentalisiert werden.

Über den Autor

Leo Tiberghien ist Doktorand an der Universität Freiburg. Seine Forschungsarbeiten befassen sich mit dem rechtlichen Rahmen für die Privatisierung der Finanzierung, den Verfahren zur Rechtsübernahme und der Umsetzung des Rechts sowie den Tätigkeiten internationaler Organisationen. Er war Gastforscher am Lauterpacht Center for International Law der Universität Cambridge (2023-2024) und am Erik Castrén Institute der Universität Helsinki (2022-2023). Er arbeitete als Forschungs- und Lehrassistent am Lehrstuhl für internationales und europäisches Recht der Universität Freiburg (2020-2022) und als studentischer Assistent am Lehrstuhl für Strafrecht und Kriminologie der Universität Freiburg (2017-2020). Leo hat einen LL.M. der Universität Yale und einen MLaw und BLaw der Universität Freiburg.

Ich danke Dr. Camilla Jacquemoud, Judith Gelblat, Prof. Odile Ammann, Dr. Stefan Schlegel und Prof. Jacques Dubey herzlich für ihre Anregungen, Diskussionen und sorg fältigen Korrekturlesungen.

EMPFOHLENE WEITERFÜHRENDE LEKTÜRE

Aubert Jean-François, Art. 164 Cst., in : Aubert Jean-François/Mahon Pascal (édit.), Petit commentaire de la Constitution fédérale suisse du 19 avril 1999, Zurich/Bâle/Genève 2003.

Auer Andreas, La notion de loi en droit cantonal : carrefour du fédéralisme et de la démJe remercie chaleureusement la Dr. Camilla Jacquemoud, Judith Gelblat, la Prof. Odile Ammann, le Dr. Stefan Schlegel et le Prof. Jacques Dubey pour les suggestions, discussions et relectures minutieuses.ocratie suisses, in : Auer Andreas/Kälin Walter (édit), La loi en droit public cantonal – Das Gesetz im Staatsrecht der Kantone, Chur 1991, 21-34.

Biaggini Giovanni, Art. 164 Cst., in : BV Kommentar, 2ème éd., Zurich 2017.

Cottier Thomas, Die Verfassung und das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage : Eine Untersuchung zum Legalitätsprinzip und schweizerischen Gesetzesverständnis aus individualrechtlicher Sicht, Thèse, Berne 1983.

Dubey Jacques, Art. 164 Cst., in : Martenet Vincent/ Dubey Jacques (édit.), Constitution fédérale, Commentaire Romand, Bâle 2021.

Errass Christoph, Kooperative Rechtssetzung, Thèse, Zurich 2010.

Feuz Roland, Materielle Gesetzesbegriffe : Inhalt und Tragweite – Dargestellt insbesondere anhand von Art. 164 Abs. 1 der neuen Bundesverfassung, Thèse Berne, 2002.

Flückiger Alexandre, (Re)faire la loi : traité de légistique à l'ère du droit souple, Berne 2019.

Gili Natasia Isabelle, Staatlich gesteuerte Selbstregulierung : Am Beispiel der medizinisch-ethischen Richtlinien der Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaften (SaMW), Schulthess, Thèse, Zurich 2017.

Iancu Bodgan, Legislative Delegation : The Erosion of Normative Limits in Modern Constitutionalism, Berlin 2012.

Martenet Vincent, Architecture des pouvoirs : enjeux et perspectives pour un État, une union d'États et les Nations Unies, Zurich 2016.

Möllers Christoph, The Three Branches : A Comparative Model of Separation of Powers, Oxford 2013.

Müller Georg, Inhalt und Formen der Rechtssetzung als Problem der demokratischen Kompetenzordnung, Bâle/Stuttgart 1979.

Seiler Hansjörg, Gewaltenteilung : Allgemeine Grundlagen und schweizerische Ausgestaltung, Berne 1994.

Tschannen Pierre, Art. 164 Cst., in : Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (édit.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, Zurich/St. Gall 2023.

Tschannen Pierre /Müller Markus/Kern Markus, Allgemeines Verwaltungsrecht, Zurich 2022.

Uhlmann Felix (édit.), Das Legalitätsprinzip in Verwaltungsrecht und Rechtsetzungslehre, Zurich/St-Gall 2017.

Waldron Jeremy, The Dignity of Legislation, Cambridge 2009.

Wyttenbach Judith/Wyss Karl-Marc, Art. 164 Cst., in : Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (édit.), Schweizerische Bundesverfassung, Basler Kommentar, Bâle 2025.

LITERATURVERZEICHNIS

Aubert Jean-François, Art. 164 Cst., in : Aubert Jean-François/Mahon Pascal (édit.), Petit commentaire de la Constitution fédérale suisse du 19 avril 1999, Zurich/Bâle/Genève 2003.

Auer Andreas, Staatsrecht der schweizerischen Kantone, Bern 2016.

Baumann, Die Angabe der Rechtsgrundlagen im Ingress der Bundeserlasse, LeGes (3) 2014, S. 463-487.

Bellanger François, Notions, enjeux et limites de la délégation d'activités étatiques, in : Favre Anne-Christine/Martenet Vincent/Poltier Etienne (édit.), La délégation d'activités étatiques au secteur privé, Zurich/Bâle 2016.

Beusch Michael, Der Gesetzesbegriff der neuen Bundesverfassung (art. 164 BV), in : Gächter Thomas/Bertschi Martin (édit.), Neue Akzente in der « nachgeführten » Bundesverfassung, Zürich 2000, 227-250.

Biaggini Giovanni, Das Verfassungsgefüge im Stresstest der Pandemie, ZBl (123) 2022, S. 59-91.

Biaggini Giovanni, « Notrecht » in Zeiten der Coronavirus – Eine Kritik der jüngsten Praxis des Bundesrats zu Art. 185 Abs. 3 BV, ZBl (121) 2020, S. 239-267.

Biaggini Giovanni, Art. 139 Cst., in : BV Kommentar, 2ème éd., Zurich 2017.

Biaggini Giovanni, Art. 164 Cst., in : BV Kommentar, 2ème éd., Zurich 2017.

Biaggini Giovanni, Art. 178 Cst., in : BV Kommentar, 2ème éd., Zurich 2017.

Biaggini Giovanni, Über die Auslegung der Bundesverfassung und ihr Verhältnis zur EMRK, ZBl 2013/114 316-337.

Cottier Thomas, Die Verfassung und das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage : Eine Untersuchung zum Legalitätsprinzip und schweizerischen Gesetzesverständnis aus individualrechtlicher Sicht, Thèse, Berne 1983.

Dubey Jacques, Art. 139 Cst., in : Martenet Vincent/ Dubey Jacques (édit.), Constitution fédérale, Commentaire Romand, Bâle 2021.

Dubey Jacques, Art. 164 Cst., in : Martenet Vincent/ Dubey Jacques (édit.), Constitution fédérale, Commentaire Romand, Bâle 2021.

Dubey Jacques/Zufferey Jean-Baptiste, Droit administratif général, Bâle 2014.

Ehrenzeller Bernhard, Die neue Regelung der Erlassformen der Bundesversammlung, LeGes (3) 2000, S. 13-27.

Ehrenzeller Bernhard/Gertsch Gabriel, Art. 139, in : Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./ Schweizer Rainer J. (édit.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, Zurich/St. Gall 2023.

Eichenberger Kurt, Von der Rechtsetzungsfunktion im heutigen Staat, ZSR 1974/II 7-27.

Epiney Astrid/Diezig Stefan, Art. 139, in : Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (édit.), Schweizerische Bundesverfassung, Basler Kommentar, Bâle 2015.

Errass Christoph, Kooperative Rechtssetzung, Thèse, Zurich 2010.

Favre Anne-Christine, La délégation d'activités non économiques ou « à charactère ministériel », in : Favre Anne-Christine/Martenet Vincent/Poltier Etienne (édit.), La délégation d'activités étatiques au secteur privé, Zurich/Bâle 2016.

Feuz Roland, Materielle Gesetzesbegriffe : Inhalt und Tragweite – Dargestellt insbesondere anhand von Art. 164 Abs. 1 der neuen Bundesverfassung, Thèse, Berne 2002.

Feuz Roland, Materielle Gesetzesbegriffe, Recht 2002 17-23.

Flückiger alexandre, La procédure législative dans les cantons et les communes, in : Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (édit.), Verfassungsrecht der Schweiz – Droit constitutionnel Suisse, Zurich/Bâle/Genève 2020, 1969-1987.

Gfeller Katja/Glaser Andreas/Lehner Irina, E-Collecting: Umsetzungsvarianten und Rechtsetzungsbedarf, LeGes (32) 2021, S.1-15.

Gonin Luc, Art. 185, in : Martenet Vincent/ Dubey Jacques (édit.), Constitution fédérale, Commentaire Romand, Bâle 2021.

Häfelin Ulrich/Haller Walter/Keller Helen/Thurnherr Daniela, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10ème éd., Zurich/Bâle/Genève 2020.

Häfelin Ulrich/Müller Georg/Uhlmann Felix, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8ème éd., Zurich/St. Gall 2020.

Jaag Tobias, Verordnung im schweizerischen Recht, ZBl (112) 2011, S. 629-659.

Jenni Christoph/Schüpbach Mike, Private Normen im Gesundheitsrecht, in Felix Uhlmann (édit.), Private Normen und staatliches Recht, Zurich/St. Gall 2015.

Kaufmann Mathias, Variation im Ausdruck oder Akzentverschiebung?, ZBl 2013/114 432-440.

Kley Andreas/Feller Reto, Die Erlassformen der Bundesversammlung im Lichte des neuen Parlamentsgesetzes, ZBl (105) 2004, S. 229-245.

Kradolfer Matthias, Intertemporales öffentliches Recht, Zurich/St. Gall 2020.

Künzli Jörg, Art. 184, in : Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (édit.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, Zurich/St. Gall 2023.

Künzli Jörg, Art. 185, in : Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (édit.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, Zurich/St. Gall 2023.

Lautenbach Geranne, The Concept of the Rule of Law and the European Court of Human Rights, Oxford 2014.

Mader Luzius, Regulierung, Deregulierung, Selbstregulierung – Anmerkung aus legistischer Sicht, ZSR 2004/II 3-156.

Mader Luzius, Die Erlassformen der Bundesversammlung und der Gesetzesbegriff in der neuen Bundesverfassung, LeGes 2000/3 7-9.

Mächler August, Private Normen in der Rechnungslegung, in Felix Uhlmann (édit.), Private Normen und staatliches Recht, Zurich/St. Gall 2015.

Malinverni Giorgio/Hottelier Michel/Hertig Randall Maya/Flückiger Alexandre, Droit constitutionnel suisse, Volume I : L'État, Berne 2021.

Martenet Vincent, La séparation des pouvoirs, in : Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (édit.), Verfassungsrecht der Schweiz – Droit constitutionnel Suisse, Zurich/Bale/Genève 2020, 999-1023.

Marti Arnold, Selbstregulierung anstelle staatlicher Gesetzgebung?, ZBl (101) 2000, S. 561-586.

Marti Arnold, Aufgabenteilung zwischen Staat und Privaten auf dem Gebiet der Rechtsetzung – Ende des staatlichen Rechtsetzungsmonopols?, AJP 2002 1154-1162.

Moor Pierre, Art. 182 Cst, Art. 164 Cst., in : Martenet Vincent/ Dubey Jacques (édit.), Constitution fédérale, Commentaire Romand, Bâle 2021.

Moor Pierre/Bellanger François/Tanquerel Thierry, Droit administratif – Volume I : Les fondements, 3ème éd., Berne 2012.

Moor Pierre/Bellanger François/Tanquerel Thierry, Droit administratif – Volume III : L'organisation des activités administratives. Les biens de l'État, 2ème éd., Berne 2018.

Müller Georg, Formen der Rechtssetzung, in : Ulrich Zimmerli (édit.), Die neue Bundesverfassung : Konsequenzen für Praxis und Wissenschaft, Tagung vom 21./22. Oktober 1999 an der Universät Bern, Berne 2000, 223-248.

Müller Georg, Die Umschreibung des Inhalts der Bundesgesetze und die Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen, LeGes (3) 2000, S. 29-40.

Müller Georg, Inhalt und Formen der Rechtssetzung als Problem der demokratischen Kompetenzordnung, Bâle/Stuttgart 1979.

Müller Georg, Funktionen der Rechtssetzung im modernen Staat, ZBl (97) 1996, S. 97-114.

Müller Georg, Möglichkeiten und Grenzen der Verteilung der Rechtssetzungsbefugnisse im demokratischen Rechtsstaat, ZBl (99)1998, S. 1-23.

Müller Georg, Der verfassungswidrige Bundesbeschluss : Nachlese zum Parlamentsgesetz, LeGes 2004/2 159-163.

Müller Georg/Uhlmann Felix/Höfler Stefan, Elemente einer Rechtssetzungslehre, 4ème éd., Zurich 2024.

Odermatt Luzian, Erlassformen der Bundesversammlung für Rechtsetzungs- und Einzelakte, LeGes (2) 2003, S. 107-111.

Odermatt Luzian/Tophinke Esther, Art. 22, in : Graf Martin/Caroni Andrea (édit.), Parlamentsrecht und Parlamentspraxis der Schweizerischen Bundesversammlung : Kommentar zuum Parlamentsgesetz (ParlG) vom 13. Dezember 2002, 2ème éd., Bâle 2024.

Petrig Anna/Sinz Mareike, Rechtsgutachten zum Thema « Mitwirkung des Parlaments im Bereich von Soft Law », im Auftrag der Parlamentarischen Verwaltungskontrolle, Basel, 29 novembre 2021, https://www.parlament.ch/centers/documents/de/petrig-sinz_rechtsgutachtensoft-law-version-publikation.pdf.

Poltier Etienne, Délégation d'activités économiques, in : Favre Anne-Christine/Martenet Vincent/Poltier Etienne (édit.), La délégation d'activités étatiques au secteur privé, Zurich/Bâle 2016.

Rausch Caroline, Ausgleichmechanismen bei gesetzgeberischem Unterlassen, Zurich 2023.

Rhinow René, Die Bundesverfassung 2000: Eine Einführung, Bâle 2000.

Rhinow René/Schefer Markus/Uebersax Peter, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3ème éd., Bâle 2016.

Sägesser Thomas, Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz RVOG vom 21. März 1997, 2ème éd., Berne 2022.

Sägesser Thomas, Art. 164 Cst., in : Sägesser Thomas (édit.), Die Bundesbehörden : Bundesversammlung – Bundesrat – Bundesgericht, Berne 2000.

Sägesser Thomas, Neuordnung der Erlassformen der Bundesversammlung, JPA 1998 677-686.

Saxer Urs/Brunner Florian, Art. 184, in : Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (édit.), Schweizerische Bundesverfassung, Basler Kommentar, Bâle 2015.

Saxer Urs/Brunner Florian, Art. 185, in : Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (édit.), Schweizerische Bundesverfassung, Basler Kommentar, Bâle 2015.

Schmidt Evelyne, Art. 184, in : Martenet Vincent/ Dubey Jacques (édit.), Constitution fédérale, Commentaire Romand, Bâle 2021.

Schweizer Rainer/Müller Lucien, Zwecke, Möglichkeiten und Grenzen der Gesetzgebung im Polizeibereich, LeGes 2008/3 379-399.

Seaders Lloyd Ian, Das Erfordernis der Gesetzesform als Begründungsproblem, Zurich/St-Gall 2021.

Seiler Hansjörg, Gewaltenteilung : Allgemeine Grundlagen und schweizerische Ausgestaltung, Berne 1994.

Hans Stutz, Private Normen in Umwelt- und Baurecht, in Felix Uhlmann (édit.), Private Normen und staatliches Recht, Zurich/St. Gall 2015.

Tanquerel Thierry, Manuel de droit administratif, 2ème éd., Zurich 2018.

Tschannen Pierre, Art. 164 Cst., in : Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (édit.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, Zurich/St. Gall 2023.

Tschannen Pierre, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 5ème éd., Berne 2021.

Uhlmann Felix, Legalitätsprinzip, in : Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (édit.), Verfassungsrecht der Schweiz – Droit constitutionnel Suisse, Zurich/Bâle/Genève 2020.

Uhlmann Felix, « Die Normen können bei ... bezogen werden » : Gedanken zur Publikation und Verbindlichkeit privater Normen, LeGes (1) 2013, S. 89-104.

Uhlmann Felix/Gili natassia, Private Normen und staatliches Recht, in : Felix Uhlmann (édit.), Private Normen und staatliches Recht, Zurich/St. Gall 2015.

Waldmann Bernhard, Staatliche Herausforderung, in : Uhlmann Felix/Höfler Stefan (édit.), Notrecht in der Corona-Krise, Zurich/St. Gall 2021.

Wiederkehr René, Die Wesentlichkeitstheorie gemäss Art. 164 BV im Licht der Verwaltungspraxis, Recht 2007 25-39.

Wyss Karl-Marc, Die Vorläufige bundesrechtliche Umsetzung eidgenössischer Volksinitiativen auf dem Verordnungsweg : Phänomen – Grundsätze – Gefahren, Zurich/St. Gall 2020.

Wyss Martin, Rechtsetzungsverfahren im Bund, in : Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (édit.), Verfassungsrecht der Schweiz – Droit constitutionnel Suisse, Zurich/Bâle/Genève 2020.

Wyss Martin, Der diskrete Charme des Legalitätsprinzips, in Felix Uhlmann (édit.), Das Legalitätsprinzip in Verwaltungsrecht und Rechtsetzungslehre, Zurich/St. Gall 2017.

Wyttenbach Judith/Wyss Karl-Marc, Art. 164 Cst., in : Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (édit.), Schweizerische Bundesverfassung, Basler Kommentar, Bâle 2025.

Zulauf Urs, Koregulierung in den « Kleeblattentwürfen » zum Schweizer Finanzmarktrecht, in Felix Uhlmann (édit.), Private Normen und staatliches Recht, Zurich/St. Gall 2015.

Pascal Zysset, Selbstregulierung im Finanzmarktrecht: Grundlagen, verwaltungsgerichtliche Qualifikationen und rechtstaatlicher Rahmen, Zurich/Bâle/Genève 2017.

MATERIALIENVERZEICHNIS

Conseil fédéral, Exposé des motifs, Berne 1995 et Avant-Projet.

Rapport de la commission d'experts instituée par les Commissions des institutions politiques des Chambres fédérales du 15 décembre 1995, La répartition des compétences entre l'Assemblée fédérale et le Conseil fédéral, FF 1996 II 413.

Conseil fédéral, Message relatif à une nouvelle constitution fédérale du 20 novembre 1996 et Projet de Constitution 1996, FF 1997 I 1.

Assemblée fédérale. Organisation, procédure, rapports avec le Conseil fédéral, Rapport complémentaire des Commissions des institutions politiques des Chambres fédérales relatif à la réforme de la constitution du 6 mars 1997, FF 1997 III 243.

Rapport complémentaire des Commission des institutions politiques des Chambres fédérales relatif à la réforme de la constitution. Organisation, procédure, rapports avec le Conseil fédéral, Avis du Conseil fédéral du 9 juin 1997, FF 1997 III 1312.

Projets des Commissions de la révision constitutionnelle des Chambres fédérales, Réforme de la Constitution fédérale, FF 1998 I 286.

Office fédéral de la justice, Guide de législation : Guide pour l'élaboration de la législation fédérale, 2019.

ACHTUNG: Diese Version des Kommentars ist eine automatische maschinelle Übersetzung des Originals. Die Originalversion ist französisch. Die Übersetzung wurde mit www.deepl.com durchgeführt. Nur die Originalversion ist autoritativ. Die übersetzte Form des Kommentars kann nicht zitiert werden.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 166 BV

Eine Kommentierung von Jelena Protic

ZITIERVORSCHLAG

Jelena Protic, Commentary of art. 166 FC, in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (eds.), Online Commentary of the Swiss Federal Constitution

Kurzzitat: OK-Protic, N XXX zu Art. 166 BV.

Art. 166 Beziehungen zum Ausland und völkerrechtliche Verträge

[1] Die Bundesversammlung beteiligt sich an der Gestaltung der Aussenpolitik und beaufsichtigt die Pflege der Beziehungen zum Ausland.

[2] Sie genehmigt die völkerrechtlichen Verträge; ausgenommen sind die Verträge, für deren Abschluss auf Grund von Gesetz oder völkerrechtlichem Vertrag der Bundesrat zuständig ist.

GLIEDERUNG

I. Entstehung 1605
II. Systematik und Kontext 1606
III. Art. 166: Beziehungen zum Ausland und internationale Verträge 1607
A. Beteiligung an der Festlegung der Außenpolitik und Überwachung der Beziehungen zum Ausland (Abs. 1) 1607
1. Beteiligung an der Festlegung der Außenpolitik 1607
a. Terminologie 1607
b. Akteure der Beteiligung 1609
c. Formen der Beteiligung 1610
d. Instrumente der Beteiligung 1612
e. Auswirkungen der Teilnahme 1613
2. Überwachung der Beziehungen zum Ausland 1613
B. Zustimmung zu internationalen Verträgen (Abs. 2) 1614
1. Allgemeines 1614
2. Genehmigung durch die Bundesversammlung (sog. ordentliches Verfahren) 1615
3. Abschluss durch den Bundesrat allein (sog. vereinfachtes Verfahren) 1618
4. Änderung und Kündigung 1619
5. Jährlicher Bericht 1620
Empfohlene weiterführende Lektüre 1621
Zur Autorin 1622
Literaturverzeichnis 1623

I. ENTSTEHUNG

Bereits in der Bundesverfassung von 1848 war in Art. 74, Ziff. 5 die Zuständigkeit der Bundesversammlung für die Genehmigung von Bündnissen und Verträgen mit ausländischen Staaten verankert. Trotz des Fehlens einer allgemeinen Bestimmung über die Beteiligung der Bundesversammlung in auswärtigen Angelegenheiten in der Verfassung von 1874 und der dominierenden Rolle des Bundesrates in der Praxis zwischen dem Ende des 19. und dem Ende des 20. Jahrhunderts, hatte die Exekutive keine ausschließliche Kompetenz in diesem Bereich. 1

Der aktuelle Art. 166 BV war Gegenstand heftiger Diskussionen während der letzten Totalrevision der Bundesverfassung. Nach der Kritik, die während des Konsultationsverfahrens geäußert wurde, schlug der Bundesrat in seinem Entwurf von 1996 einen neuen Art. 156 BV vor. In Absatz 1 wurde die Kompetenz der Bundesversammlung, einen erheblichen Einfluss auf die Außenpolitik auszuüben, ausdrücklich verankert, indem festgelegt wurde, dass "die Bundesversammlung an der Gestaltung der Außenpolitik mitwirkt und die Beziehungen zum Ausland überwacht". Absatz 2 bekräftigte die Zuständigkeit der Bundesversammlung für die Genehmigung von Verträgen, außer in Fällen, in denen der Bundesrat auf der Grundlage der Verfassung, eines Gesetzes oder eines internationalen Vertrages befugt war, Verträge allein zu schließen. 1997 schlugen die beiden Ausschüsse für die Verfassungsänderung eine direktere Formulierung der allgemeinen Zuständigkeit vor ("die Bundesversammlung legt die Grundzüge der Außenpolitik fest"), was der Bundesrat ablehnte. Darüber hinaus waren beide Ausschüsse der Ansicht, dass internationale Verträge, die nur in die Zuständigkeit des Bundesrates fallen und daher nicht der Zustimmung der Bundesversammlung bedürfen, auf Gesetzesebene definiert werden sollten. 2

Nach intensiven Debatten wurde der Vorschlag des Bundesrates in Bezug auf den derzeitigen Abs. 1 des Art. 166 BV angenommen. Damit wurde eine allgemeine und ausdrückliche Bestimmung über die Beteiligung der Bundesversammlung an der Außenpolitik angenommen, ohne jedoch der Bundesversammlung die Kompetenz zu geben, die Leitlinien in diesem Bereich verbindlich festzulegen. In Bezug auf Abs. 2 wurde der Vorschlag, dass die Verfassung dem Bundesrat die Kompetenz geben könnte, bestimmte 3

internationale Verträge allein abzuschließen, schnell verworfen und der Vorschlag der Ausschüsse wurde angenommen.

II. SYSTEMATIK UND KONTEXT

4 Art. 166 BV ist Teil der allgemeinen Thematik der Kompetenzen der Bundesversammlung (Titel 5, Abschnitt 3, Kapitel 3 BV) und bezieht sich insbesondere auf die Gewaltenteilung im Bereich der Außenpolitik. Art. 166 BV steht in engem Zusammenhang mit Art. 184 BV, der festlegt, dass "der Bundesrat unter Vorbehalt der Mitwirkungsrechte der Bundesversammlung", wie in Art. 166 BV definiert, für die auswärtigen Angelegenheiten zuständig ist. Diese innere Verbindung zwischen den beiden Bestimmungen zeigt die Verflechtung der Kompetenzen der Legislative und der Exekutive in diesem Bereich. Darüber hinaus stellt die Aufnahme der geteilten Zuständigkeiten und der intensiven Zusammenarbeit zwischen Bundesrat und Bundesversammlung im Bereich der Außenpolitik in die Verfassung von 1999 einen wichtigen Schritt in der allgemeinen Tendenz zur Erosion des Monopols der Exekutive im Bereich der Außenbeziehungen dar.

5 Der Ursprung dieses Kompetenzgeflechts liegt in zwei großen Herausforderungen, denen sich die für auswärtige Angelegenheiten zuständigen Bundesbehörden gegenübersehen. Auf der einen Seite haben die Internationalisierung von Politik und Recht, die insbesondere seit der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts an Intensität gewonnen hat, und die Auswirkungen, die internationale Normen direkt auf die Bürger und das nationale Recht haben, einen erhöhten Bedarf an demokratischer Legitimität in der internationalen Sphäre deutlich gemacht. Auf der anderen Seite muss der Bundesrat in der Lage sein, einen gewissen Spielraum, Flexibilität und Effizienz bei der Durchführung der Außenpolitik aufrechtzuerhalten, ein Bedürfnis, das durch die oft zeitraubenden Prozesse der parlamentarischen Beteiligung beeinträchtigt werden kann. Dieses Spannungsverhältnis ist besonders heikel für einen globalisierten Staat wie die Schweiz, zu deren "verfassungsrechtlicher DNA" die demokratische Beteiligung an der Rechtssetzung gehört.

III. ART. 166: BEZIEHUNGEN ZUM AUSLAND UND INTERNATIONALE VERTRÄGE

Art. 166 BV betrifft die horizontale Aufteilung der Zuständigkeiten im Bereich der auswärtigen Angelegenheiten zwischen dem Bundesrat und der Bundesversammlung. 6

A. Beteiligung an der Festlegung der Außenpolitik und Überwachung der Beziehungen zum Ausland (Abs. 1)

Während der Bundesrat "mit den auswärtigen Angelegenheiten betraut" ist (Art. 184 Abs. 1 BV), hat die Bundesversammlung gemäß Art. 166 und 184 Abs. 1 BV bestimmte Mitwirkungsrechte. Die Lehre ist der Ansicht, dass der Bundesrat und die Bundesversammlung über konkurrierende Zuständigkeiten im Bereich der auswärtigen Angelegenheiten verfügen. Die Botschaft des Bundesrates über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996 stellt fest, dass die Parallelität und die Überschneidungen der jeweiligen Kompetenzen von Exekutive und Legislative "die beiden Gewalten [...] veranlassen, ihre Anstrengungen zu vereinen" und dass sie im Bereich der Außenpolitik wie "die Finger einer Hand" agieren. Die Legislative des Bundes hat somit eine starke Position in der Außenpolitik, die im internationalen Vergleich einzigartig ist. Gemäß Art. 166 Abs. 1 BV wirkt die Bundesversammlung "an der Festlegung der Außenpolitik mit" (u.a. durch die Genehmigung völkerrechtlicher Verträge, Abs. 2) und "überwacht die Beziehungen zum Ausland". 7

1. Beteiligung an der Festlegung der Außenpolitik

a. Terminologie

"Beteiligung" in der Definition

"Beteiligung" bedeutet, sich an etwas zu beteiligen, an einer Handlung, hier an der Festlegung der Außenpolitik. Art. 166 Abs. 1 BV legt somit ein Recht und eine Pflicht der Bundesversammlung zur Teilnahme fest. Ehrenzeller spricht in diesem Zusammenhang von einem "mitverantwortlichen Entscheidungsträger". 8

Die jetzige Formulierung geht weiter als die des Vorentwurfs von 1995 ("sie kann zur Ausrichtung der Außenpolitik beitragen"), aber weniger weit als der 9

Vorschlag der beiden Kommissionen von 1997, wonach "die Bundesversammlung die Grundzüge der Außenpolitik festlegt". Wir folgern daraus, dass die Bundesversammlung die Ziele, die im Bereich der internationalen Politik zu erreichen sind, nicht verbindlich festlegen kann. Im Juni 2021 forderte die APK des Nationalrates jedoch in einer parlamentarischen Initiative, dass "der Bundesrat im Rahmen des strukturierten politischen Dialogs mit der Europäischen Union die institutionellen Regeln für die Fortsetzung und Erleichterung der Beziehungen zur Europäischen Union klären soll, um die Interessen der Schweiz zu wahren" und dass "die Grundzüge des Dialogs sowie die Rolle des Parlaments und der Kantone und ihre Einbeziehung in den Prozess in einem Bundesgesetz festgelegt werden". Baumbacher ist der Ansicht, dass ein solches Gesetz nicht mit der in der Verfassung festgelegten Kompetenzverteilung vereinbar sein kann. Unserer Ansicht nach wäre es gerechtfertigt, dass die Bundesversammlung die strategischen Leitlinien und Richtlinien der Europapolitik rechtlich festlegt. Eine Verpflichtung zur Aufnahme von Verhandlungen und die Unmöglichkeit für den Bundesrat, diese abzubrechen, wie von der Initiative vorgeschlagen, würde jedoch über die Beteiligung von Art. 166 Abs. 1 BV hinausgehen und somit die Prärogative der Exekutive verletzen. Das Bundesgericht hat ausdrücklich festgestellt, dass die Bundesversammlung im Sinne von Art. 166 Abs. 1 BV den Bundesrat nicht verpflichten kann, bestimmte außenpolitische Maßnahmen zu ergreifen, und dass es allein in der Kompetenz des Bundesrates liegt, auf die Fortsetzung von Verhandlungen zu verzichten.

10 Indem die Bundesversammlung im Sinne von Art. 166 Abs. 1 BV "mitwirkt", soll sie nicht nur die außenpolitischen Maßnahmen des Bundesrates legitimieren, sondern ein proaktives Verhalten zeigen, indem sie aus eigener Initiative und gemäß den geltenden Verfahren handelt.

"Definition" von "Außenpolitik"

11 Der Begriff "Außenpolitik" ist weit zu verstehen und umfasst alle Aktivitäten, die im Rahmen der auswärtigen Angelegenheiten der Schweiz durchgeführt werden. Im Allgemeinen wird davon ausgegangen, dass der Begriff "Außenpolitik" enger gefasst ist als der Begriff "auswärtige Angelegenheiten". Diese terminologischen Unterscheidungen haben jedoch nur eine sehr geringe praktische Bedeutung.

Die Bundesversammlung "beteiligt sich an der Definition", "sich an der Gestaltung beteiligen", "participa all'elaborazione" der Außenpolitik. Die französische Fassung spricht einfach von "définition", während die deutsche Fassung den Begriff "Gestaltung" und die italienische Fassung den Begriff "elaborazione" verwendet. Daraus lässt sich ableiten, dass die Bundesversammlung an der Gestaltung und Ausarbeitung der Außenpolitik beteiligt sein muss, d.h. an ihrer Bildung und ihrer reifen Vorbereitung. Daher muss die Bundesversammlung an der politischen Willensbildung in grundlegenden Fragen beteiligt sein und in wichtige Entscheidungen einbezogen werden und somit die Möglichkeit haben, einen effektiven Einfluss auf die Ausrichtung der schweizerischen Außenpolitik auszuüben. Die operativen Aspekte der Führung dieser Politik, insbesondere die Ausführung, fallen in die alleinige Zuständigkeit des Bundesrates. 12

Art. 24 ParlG erläutert den Begriff der "Festlegung der Außenpolitik". Gemäß Abs. 1 ist "die Bundesversammlung [...] am Entscheidungsprozess über wichtige Fragen der Außenpolitik beteiligt". Die Lehre ist der Ansicht, dass der Begriff "wichtige Fragen" materieller und nicht formaler Natur ist, in dem Sinne, dass formale Kriterien wie die Form oder die Art eines außenpolitischen Aktes nicht entscheidend sind und dass er von Fall zu Fall unter Berücksichtigung aller Umstände beurteilt werden muss. 13

Zusammenfassend ist der Bundesrat verpflichtet, die Bundesversammlung zu beteiligen, bevor er Entscheidungen über "wichtige Fragen" im Bereich der Außenpolitik trifft. Aus dieser Beteiligung ergibt sich jedoch auch eine Verantwortung für die Bundesversammlung, insbesondere die Verantwortung, "die Entwicklung der internationalen Lage zu verfolgen", wie in Art. 24 Abs. 1 ParlG vorgesehen, und dazu Stellung zu nehmen und Initiativen zu ergreifen. 14

b. Akteure der Beteiligung

Art. 166 BV umfasst die Beteiligung des Plenums und der parlamentarischen Ausschüsse. Die relevantesten Ausschüsse sind die beiden Außenpolitischen Kommissionen (APK), aber auch andere thematische Kommissionen sind je nach Bereich beteiligt. Die APKs erfüllen die Funktion eines Scharniers zwischen dem Bundesrat und der Bundesversammlung dank der besonderen Rechte, die ihnen nach Art. 152 ParlG gewährt werden. 15

c. Formen der Beteiligung

16 Die Bundesversammlung erfüllt die in Art. 166 BV und Art. 24 Abs. 1 ParlG festgelegten Aufgaben (d.h. die Verfolgung der internationalen Entwicklungen und die Beteiligung am Entscheidungsprozess in wichtigen außenpolitischen Fragen) hauptsächlich in vier Formen: Meinungsaustausch, Informationsrecht, Konsultationsrecht und parlamentarische Außenbeziehungen.

Meinungsaustausch und Informationsrecht

17 Gemäß Art. 152 Abs. 1 ParlG "pflegen die für die Außenpolitik zuständigen Ausschüsse und der Bundesrat gegenseitige Kontakte und führen regelmäßig einen Meinungsaustausch durch".

18 Absatz 2 desselben Artikels verpflichtet den Bundesrat, die Präsidialkollegien der Räte und die APKs regelmäßig, schnell und umfassend über wichtige Entwicklungen in diesem Bereich zu informieren, unabhängig davon, ob diese nur die Außenpolitik der Schweiz betreffen oder Auswirkungen auf ihre Innenpolitik haben. Ehrenzeller ist der Ansicht, dass es, um eine effektive Beteiligung der Bundesversammlung zu gewährleisten, Aufgabe der APKs und nicht des Bundesrates sei, wichtige von weniger wichtigen Entwicklungen zu trennen. Im Übrigen seien die allgemeinen Informationsrechte der Bundesversammlung nach Art. 150 Abs. 1 lit. a bis c ParlG sowie deren Einschränkungen nach Abs. 2 lit. b bis c ParlG nicht ausreichend. 2 lit. a und b gelten auch für den Bereich der Außenpolitik.

Recht auf Konsultation

19 Art. 152 Abs. 3 ParlG begründet eine Pflicht zur Anhörung der APKs zu den wichtigsten außenpolitischen Leitlinien, zu geplanten Änderungen des diplomatischen und konsularischen Netzes der Schweiz im Ausland und zu Richtlinien oder Leitlinien für die Annahme oder Änderung eines Mandats für wichtige internationale Verhandlungen zu Lasten des Bundesrates. Der Bundesrat ist auch verpflichtet, die PKE über den Stand der Arbeiten im Hinblick auf die beschlossenen Leitlinien und die Verhandlungen zu informieren. Die breite Formulierung "wichtige internationale Verhandlungen" umfasst nicht nur Verhandlungen in internationalen Organisationen, sondern auch alle bilateralen und multilateralen Verhandlungen. Der Begriff "wichtige Leitlinien" ist noch weiter gefasst und umfasst auch weiche Rechtsnormen. Dieser Begriff wurde durch Art. 5b RVOV, der am 1. August 2016 in Kraft trat,

präzisiert. "Hauptleitlinien" und "wichtige internationale Verhandlungen" sind unbestimmte Rechtsbegriffe und sollten daher nicht abstrakt definiert werden, sondern von den Ausschüssen und dem Bundesrat von Fall zu Fall beurteilt werden. Im Falle eines Konflikts zwischen dem Bundesrat und den EPKs über eine solche Bewertung können die EPKs jederzeit eine Konsultation des Bundesrates auf der Grundlage von Art. 152 Abs. 5 ParlG verlangen.

20 Auf der einen Seite wurde ein Mangel an ausreichender Information und Konsultation der APKs und natürlich der gesamten Bundesversammlung von den betroffenen Mitgliedern wiederholt behauptet. Beispielsweise wurde dem Bundesrat in zahlreichen parlamentarischen Vorstößen vorgeworfen, das Parlament nicht ausreichend in die Ausarbeitung von Instrumenten des weichen internationalen Rechts einbezogen zu haben, was zur Einführung des oben erwähnten Art. 5b RVOV führte. Ungeachtet dessen wurden im Laufe des Jahres 2018 weitere parlamentarische Vorstöße zur gleichen Problematik eingereicht, die sich insbesondere auf den UN-Migrationspakt fokussieren. Unserer Ansicht nach wurden diese verschiedenen Anfechtungen nicht nur durch die Rechtsnatur dieses Instruments motiviert, sondern auch und vor allem durch die politische Bedeutung seines Inhalts.

21 Auf der anderen Seite verzichtete die APK des Ständerats darauf, sich zu äußern, als der Bundesrat sie in der letzten Phase der Verhandlungen über das institutionelle Rahmenabkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Union im April 2021 konsultierte. Beide APKs wurden zu der Einschätzung des Bundesrates konsultiert, dass die Bedingungen für die Fortsetzung der Verhandlungen oder die Unterzeichnung des Abkommens für die Schweiz nicht erfüllt waren. Die APK des Ständerats war der Ansicht, dass es aufgrund der verfassungsmäßigen Kompetenzverteilung allein dem Bundesrat obliegt, über eine mögliche Unterbrechung, Aussetzung oder Fortsetzung der Verhandlungen zu entscheiden. Die APK des Nationalrates sprach sich für die Fortsetzung der Verhandlungen aus und forderte eine rasche Verabschiedung einer Botschaft an das Parlament.

Parlamentarische Außenbeziehungen

22 Art. 24 Abs. 4 ParlG besagt, dass die Bundesversammlung "an den Arbeiten internationaler parlamentarischer Versammlungen teilnimmt und ständige Beziehungen zu ausländischen Parlamenten unterhält". Die parlamentarischen

Außenbeziehungen werden in Art. 60 ParlG und in der Verordnung der Bundesversammlung über die internationalen Beziehungen des Parlaments (VIBP) behandelt. Das Ziel dieser Form der Beteiligung ist nicht nur die Außenwirkung der Bundesversammlung, sondern auch eine effektivere Einbeziehung der Bundesversammlung in den internen Entscheidungsprozess. Die Bundesversammlung kann sich dem Bundesrat gegenüber dank der individuellen internationalen Erfahrungen ihrer Mitglieder informierter und kompetenter präsentieren. Heute nehmen die Mitglieder der Bundesversammlung an den Arbeiten der Interparlamentarischen Union und an den parlamentarischen Versammlungen internationaler Organisationen wie dem Europarat, der OSZE, der EFTA, der NATO und der Internationalen Organisation der Frankophonie teil (Art. 1 und 2 IntV). Art. 60 ParlG sieht die Einrichtung von parlamentarischen Delegationen vor, die mit der Pflege der bilateralen Beziehungen zu ausländischen Parlamenten beauftragt sind. Derzeit gibt es solche ständigen Delegationen für die Beziehungen zu den Parlamenten aller Nachbarstaaten (Art. 4 ORInt). Diese verschiedenen Kontakte tragen einerseits zur Demokratisierung der internationalen Organisationen und andererseits zur Legitimität der Außenpolitik bei, indem sie eine effektivere Ausübung des Mitwirkungsmandats der Bundesversammlung nach Art. 166 BV ermöglichen.

d. Instrumente der Beteiligung

23 Die Palette der Instrumente, mit denen die Bundesversammlung an der Gestaltung der Außenpolitik mitwirkt, ist breit gefächert. Das erste Instrument, das zur Verfügung steht, ist das Bundesgesetz (Art. 164 BV). Es wird jedoch aufgrund der oft unvorhersehbaren Natur der Außenpolitik, die ein schnelles Handeln erfordert, nicht oft genutzt. Bundesbeschlüsse, einfache Bundesbeschlüsse, Grundsatzentscheidungen und Planungen (Art. 28 ParlG) sind geeignetere Instrumente für "punktuelle Handlungen im Rahmen der Staatsführung, für zeitlich begrenzte Aktivitäten, für wichtige Verfahrenshandlungen oder für vorläufige Entscheidungen". Darüber hinaus kann die Bundesversammlung auf verschiedene parlamentarische Vorstöße (Art. 118 ParlG) und Haushaltsbeschlüsse zurückgreifen. Schließlich werden die Beteiligungsrechte, insbesondere das Recht auf Information, durch verschiedene Berichte konkretisiert: die Berichte des Bundesrates über die außenpolitische Strategie pro Legislaturperiode (Art. 148 Abs. 3bis ParlG), die ordentlichen Jahresberichte des Bundesrates über die außenpolitischen

Aktivitäten der Schweiz (Art. 148 Abs. 3 ParlG), die vierteljährlichen Listen, mit denen die APKs über die außen- und europapolitischen Aktivitäten und die Wirtschafts- und Abgabenausschüsse über die finanzpolitischen Aktivitäten informiert werden, sowie andere spezifische oder thematische Berichte.

e. Auswirkungen der Teilnahme

Aus Art. 166 Abs. 1 BV ergibt sich ein Recht und eine Pflicht des Bundesrates, die verschiedenen Stellungnahmen der Bundesversammlung zur Kenntnis zu nehmen und sie inhaltlich zu prüfen. Schmid spricht von einer Pflicht des Bundesrates zur "aufrichtigen Auseinandersetzung mit dem Inhalt der Stellungnahmen der Bundesversammlung und ihrer Ausschüsse". Ohne eine solche Berücksichtigung würden die Mitwirkungsrechte der Bundesversammlung nicht respektiert. Der Bundesrat ist jedoch nicht verpflichtet, den Stellungnahmen der Bundesversammlung zu folgen; er kann davon abweichen, wenn er die auf dem Spiel stehenden Interessen ordnungsgemäß und konkret abgewogen hat und wenn die Umstände es erfordern, muss dann aber die Richtung seines außenpolitischen Handelns begründen. 24

2. Überwachung der Beziehungen zum Ausland

Gemäß Art. 166 Abs. 1 BV überwacht die Bundesversammlung die Beziehungen mit dem Ausland. Angesichts der Systematik dieses Absatzes kann eine enge Verbindung zwischen Aufsicht und Beteiligung abgeleitet werden. Die ausdrückliche Erwähnung der Aufsicht an dieser Stelle zeigt, dass die Rolle der Bundesversammlung nicht auf eine nachträgliche politische Kontrolle beschränkt ist, sondern dass es sich um einen Aspekt der allgemeinen Mitwirkungskompetenz handelt, nämlich eine proaktive Beteiligung der Bundesversammlung. 25

Die Beaufsichtigung bezieht sich nicht nur auf die Art und Weise, wie der Bundesrat die auswärtigen Angelegenheiten regelt, da dieser Aspekt bereits Gegenstand der Oberaufsicht der Bundesversammlung ist (Art. 169 BV), sondern auch auf die Beziehungen der Schweiz zum Ausland im Allgemeinen, einschließlich der Aktivitäten der verschiedenen öffentlichen Akteure in diesem Bereich, einschließlich der Kantone (Art. 56 BV) und der eigenen Außenpolitik (Art. 24 Abs. 4 ParlG). Wir stimmen mit Aubert überein, dass das 26

Verb "wachen" angemessener gewesen wäre, da die Bundesversammlung darüber "wachen" muss, dass die Beziehungen mit dem Ausland insgesamt "so gut wie möglich" sind. Ihre Rolle beschränkt sich nicht auf eine passive Beobachtung in dem Sinne, dass sie diese Beziehungen "pflegen" muss, wenn sie selbst handelt. Darüber hinaus sorgt die Bundesversammlung für ihre eigene effektive Beteiligung an der Festlegung der Außenpolitik.

B. Zustimmung zu internationalen Verträgen (Abs. 2)

27 Art. 166 Abs. 2 BV sieht ein besonders weitreichendes besonderes Mitwirkungsrecht der Bundesversammlung in auswärtigen Angelegenheiten vor. Grundsätzlich obliegt es der Bundesversammlung, internationale Verträge vor ihrer Ratifizierung durch den Bundesrat zu genehmigen. Diese Rolle der Legislative, das "harte" internationale Recht zu genehmigen, ist mit der Hauptfunktion der Legislative, der Rechtssetzung, vergleichbar. Eine Ausnahme von dem oben genannten Prinzip betrifft Verträge, deren Abschluss aufgrund eines Gesetzes oder eines internationalen Vertrags in die alleinige Zuständigkeit des Bundesrates fällt.

1. Allgemeines

28 Der materielle Anwendungsbereich von Art. 166 Abs. 2 BV ist auf internationale Verträge beschränkt. Ein Vertrag ist eine internationale Vereinbarung zwischen zwei oder mehreren Völkerrechtssubjekten (Staaten und internationale Organisationen), durch die diese ihren übereinstimmenden Willen zum Ausdruck bringen und so zu ihren Gunsten oder zu ihren Lasten Rechte oder Pflichten begründen, die dem Völkerrecht unterliegen. Nach der überwiegenden Lehre ist Art. 166 Abs. 2 BV nur auf internationale Verträge im engeren Sinne anwendbar und nicht auf Beschlüsse internationaler Organisationen oder auf weiches Recht. Es ist jedoch zu erwähnen, dass einige internationale Instrumente, die nicht dieser Definition eines internationalen Vertrags entsprechen, bereits der Bundesversammlung zur Genehmigung vorgelegt wurden, wie z.B. der Globale Pakt über Migration der UNO, ein Instrument des weichen Rechts.

29 Im Gegensatz zur Unterzeichnung, Ratifizierung und Kündigung ist die Genehmigung der Ausdruck einer ausdrücklichen Zustimmung durch einen Akt des nationalen Rechts, der im Rahmen des innerstaatlichen Entscheidungsverfahrens erlassen wird. Aus rechtlicher Sicht ist die

Zustimmung kein Mandat, sondern eine einfache Ermächtigung zur Ratifizierung. Dies bedeutet, dass der Bundesrat einen Vertrag trotz vorheriger Zustimmung der Bundesversammlung nicht ratifizieren kann. Es gibt jedoch dogmatische Unterschiede in der Doktrin. Schmid ist der Ansicht, dass die Genehmigung eine Ermächtigung des Bundesrates zur Ratifizierung enthält, dass der Bundesrat jedoch nach Art. 184 Abs. 1 BV auf die Genehmigung verzichten kann, insbesondere im Falle einer wesentlichen Änderung der Sachlage. Epiney ist der Ansicht, dass die Zustimmung eine Ratifizierungspflicht darstellt, dass aber Ausnahmen im Falle einer wesentlichen Änderung der Umstände möglich sind.

30 Die Frage der Beteiligung des Parlaments am Abschluss, der Änderung und der Kündigung internationaler Verträge ist Teil einer der zentralen Fragestellungen des Verfassungsrechts der letzten Jahre, nämlich wie internationales Recht demokratisch legitimiert und die Legislative besser einbezogen werden kann. Im Jahr 2019 führte diese Debatte zur Verabschiedung des neuen Bundesgesetzes über die Zuständigkeiten für den Abschluss, die Änderung und die Kündigung internationaler Verträge, das in Punkt 4 dieses Abschnitts behandelt wird.

2. Genehmigung durch die Bundesversammlung (sog. ordentliches Verfahren)

31 Die Genehmigung erfolgt zwischen dem Zeitpunkt der Unterzeichnung und der Ratifizierung des Vertrags durch den Bundesrat. Sie erfolgt in Form eines Bundesbeschlusses, der dem obligatorischen Referendum unterliegt, wenn der Vertrag den Beitritt der Schweiz zu einer Organisation für kollektive Sicherheit oder einer supranationalen Gemeinschaft betrifft (Art. 140 Abs. 1 lit. b BV), oder eines Bundesbeschlusses, der dem fakultativen Referendum unterliegt, wenn der Vertrag unbefristet und unkündbar ist, den Beitritt zu einer internationalen Organisation vorsieht, wichtige rechtssetzende Bestimmungen enthält (Art. 22 Abs. 4 ParlG) oder wenn seine Umsetzung die Verabschiedung von Bundesgesetzen erfordert (Art. 141 Abs. 1 lit. d BV). In allen anderen Fällen handelt es sich um einen einfachen Bundesbeschluss (Art. 24 Abs. 3 ParlG).

32 Am 6. Dezember 2021 lehnte der Nationalrat eine Verfassungsänderung ab, die das obligatorische Referendum auf internationale Verträge ausdehnen sollte, die Bestimmungen von Verfassungsrang enthalten oder deren

Umsetzung eine Änderung der Verfassung erfordert. Dieser Anwendungsfall des obligatorischen Referendums war nach weit verbreiteter Auslegung bereits Teil des ungeschriebenen Verfassungsrechts. Der Revisionsentwurf wurde nach der Annahme der Motion 15.3557 Caroni durch das Parlament vorgelegt, die sich auf den Bericht zur Erfüllung des Postulats 13.3805 bezog, in dem der Bundesrat die Idee eines obligatorischen Referendums für internationale Verträge mit Verfassungscharakter unterstützt hatte. Laut Nationalrat Caroni schuf die Aufnahme dieses Volksrechts in die Verfassung keinen neuen Anwendungsfall für das obligatorische Referendum, sondern führte lediglich bereits bestehendes ungeschriebenes Verfassungsrecht ein, um Rechtsklarheit und -sicherheit zu gewährleisten. Es kann jedoch nicht ausgeschlossen werden, dass die Motion 15.3557 Caroni und der Vorentwurf auch durch das Fehlen eines Referendums vor der Ratifizierung der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten im Jahr 1974 und die zahlreichen Entwicklungen, die diese im Schweizer Recht mit sich brachte, motiviert waren. 2018 war Schmid der Ansicht, dass die Änderung des obligatorischen Referendums keine angemessene Lösung für das allgemeine Unbehagen über die normative Verflechtung zwischen dem nationalen Schweizer Recht und dem internationalen Recht sei. Sie war außerdem der Ansicht, dass die vom Bundesrat vorgeschlagene Neuformulierung von Art. 140 BV mehrere Auslegungsprobleme und das Risiko der Einführung eines obligatorischen Referendums für alle Verträge, die Grundrechte betreffen, mit sich gebracht hätte.

33 Nach den parlamentarischen Debatten in beiden Kammern kann die Bundesversammlung den Vertrag entweder annehmen oder ablehnen, d.h. entweder die Zustimmung erteilen oder in der Schlussabstimmung verweigern. Letztere muss sich auf den gesamten Vertrag beziehen und bedingungslos sein. Soweit Vorbehalte nach dem Vertrag und den allgemeinen Regeln des Völkerrechts (Art. 19 CVDT) zulässig sind, kann die Bundesversammlung einen Vertrag unter der Bedingung genehmigen, dass bei der Ratifizierung durch den Bundesrat ein Vorbehalt eingelegt wird.

34 Art. 141a BV sieht vor, dass Beschlüsse über die Genehmigung eines internationalen Vertrages, der dem obligatorischen oder fakultativen Referendum unterliegt, auch Verfassungs- bzw. Gesetzesänderungen enthalten können, die mit der Umsetzung des Vertrages verbunden sind. Die

Frage, ob die Bundesversammlung andere Elemente ("Anreicherungen") als die eigentliche Genehmigung, wie z.B. Modalitäten der Anwendung oder Auslegung des Vertrags, in einen einfachen Beschluss aufnehmen kann, ist umstritten. Diesbezüglich ist Epiney der Ansicht, dass aufgrund des schweizerischen Monismus Verträge auch im innerstaatlichen Recht verbindlich werden, sobald sie auf internationaler Ebene in Kraft treten, und dass solche Auslegungserklärungen für die Gerichte nicht bindend wären. Schmid ist der Ansicht, dass Art. 166 Abs. 2 BV nur die Genehmigung internationaler Verträge betrifft und nicht die Modalitäten ihrer Anwendung oder Auslegung.

Die Wirkung der Genehmigung eines internationalen Vertrags durch die Bundesversammlung ist keine Verpflichtung für den Bundesrat. Gemäß Art. 184 Abs. 2 BV ist es Sache des Bundesrates, den Vertrag zu ratifizieren oder nicht, wobei er seine Entscheidung begründen muss. Darüber hinaus kann die Bundesversammlung den Bundesrat nicht durch Motion, Postulat oder Initiative dazu zwingen, einen Vertrag zu ratifizieren (oder nicht zu ratifizieren), selbst wenn der Genehmigungsbeschluss rechtsgültig angenommen wurde, aufgrund der reinen Ermächtigungsnatur des letzteren und der begrenzten Wirkung dieser Instrumente. Auf internationaler Ebene macht die Nichteinhaltung einer innerstaatlichen Rechtsvorschrift über die Zuständigkeit zum Abschluss eines Vertrages wie Art. 166 Abs. 2 BV die Ratifizierung nicht ungültig, es sei denn, dass "diese Verletzung offenkundig war und eine innerstaatliche Rechtsvorschrift von grundlegender Bedeutung betrifft" (Art. 46 CVDT). 35

Gemäß Art. 7b RVOG kann der Bundesrat beschließen, einen Vertrag, dessen Genehmigung in die Zuständigkeit der Bundesversammlung fällt, vorläufig ohne die Bundesversammlung anzuwenden, wenn "die Wahrung wesentlicher Interessen der Schweiz und eine besondere Dringlichkeit es erfordern" (Abs. 1) und die zuständigen Ausschüsse beider Räte sich nicht dagegen aussprechen (Abs. 1bis). Lammers, Schenker und Schmid sprechen in diesem Zusammenhang von einem echten Vetorecht der parlamentarischen Ausschüsse. Der Bundesrat muss dem Parlament innerhalb von sechs Monaten einen Entwurf für einen Genehmigungsbeschluss vorlegen, andernfalls endet die vorläufige Anwendung (Abs. 2). 36

3. Abschluss durch den Bundesrat allein (sog. vereinfachtes Verfahren)

37 Art. 166 Abs. 2 BV in fine ermächtigt den Bundesrat, internationale Verträge ohne Zustimmung der Bundesversammlung in zwei Fällen abzuschließen: wenn dies in einem Bundesgesetz oder einem internationalen Vertrag vorgesehen ist (Delegationsklausel, Art. 7a Abs. 1 RVOG), oder wenn der internationale Vertrag von geringer Bedeutung ist (Art. 7a Abs. 2 RVOG). Dank dieser eigenen Kompetenz zum Abschluss von Verträgen kann der Bundesrat die Schweiz unabhängig auf internationaler Ebene verpflichten. Obwohl das vereinfachte Verfahren die Ausnahme vom Grundsatz darstellt, macht es in der Praxis den größten Teil der Fälle aus.

38 Art. 166 Abs. 2 BV spiegelt den Grundsatz wider, dass wichtige Bestimmungen auf Bundesebene von der Bundesversammlung erlassen werden (Art. 164 BV) und zielt darauf ab, die demokratische Legitimität der vom Bundesrat allein abgeschlossenen Verträge zu gewährleisten, indem er verlangt, dass die eigene Zuständigkeit des Bundesrates auf einem Vertrag oder einem Bundesgesetz beruht, das die Bundesversammlung bereits genehmigt bzw. verabschiedet hat.

39 Der erste (und am weitesten verbreitete) Fall des vereinfachten Verfahrens ist in Art. 7a Abs. 1 RVOG festgelegt. Viele internationale Verträge und Sondergesetze enthalten Delegationsklauseln, die es dem Bundesrat ermöglichen, einen Vertrag allein abzuschließen. Diese Klauseln dürfen dem Bundesrat keine allgemeine Ermächtigung zum selbstständigen Abschluss internationaler Verträge geben und müssen daher ausreichend abgegrenzt und präzise sein.

40 Der Bundesrat kann auch selbstständig völkerrechtliche Verträge von geringer Tragweite gemäß Art. 7a Abs. 2 RVOG abschließen. Schmid ist der Ansicht, dass dieser Absatz eine subsidiäre Generalklausel im Vergleich zu Absatz 7a darstellt. 1, in dem Sinne, dass er die autonome Kompetenz des Bundesrates begründet, wenn es keine besondere gesetzliche Grundlage gibt. Absatz. 3 dieses Artikels enthält eine nicht erschöpfende Aufzählung von Verträgen, die als Verträge von geringer Bedeutung eingestuft werden können (positive Definition, Buchstaben a bis c). Absatz 4 enthält eine ebenfalls beispielhafte Liste von Fällen, in denen die geringfügige Bedeutung ausgeschlossen ist (negative Definition, Buchstaben a bis c). Der Bundesrat bleibt jedoch frei, diese Verträge der Bundesversammlung vorzulegen.

Die Zuständigkeit für den Abschluss völkerrechtlicher Verträge kann von der Bundesversammlung an den Bundesrat (Art. 7a Abs. 1 RVOG), aber auch an untergeordnete Verwaltungseinheiten delegiert werden. Der Bundesrat kann seinerseits die Befugnis zum Abschluss von Verträgen auch allein an ein Departement (Art. 48a Abs. 1 Satz 1 RVOG), an eine Gruppierung oder ein Amt delegieren, wenn eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage oder ein Vertrag von geringer Tragweite vorliegt (Art. 48a Abs. 1 Satz 2 RVOG). 41

4. Änderung und Kündigung

Das neue Bundesgesetz über die Zuständigkeiten für den Abschluss, die Änderung und die Kündigung internationaler Verträge trat am 2. Dezember 2019 in Kraft. In der Rechtslehre wurde diskutiert, ob der Begriff der "Genehmigung" im Sinne von Art. 166 Abs. 2 BV bereits die Kündigung umfasst und ob andernfalls eine Verfassungsänderung erforderlich gewesen wäre. 42

Der Kern dieser Gesetzesänderung findet sich in Art. 24 Abs. 2 ParlG, wonach die Bundesversammlung "den Abschluss, die Änderung oder die Kündigung völkerrechtlicher Verträge genehmigt, soweit der Bundesrat nicht nach Art. 7a und 7b^{bis} RVOG befugt ist, diese allein abzuschließen, zu ändern oder zu kündigen". Gemäß dem Prinzip des gegenteiligen Aktes sind die Zuständigkeiten für den Abschluss und die Änderung oder Kündigung internationaler Verträge parallel. Dies ist eine wichtige Klärung der Rechtslage auf Gesetzesebene, da der Bundesrat zuvor der Ansicht war, dass die Kündigung von Verträgen in seine ausschließliche Zuständigkeit gemäß der Verfassung falle. Da ein beträchtlicher Teil der internationalen Verträge individuelle Rechte und Pflichten begründet, war es von entscheidender Bedeutung, dass die Änderung und Kündigung ausreichend demokratisch legitimiert ist. Eine Verschiebung der Kompetenzverteilung zugunsten des Parlaments, die dem aktuellen Trend zu einer stärkeren Einbeziehung des Parlaments in die Außenpolitik folgt, wurde klar formuliert. So muss die Änderung oder Kündigung grundsätzlich von der Bundesversammlung gebilligt werden, mit der Möglichkeit eines Referendums gemäß den verfassungsrechtlichen Kriterien, die für den Abschluss relevant sind und analog gelten. Die Genehmigung der Kündigung oder Änderung stellt daher eine Ermächtigung des Bundesrates dar, den Akt nach internationalem Recht auszuführen. Die Frage, ob die Zustimmung der Bundesversammlung 43

erforderlich ist, muss bei jeder Änderung oder Kündigung aufgrund ihrer materiellen Bedeutung erneut geprüft werden, selbst wenn diese Änderung im Grundtext vorgesehen ist (Parallelität der Zuständigkeiten nach der Bedeutung des Inhalts oder materielle Parallelität). Gemäß Art. 24 Abs. 2 ParlG kann der Bundesrat daher einen Vertrag gemäß den Kriterien von Art. 7a Abs. 1 und Art. 7b Abs. 1bis und 2 RVOG eigenständig ändern oder kündigen. Es ist hervorzuheben, dass Art. 7a Abs. 1bis RVOG einen Fall der autonomen Kündigung durch den Bundesrat vorsieht, der nicht parallel zu den Fällen des Abschlusses oder der Änderung ist, in dem Sinne, dass der Bundesrat internationale Verträge auch kündigen kann, wenn "die Verfassung ihre Kündigung vorschreibt", z.B. im Fall der Annahme einer Volksinitiative.

44 Der neue Art. 7b^{bis} RVOG sieht den Fall der dringenden Kündigung vor. Der Bundesrat kann einen Vertrag ohne Zustimmung der Bundesversammlung kündigen, selbst wenn eine solche Zustimmung grundsätzlich erforderlich ist, wenn "die Wahrung wesentlicher Interessen der Schweiz und eine besondere Dringlichkeit es erfordern" (Abs. 1) und wenn keiner der zuständigen parlamentarischen Ausschüsse Einwände erhebt (Art. 7b^{bis} RVOG, Art. 152 Abs. 3bis ParlG). Die zuständigen Ausschüsse haben somit ein Vetorecht. Dieses Verfahren ermöglicht es dem Bundesrat, schnell zu handeln und einen internationalen Vertrag endgültig zu kündigen.

45 Art. 166 Abs. 2 BV gibt der Bundesversammlung nicht die Befugnis, den Bundesrat zur Kündigung eines Vertrages zu zwingen. Die Bundesversammlung kann den Bundesrat jedoch mittels ihrer allgemeinen Kompetenzen im Sinne von Art. 166 Abs. 1 BV, wie z.B. einer Motion, auffordern, eine Kündigung vorzunehmen, ohne dass der Bundesrat verpflichtet ist, dem Folge zu leisten. Wir sind daher der Ansicht, dass die Bundesversammlung in Anbetracht des Prinzips des gegenteiligen Aktes und der Rechtsprechung des Bundesgerichts den Bundesrat nicht zwingen sollte, bestehende Verträge zu kündigen oder ihm verbieten sollte, die Verhandlungen durch ein mögliches neues Bundesgesetz über die Fortsetzung und Erleichterung der Beziehungen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Union abzubrechen.

5. Jährlicher Bericht

46 Art. 48a Abs. 2 RVOG sieht vor, dass der Bundesrat der Bundesversammlung jährlich über die von ihm allein, seinen Departementen, Gruppierungen oder

Ämtern abgeschlossenen, geänderten und gekündigten Verträge Bericht erstattet. Eine spezielle Sektion für internationale Verträge in der Direktion für Völkerrecht des EDA koordiniert die Vorlage des Jahresberichts an die Bundesversammlung. Folglich hat die Bundesversammlung ein Kontrollrecht über die vom Bundesrat abgeschlossenen Abkommen. Dieses Kontrollverfahren ermöglicht es ihr zu überprüfen, ob jeder abgeschlossene Vertrag tatsächlich in die alleinige Zuständigkeit des Bundesrates fällt, insbesondere wenn es sich um einen Vertrag von geringerer Tragweite handelt. Im Falle von Meinungsverschiedenheiten kann die Bundesversammlung eine nachträgliche Genehmigung durch einen Antrag verlangen. In diesem Fall bleibt der Vertrag während des parlamentarischen Verfahrens anwendbar und muss im Falle einer Ablehnung durch das Parlament so schnell wie möglich gekündigt werden. In der Praxis sind die Risiken für das Image und den Ruf der Schweiz auf internationaler Ebene nach einer solchen Kündigung jedoch kaum zu vernachlässigen. Dies ist insbesondere darauf zurückzuführen, dass ein Vertrag, der ohne Einhaltung der nationalen Normen über die Abschlusskompetenz geschlossen wurde, nach internationalem Recht gültig bleibt und dass viele Verträge eine Kündigung einfach nicht zulassen.

EMPFOHLENE WEITERFÜHRENDE LEKTÜRE

Diggelmann Oliver, Der liberale Verfassungsstaat und die Internationalisierung der Politik, Veränderungen von Staat und Demokratie in der Schweiz, Berne 2005.

Ehrenzeller Bernhard, Aussenpolitische Handlungsfähigkeit und Verfassung: Eine Betrachtung aus der Sicht der neuen schweizerischen Bundesverfassung, in: Hans-Joachim Cremer/Thomas Giegerich/Dagmar Richter/Andreas Zimmermann (éds.), Tradition und Weltoffenheit des Rechts: Festschrift für Helmut Steinberger, Berlin 2002, pp. 703–731.

Ehrenzeller Bernhard, Bundesversammlung, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (éds.), Verfassungsrecht der Schweiz – Droit constitutionnel suisse, Zürich 2020, pp. 1699–1721.

Epiney Astrid/Kern Markus, Aussenverfassung, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (éds.), Verfassungsrecht der Schweiz – Droit constitutionnel suisse, Zürich 2020, pp. 2151–2182.

Glaser Andreas/Müller Carla, Die Mitwirkung der Bundesversammlung beim Abschluss völkerrechtlicher Vorträge, in: Müller Andreas Th./Schroeder Werner (éds.), Demokratische Kontrolle völkerrechtlicher Verträge: Perspektiven aus Österreich und der Schweiz, Vienne 2017, pp. 25–42.

Künzli Jörg, Demokratische Partizipationsrechte bei neuen Formen der Begründung und bei der Auflösung völkerrechtlicher Verpflichtungen, Revue de droit suisse vol. 128, no. 1, 2009, pp. 47–75.

Langer Lorenz, Die demokratische Kontrolle von Kompetenzübertragungen an inter- und supranationale Institutionen, in: Müller Andreas Th./Schroeder Werner (éds.), Demokratische Kontrolle völkerrechtlicher Verträge: Perspektiven aus Österreich und der Schweiz, Vienne 2017, pp. 61–79.

Lanz Matthias, Bundesversammlung und Aussenpolitik, Möglichkeiten und Grenzen parlamentarischer Mitwirkung, thèse, Zürich 2020.

Martenet Vincent, La séparation des pouvoirs, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/ Schindler Benjamin (éds.), Verfassungsrecht der Schweiz – Droit constitutionnel suisse, Zürich 2020, pp. 999–1023.

Petrig Anna, Die demokratische Mitwirkung an der Entstehung und Umsetzung rechtsetzender Beschlüsse internationalen Rechts, in: Revue suisse de droit international et européen vol. 25, no. 4, 2015, pp. 507–537.

Petrig Anna/Sinz Mareike, Rechtsgutachten zum Thema «Mitwirkung des Parlaments im Bereich von Soft Law», im Auftrag der PVK, Bâle 2021, https://www.parlament.ch/centers/documents/de/01-02-22-Rechtsgutachten%20Prof.%20Petrig%20definitiv.pdf.

Sägesser Thomas, Parlamentarische Informations- und Konsultationsrechte, in: Pratique juridique actuelle, 2002, pp. 382 ss.

ZUR AUTORIN

Jelena Protic ist Diplomassistentin für Völkerrecht am Zentrum für vergleichendes, europäisches und internationales Recht der Fakultät für Rechtswissenschaften, Kriminalistik und öffentliche Verwaltung der Universität Lausanne. Derzeit forscht sie im Rahmen ihres Doktoratsstudiums über die Beteiligung der Bundesversammlung an der Ausarbeitung von nicht-vertraglichen internationalen Rechtsinstrumenten. Frau Protic hat einen

MLaw und einen BLaw in Rechtswissenschaften von der Universität Lausanne. Von 2019 bis 2021 war sie in der Direktion für Völkerrecht (DV) des Eidgenössischen Departements für auswärtige Angelegenheiten (EDA) tätig.

Die Autorin dankt Prof. Evelyne Schmid und Dr. Constance Kaempfer sowie Prof. Odile Ammann und Dr. Stefan Schlegel vom Onlinekommentar für ihre Anregungen und ihr sorgfältiges Korrekturlesen.

LITERATURVERZEICHNIS

Aubert Jean-François, Art. 166, in: Aubert Jean-François/Mahon Pascal, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zürich/Bâle/Genève 2003.

Autonomie suisse, La position de la Suisse dans les négociations en péril: le Conseil des États doit rectifier la décision du Conseil national, Communiqué de presse, 21 mars 2022, https://www.autonomiesuisse.ch/assets/Medien/Medienmitteilungen/20220321/autonomiesuisse_communique_de_presse_20220321.pdf, consulté le 20 avril 2022.

Avis du Conseil fédéral du 9 juin 1997, Rapport complémentaire des Commissions des institutions politiques des Chambres fédérales relatif à la réforme de la constitution Assemblée fédérale, Organisation, procédure, rapports avec le Conseil fédéral Avis du Conseil fédéral du 9 juin 1997, FF1997 III 1312, https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1997/3__1312_/fr, consulté le 7 février 2022.

Avis du Conseil fédéral du 25 février 2015 relatif à l'interpellation Schneider-Schneiter 14.4249 du 12 décembre 2014 «Protection des droits politiques».

Baumann Robert, Der Einfluss des Völkerrechts auf die Gewaltenteilung am Beispiel Deutschlands, Frankreichs, des Vereinigten Königreichs, der Vereinigten Staaten von Amerika, Schwedens und der Schweiz, thèse, Zürich 2002.

Biaggini Giovanni, Art. 166 BV, in: Biaggini Giovanni, BV Kommentar, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2ème éd., Zürich 2017.

Blum Nina/Naegeli Vera/ Peters Anne, Die verfassungsmässigen Beteiligungsrechte der Bundesversammlung und des Stimmvolkes an der Kündigung völkerrechtlicher Verträge, in: Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht, 114(10), 2013.

Chiariello Elisabeth, Kündigung von völkerrechtlichen Verträgen, Eine Skizze der neuen Zuständigkeitsregel, in: LeGes 31 (2020) 2.

Communication de la Direction du droit international public du DFAE et de l'Office fédéral de la justice du DFJP du 14 juin 2006, La compétence des unités administratives pour conclure et dénoncer des instruments internationaux, Droit et pratique suisses, JAAC 70.69 (2006 IV), https://entscheidsuche.ch/docs/CH_VB/CH_VB_006_JAAC-70-69--_2006-06-14.pdf, consulté le 23 février 2022.

Communiqué de presse de la Commission des institutions politiques du Conseil des États du 17 mai 2018, Dénonciation ou modification de traités internationaux: clarifier les compétences, https://www.parlament.ch/press-releases/Pages/mm-spk-s-2018-05-17.aspx?lang=1036, consulté le 21 avril 2022 (Communiqué de presse CIP-E).

Consultation et participation du Parlement dans le domaine du droit souple («soft law»), Rapport du Conseil fédéral du 26 juin 2019 en réponse au postulat 18.4104, Commission de politique extérieure CE, 12 novembre 2018, https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/57589.pdf, consulté le 1er février 2022 (Rapport Soft Law).

Département fédéral de justice et police, Réforme de la Constitution fédérale, Résultats de la procédure de consultation, 1996, https://www.bj.admin.ch/dam/bj/fr/data/staat/gesetzgebung/archiv/bundesverfassung/ve-ber-f.pdf.download.pdf/ve-ber-f.pdf, consulté le 15 avril 2022 (Résultats).

Dépêche ATS, Vers une suspension de l'examen du Pacte sur les migrations, le 8 juin 2021, https://www.parlament.ch/fr/services/news/Pages/2021/20210608114946529194158159038_bsf073.aspx, consulté le 14 février.

Dépêche ATS, Délibérations au Conseil national, le 6 décembre 2021, Pas de référendum obligatoire appliqué aux traités, https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20200016, consulté le 22 septembre 2022.

Diggelmann Oliver, Der liberale Verfassungsstaat und die Internationalisierung der Politik, Veränderungen von Staat und Demokratie in der Schweiz, Berne 2005.

Direction du droit international public DDIP, Département fédéral des affaires étrangères DFAE, Guide de la pratique en matière de traités internationaux, 2015, https://www.eda.admin.ch/dam/eda/fr/documents/publications/Voelkerrecht/Praxisleitfaden-Voelkerrechtliche-Vertraege_fr.pdf, consulté le 22 février 2022 (Guide).

Ehrenzeller Bernhard, Legislative Gewalt und Aussenpolitik: eine rechtsvergleichende Studie zu den parlamentarischen Entscheidungskompetenzen des deutschen Bundestages, des amerikanischen Kongresses und der schweizerischen Bundesversammlung im auswärtigen Bereich, Habilitation, Basel 1993 (Aussenpolitik).

Ehrenzeller Bernhard/Thürer Daniel/Isliker Franziska, Art. 166 BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Schindler, Benjamin/Schweizer, Rainer J./Vallender, Klaus A. (éds), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, Zürich 2014 (nouvelle édition en préparation, paraît en décembre 2022).

Epiney Astrid, Art. 166 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid, Bundesverfassung, Basler Kommentar, Bâle 2015.

Friesenhahn Ernst, Parlament und Regierung im modernen Staat: Die Organisationsgewalt, in: Friesenhahn Ernst/Köttgen Arnold/Ermacora Felix (éds.), Verhandlungen der Tagung der deutschen Staatsrechtslehrer zu Berlin am 10. und 11. Oktober 1957, Berlin 1958.

Hauri Milène, Soft Law international : Rapport du Conseil fédéral, in: Jusletter 2020.

Initiative 14.433 Aeschi du 20 juin 2014 «Recommandations et décisions de l'OCDE et de ses organismes spécialisés. Obligation d'informer et de consulter la commission législative compétente».

Initiative 14.474 Romano du 12 décembre 2014 «Sauvegarder les compétences du Parlement en matière de politique étrangère et de législation».

Initiative 21.480 CPE-CN du 25 juin 2021 «Loi fédérale sur la poursuite et la facilitation des relations entre la Confédération suisse et l'Union européenne».

Lammers Guillaume, Traités internationaux: leur conclusion selon la procédure simplifiée et leur application provisoire suite à la révision législative du 26 septembre 2014, in: Jusletter 2015.

Lanz Matthias, Bundesversammlung und Aussenpolitik, Möglichkeiten und Grenzen parlamentarischer Mitwirkung, thèse, Zürich 2020.

Linder Wolf, Swiss Legislation in the Era of Globalisation: A Quantitative Assessment of Federal Legislation (1983-2007), in: Swiss Political Science Review, mai 2014, pp. 223–231.

Lüthi Ruth, Die Stellung der Kommissionen im neuen Parlamentsgesetz, in: LeGes 14 (2003) 2.

Maroonian Anaïs/Kolb Robert, Art. 54, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques, Constitution fédérale, Commentaire Romand, Bâle 2021.

Message du Conseil fédéral du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle constitution fédérale, FF 1997 I 1, https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1997/1_1_1_1/fr, consulté le 7 février 2022.

Message du Conseil fédéral du 4 juillet 2012 concernant la loi fédérale sur la compétence de conclure des traités internationaux de portée mineure et sur l'application provisoire des traités internationaux (Modification de la loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration et de la loi sur le Parlement), FF 2012 6959, https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2012/1138/fr, consulté le 23 février 2022.

Message du Conseil fédéral du 15 janvier 2020 concernant le référendum obligatoire pour les traités internationaux ayant un caractère constitutionnel (Modification de l'art. 140 de la Constitution), FF 2020 1195, https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2020/271/fr, consulté le 22 septembre 2022.

Moeri Jacqueline B., Die Kompetenzen der schweizerischen Bundesversammlung in den auswärtigen Angelegenheiten, Saint-Gall 1990.

Monnier Jean, Principes constitutionnels de la politique étrangère suisse, in: Revue de droit suisse no. 2, 1986.

Motion 03.3577 CPE-CN du 11 novembre 2003 «Approbation par le Parlement de l'"Operative Working Arrangement' entre les autorités de poursuite pénale de la Confédération et des États-Unis d'Amérique».

Motion 15.3557 Caroni du 15 juin 2016 «Référendum obligatoire pour les traités internationaux ayant un caractère constitutionnel».

Motion 18.3378 CPE-CN du 18 mars 2018 «Rapports établis par des organisations internationales sur la Suisse. Implication du Parlement dans la procédure de consultation».

Naef Francesco, Soft Law und Gewaltenteilung, in: Pratique juridique actuelle no. 8, 2015.

Petrig Anna, Democratic Participation in International Lawmaking in Switzerland after the 'Age of Treaties', in: Aust Helmut Philipp/Kleinlein Thomas (éds.), Encounters between Foreign Relations Law and International Law: Bridges and Boundaries, Cambridge 2021 (Democratic participation).

Petrig Anna, Sind die parlamentarische Genehmigung und das Referendum im Aussenbereich auf völkerrechtliche Verträge beschränkt? Eine Untersuchung anhand von Kompetenztransfers an Völkerrechtsakteure, in: Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 78 (1) 2018 (Genehmigung).

Petrig Anna/Sinz Mareike, Rechtsgutachten zum Thema «Mitwirkung des Parlaments im Bereich von Soft Law», im Auftrag der PVK, Bâle 2021, https://www.parlament.ch/centers/documents/de/01-02-22-Rechtsgutachten%20Prof.%20Petrig%20definitiv.pdf, consulté le 1er mars 2022 (Rechtsgutachten).

Postulat 13.3805 Groupe Libéral-Radical du 25 septembre 2013 «Établir un rapport clair entre le droit international et le droit suisse».

Postulat 18.4104 CPE-CE du 12 novembre 2018 «Consultation et participation du Parlement dans le domaine du droit souple («soft law»)».

Rapport de la commission d'experts instituée par les Commissions des institutions politiques des Chambres fédérales du 15 décembre 1995, La répartition des compétences entre l'Assemblée fédérale et le Conseil fédéral, FF 1996 II 413, https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1996/2__413_/fr, consulté le 18 mars 2022.

Rapport de la Commission des institutions politiques du Conseil national du 1er mars 2001, Initiative parlementaire, Loi sur le Parlement (LParl), FF 2001 3298, https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2001/639/fr, consulté le 8 février 2022.

Rapport du Conseil fédéral en exécution du postulat Stöckli 13.4187 du 12 décembre 2013, 40 ans d'adhésion de la Suisse à la CEDH: Bilan et perspectives du 19 novembre 2014, FF 2015 353, https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2015/7/fr, consulté le 22 septembre 2022.

Rapport du Conseil fédéral en exécution du postulat 13.3805, Clarifier la relation entre le droit international et le droit interne, du 12 juin 2015, https://www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2013/20133805/Bericht%20BR%20F.pdf, consulté le 22 septembre 2022.

Rapport du Conseil fédéral relatif aux négociations sur un accord-cadre institutionnel entre la Suisse et l'UE du 26 mai 2021, https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/66827.pdf, consulté le 21 avril 2022 (Rapport accord-cadre).

Rapport du Contrôle parlementaire de l'administration à l'intention des Commissions de politique extérieure du Conseil national et du Conseil des États du 1er décembre 2021, Participation du Parlement dans le domaine du droit souple, https://www.parlament.ch/centers/documents/fr/Bericht%20PVK%20definitiv%20F.pdf, consulté le 15 mars 2022 (Rapport CPA).

Sägesser Thomas, Die Informationsrechte der Ratsmitglieder und der parlamentarischen Kommissionen im neuen Parlamentsgesetz, in: LeGes 14 (2003) 2.

Schenker Claude, L'application provisoire des traités: droit et pratique suisses, in: Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht 25 (2015) 2.

Schmid Evelyne/Altwicker Tilmann, International Law and (Swiss) Domestic Law-Making Processes, in: Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht 25 (2015) 4.

Schmid Evelyne, Art. 166, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques, Constitution fédérale, Commentaire Romand, Bâle 2021.

Schmid Evelyne, Procédure de consultation concernant l'avant-projet de référendum obligatoire pour les traités internationaux ayant un caractère constitutionnel, Prise de position à destination du Service juridique et législatif du Canton de Vaud, Lausanne 2018, https://serval.unil.ch/resource/

serval:BIB_5E3D512733D6.P001/REF.pdf, consulté le 22 septembre 2022 (Prise de position).

Secrétariat des Commissions de politiques extérieure, Note relative à la participation des Chambres fédérales dans le domaine de la politique extérieure, https://www.parlament.ch/centers/documents/fr/mitwirkung-aussenpolitik-apk-f.pdf, consulté le 4 mars 2022.

Tripet Florent Manuel, Ein Instrument der parlamentarischen Mitwirkung im Bereich der schweizerischen Aussenpolitik die Information und Konsultation gemäss Art. 152 Parlamentsgesetz, in: Cahier de l'IDHEAP, Lausanne 2012 (Mitwirkung).

Tripet Florent, Art. 152 ParlG, in: Graf Martin/Theler Cornelia/von Wyss Moritz, Parlamentsrecht und Parlamentspraxis der Schweizerischen Bundesversammlung, Kommentar zum Parlamentsgesetz (ParlG) vom 13. Dezember 2002, Bâle 2014.

Wildhaber Luzius, Aussenpolitische Kompetenzordnung im schweizerischen Bundesstaat, in: Riklin Alois/Partsch Karl Josef/Probst Raymond (éds.), Neues Handbuch der schweizerischen Aussenpolitik, Berne 1992.

Woolaver Hannah, From Joining to Leaving: Domestic Law's Role in the International Legal Validity of Treaty Withdrawal, European Journal of International Law vol. 30, no. 1, 2019, pp. 73–104.

Zehnder Daniel, Art. 60 ParlG, in: Graf Martin/Theler Cornelia/von Wyss Moritz, Parlamentsrecht und Parlamentspraxis der Schweizerischen Bundesversammlung, Kommentar zum Parlamentsgesetz (ParlG) vom 13. Dezember 2002, Bâle 2014.

Zellweger Valentin, Die demokratische Legitimation von Staatsverträgen, LeGes 10 (1999) 3.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 170 BV

Eine Kommentierung von Carl Jauslin / Gabriel Gertsch

ZITIERVORSCHLAG

Carl Jauslin/Gabriel Gertsch, Kommentierung zu Art. 170 BV, in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (Hrsg.), Onlinekommentar zur Bundesverfassung

Kurzzitat: OK-Jauslin/Gertsch, Art. 170 BV N. XXX.

Art. 170 Überprüfung der Wirksamkeit

Die Bundesversammlung sorgt dafür, dass die Massnahmen des Bundes auf ihre Wirksamkeit überprüft werden.

GLIEDERUNG

I. Zweck, Systematik, Entstehungsgeschichte und Terminologie 1633
II. Kontext 1635
A. Grundlagen 1635
B. Evaluation und Rechtsetzung 1639
C. Rechtsvergleich 1640
III. Kommentar i.e.S. 1642
A. Adressatin («Die Bundesversammlung... ») 1642
B. Auftrag («...sorgt dafür, dass ...») 1645
C. Gegenstand («...die Massnahmen des Bundes...») 1646
D. Massstab («...auf ihre Wirksamkeit... ») 1649
E. Umfang («...überprüft werden. ») 1651
1. Methoden und Instrumente 1651
2. Zeitpunkt 1652
3. Verhältnis zur Oberaufsicht 1656
IV. Umsetzung 1657
A. Evaluationsformen 1657
B. Evaluationsstandards 1658
C. Evaluationsklauseln 1659
V. Wirksamkeit als Verfassungsprinzip? 1660
Empfohlene Lektüre 1668
Literaturverzeichnis 1668
Materialienverzeichnis 1676

I. ZWECK, SYSTEMATIK, ENTSTEHUNGSGESCHICHTE UND TERMINOLOGIE

Zweck. Art. 170 BV beauftragt die Bundesversammlung, dafür zu sorgen, dass die Wirkungen staatlicher Massnahmen überprüft werden. Die Wirkungen sollen anhand von methodengeleiteten Untersuchungen (Wirksamkeitsprüfungen bzw. Evaluationen[6128]) gemessen werden. Den verfassungsmässigen Organen sollen dadurch die notwendigen Grundlagen vermittelt werden, damit sie ihre staatsleitenden Aufgaben (insb. Art. 163-173 BV, Art. 180-187 BV) möglichst wirksam wahrnehmen können. Wirksamkeitsprüfungen sollen Lernprozesse auslösen, indem die Erkenntnisse in zukünftige Entscheide, insbesondere die Rechtsetzung, einfliessen. Die Wirksamkeit staatlichen Handelns soll zu dessen Legitimation beitragen («Output-Legitimation»; zu den Funktionen: N. 6 f.). Aus institutioneller Sicht bezweckt Art. 170 BV, die **Letztverantwortung** für diese Aufgabe im Sinne eines Gewährleistungsauftrags (Normtypus: N. 17 und 21) der Bundesversammlung zuzuweisen (zum spezifischen Zweck im Verhältnis zur Oberaufsicht: N. 2). Die Bundesversammlung kann die Umsetzung des Auftrags an den Bundesrat delegieren und Hilfsorgane herbeiziehen (zur Umsetzung N. 20 und 21). Die Erfüllung des Auftrags bleibt nicht justiziabel (tiefe Normativität: N. 22 und 51). 1

Systematisch steht Art. 170 BV im 3. Abschnitt («Zuständigkeiten») des 2. Kapitels zu den Bundesbehörden. Die Bestimmung verankert eine Kompetenz und einen Auftrag der Bundesversammlung. Der Auftrag überschneidet sich in Bezug auf den Massstab (Wirksamkeit) und den Gegenstand (insb. Bundesrat und Bundesverwaltung) mit der Oberaufsicht nach Art. 169 BV. Im **Verhältnis zur Oberaufsicht** bezweckt Art. 170 BV einerseits, den Massstab der Wirksamkeit (auf den Art. 169 BV nicht beschränkt ist) besonders hervorzuheben. Andererseits bezweckt die Bestimmung, den Prüfauftrag der Bundesversammlung über den Gegenstand von Art. 169 BV hinaus zu erweitern, insb. in Bezug auf Massnahmen des Verfassungs- und des Gesetzgebers (N. 23 ff., 40). Obwohl die Art. 180 ff. keinen entsprechenden Auftrag enthalten, kann auch der Bundesrat jederzeit Wirksamkeitsprüfungen veranlassen (N. 18). Art. 170 BV weist einen Bezug zu Bestimmungen auf, 2

6128Die beiden Begriffe werden nachfolgend synonym verwendet.

welche den Staat zu einer verhältnismässigen sowie an öffentlichen Interessen und der Verwirklichung der Grundrechte ausgerichteten (Art. 5, 35 und 36 BV), rechtsgleichen (Art. 8 BV) oder rationalen (Art. 9, Art. 43a Abs. 5, Art. 126 Abs. 1, Art. 178 Abs. 1 BV) Aufgabenerfüllung verpflichten (N. 49). In der Lehre wird aus diesen **systematisch verwandten Bestimmungen** teils ein «Verfassungsprinzip der Wirksamkeit staatlicher Massnahmen» hergeleitet. Bisher bleiben die konkreten Rechtsfolgen eines solchen Prinzips jedoch weitgehend unbestimmt (N. 50 ff.).

3 *Historisch* hat Art. 170 BV **keine Entsprechung in der aBV** (1874). Die ausdrückliche Verankerung der Wirksamkeitsprüfung fand erst spät Eingang in den Revisionsprozess zur neuen BV; die Verfassungsentwürfe von 1995/96 enthielten noch keine entsprechende Bestimmung. Nachdem die Expertenkommission beider SPK die Schaffung eines unabhängigen Organs für die Evaluation staatlicher Massnahmen vorgeschlagen hatte, verknüpften die SPK die Wirksamkeitsprüfung in ihrem Zusatzbericht (1997) stattdessen mit der Oberaufsichtskompetenz der Bundesversammlung. In den Räten blieb diese Konzeption bestehen, die Wirksamkeitsprüfung wurde jedoch als eigene Bestimmung aus dem heutigen Art. 169 BV herausgelöst.[6129]

4 *Terminologisch* verwendet die BV in der deutschen Fassung den Verfassungsbegriff **«Wirksamkeit»**, während sie in der französischen und italienischen Fassung von **«efficacité»** bzw. **«efficacia»** spricht. Der Begriff ist in einem weiten Sinne zu verstehen: Wirksamkeitsprüfungen untersuchen, inwieweit eine staatliche Massnahme umgesetzt wird, ihre Ziele erreicht werden und welche Mittel dazu notwendig sind (Kosten-Nutzen; zum Prüfmassstab: N. 29 ff.). Sowohl der Auftrag («sorgt dafür, dass» bzw. «sorgen dafür, dass») sowie der Prüfmassstab («Wirksamkeit» bzw. «wirksam») werden in der deutschen Fassung auch in Art. 35 Abs. 3 BV (Verwirklichung der Grundrechte unter Privaten) verwendet.[6130] Der Wortlaut beschränkt den Auftrag auf Massnahmen «des Bundes», wozu auch Massnahmen gehören, die

6129 Zur Entstehungsgeschichte: BSK-Lienhard/Mächler/Marti Locher, Art. 170 BV, N 1 ff.; SGK-Uhlmann/Bussmann, Art. 170 BV, N. 1 ff.

6130 Die BV charakterisiert weitere Aufträge mit dem Verb «sorgen», z.B. im Sicherheitsartikel (Art. 57 Abs. 1 BV), in der Bildungsverfassung (Art. 61a Abs. 1, Art. 62 Abs. 2 und 3, Art. 63a Abs. 3 BV) oder beim Verkehr (Art. 81a Abs. 1 und Art. 83 Abs. 1 BV). Die Begriffe «Wirksamkeit», «Efficacité» und «Efficacia» sowie die jeweiligen Adjektive verwendet die BV sonst bloss in Art. 104 Abs. 1 BV (it.), Art. 104a Bst. b BV (dt., frz., it.) sowie in der Übergangsbestimmung zu Art. 117b BV (dt., frz., it.).

von der Bundesversammlung selber, dem Verfassungsgeber oder Gerichten des Bundes getroffen werden oder nicht vom Bund selber vollzogen werden (N. 23 ff.). Nach der deutschen Fassung soll die Wirksamkeit «überprüft»[6131] werden. Die italienische Fassung verwendet den ähnlichen Begriff «verificare». Demgegenüber verlangt die französische Fassung «que l'efficacité [...] fasse l'objet d'une évaluation», verwendet also den in der Praxis gebräuchlichen Begriff der Evaluation.

II. KONTEXT

A. Grundlagen

Definition. Wirksamkeitsprüfungen bzw. Evaluationen sind methodengeleitete, sich grundsätzlich an wissenschaftlichen Kriterien orientierende Untersuchungen mit dem Ziel, die Wirkungen staatlichen Handelns zu identifizieren, zu messen und zu bewerten.[6132] Sie analysieren, inwieweit staatliche Massnahmen zur Erreichung der rechtlich gesetzten Ziele und zum öffentlichen Wohlergehen beitragen. 5

Funktion. Mit Wirksamkeitsprüfungen wollen Behörden im Wesentlichen Rechenschaft über staatliches Handeln ablegen, Erkenntnisse über Kausalzusammenhänge gewinnen, Optimierungen durch bessere Entscheidungsgrundlagen und Lernprozesse ermöglichen sowie die strategische Ausrichtung staatlichen Handelns verbessern.[6133] Wirksamkeitsprüfungen sind damit gleichzeitig vergangenheits- wie zukunftsorientiert. Sie sollen in der Gegenwart **Rechenschaft** über vergangene Massnahmen ablegen und **Vertrauen** in zukünftige Massnahmen fördern. Sie sollen ein besseres Verständnis der Wirkungen staatlichen Handelns erlauben und dadurch die strategische Ausrichtung zukünftiger Massnahmen optimieren. Dadurch soll sichergestellt werden, dass das staatliche Handeln auf die verfassungs- und gesetzesmässig festgelegten 6

6131 Auch verwendet in Art. 32 Abs. 3 BV (gerichtliche Überprüfung) und Art. 118b Abs. 2 Bst. d BV (unabhängige Überprüfung von Forschung am Menschen).

6132 BJ, Gesetzgebungsleitfaden 2025, N. 1135; Sager/Hinterleitner, S. 438. Auch blosse Berichte ohne strikt wissenschaftliche Forschungsanlage werden jedoch in der Praxis regelmässig als Evaluationen bezeichnet (vgl. Keller Läubli, S. 52).

6133 SGK-Uhlmann/Bussmann, Art. 170 BV, N. 29. Vgl. auch Rüefli, Gesetzesevaluation, Ziff. 2.1.

Gemeinwohlziele ausgerichtet ist und sich nicht in einer Eigenlogik abseits der Realität verstrickt.

7 *Output-Legitimation*. Die Legitimation des Staatshandelns erfolgt zunehmend nicht nur über rechtsstaatliche Prinzipien **(«Input»)** und demokratische Verfahren **(«Throughput»)**, sondern auch durch dessen Wirkungen **(«Output»)**.[6134] Traditionellerweise bestimmt das Recht die Voraussetzungen der Rechtmässigkeit und legimitiert staatliches Handeln, welches dem vorgeschriebenen Verfahren folgt (vgl. Niklas Luhmann: «Legitimation durch Verfahren»[6135]). Dieses Rechtsverständnis ist rechtsphilosophisch in der deontologischen Pflichtenethik (Immanuel Kant) verwurzelt. Mit der Hinwendung zur Wirksamkeit von Massnahmen finden Ideen der konsequentialistischen Ethik, namentlich des Utilitarismus (Jeremy Bentham, John Stuart Mill), Eingang in den Legitimationsdiskurs. Die beabsichtigten Konsequenzen einer Massnahme gewinnen so als Massstab legitimen Staatshandelns an Bedeutung. Gerade der Regelutilitarismus, welcher das Kriterium des grössten allgemeinen Glücks auf Handlungsregeln anstatt auf einzelne Handlungen anwendet, teilt gewisse Grundüberzeugungen mit der Wirksamkeitsprüfung.[6136] Die Output-Legitimation des staatlichen Handelns darf jedoch nicht auf Kosten der Input-Legitimation erfolgen. Grundlage und Schranke staatlichen Handelns bleibt das Recht (Art. 5 Abs. 1 BV). Wirksamkeitsüberlegungen sollen gerade sicherstellen, dass gesetzlich verankerte Ziele nicht toter Buchstabe bleiben.

8 *Gewalteneffektuierung*. Die Wirksamkeitsorientierung ist aus staatstheoretischer Perspektive Ausdruck eines Gewaltenteilungsverständnisses, welches eher die Zusammenarbeit **(«Modell kooperierender Gewalten»**[6137]) anstatt der Trennung und Hemmung der Gewalten betont. Staatsgewalt soll nicht nur begrenzt, sondern auch effektiv und effizient ausgeübt werden. Der Staat soll so organisiert sein, dass die ihm durch Verfassung und Gesetz übertragenen Aufgaben möglichst wirksam

6134 BJ, Bericht IDEKOWI 2004, S. 2; vgl. auch BSK-Lienhard/Mächler/Marti Locher, Art. 170 BV, N. 5 f.; Mastronardi, Legitimation, S. 26 f.; vertiefend dazu: Schmidt, S. 25-55.

6135 Luhmann (1969).

6136 Zu Deontologie und Utilitarismus als Rechtstheorien, vgl. Mastronardi, Angewandte Rechtstheorie, S. 45 ff.; Uffer, S. 226 ff., 301 ff.

6137 BSK-Lienhard/Mächler/Marti Locher, Art. 170 BV, N. 7.

erfüllt werden, wobei die Aufgabenerfüllung auch kooperativ oder durch Dritte erfolgen kann (Gewährleistungsstaat).

Wirkungsorientierte Verwaltungsführung. Mithin Ausdruck des Anspruchs an wirksames Staatshandeln sind Instrumente zur Planung, Umsetzung und Überprüfung einer wirkungsorientierten Verwaltungsführung.[6138] Einflussreich war ab den 1990er-Jahren insbesondere die Denkschule des **New Public Management**, mit welcher betriebswirtschaftliche Elemente der Unternehmensführung in die öffentliche Verwaltung eingeführt wurden, mit dem Ziel von Kosteneinsparungen und Effizienzsteigerungen.[6139] Durch Instrumente wie integrierte Aufgaben- und Finanzplanungen, Legislaturprogramme, finale Rechtssätze sowie Globalbudgets sollen Regierungen hinsichtlich der Mittel (nicht der Ziele) der Aufgabenerfüllung unternehmerische Freiräume erhalten.[6140] Das Neue Führungsmodell für die Bundesverwaltung (NFB) verwirklicht Aspekte der wirkungsorientierten Verwaltungsführung flächendeckend für die Zentralverwaltung, insbesondere die Steuerung durch Leistungsaufträge und Globalbudgets.[6141] Im akademischen Diskurs haben seither Denkschulen an Bedeutung gewonnen, welche zwar ebenfalls wirkungsorientiert sind, jedoch stärker den Gemeinwohlbeitrag («Public Value») staatlicher Aufgabenerfüllung anstatt dessen betriebswirtschaftliche Effizienz betonen.[6142] 9

6138 SGK-Uhlmann/Bussmann, Art. 170 BV, N. 7. Vgl. zum Verhältnis von NPM und Evaluation Rieder, New Public Management, S. 11 ff. m.w.H.

6139 BSK-Lienhard/Mächler/Marti Locher, Art. 170 BV, N. 5.

6140 Lienhard, S. 39 ff. Teil des Reformprogramms sind zudem eine Ergebnis-, Produkte- und Qualitätsorientierung hinsichtlich der Aufgabenerfüllung, eine Führungs-, Mitarbeiter- und Kundenorientierung hinsichtlich der Organisation sowie eine Innovations-, Wettbewerbs- und Kostenorientierung hinsichtlich der strategischen Ausrichtung (a.a.O., S. 27 ff.).

6141 Botschaft über die Weiterentwicklung der ziel- und ergebnisorientierten Verwaltungsführung – Neues Führungsmodell für die Bundesverwaltung (NFB) vom 20. November 2013, BBl 2014 767; BSK-Lienhard/Mächler/Marti Locher, Art. 170 BV, N. 5. Das Finanzhaushaltgesetz (FHG, SR 611.0) soll der Bundesversammlung und dem Bundesrat Instrumente und Entscheidungsgrundlagen für eine ziel- und ergebnisorientierte Führung des Bundeshaushalts in die Hand geben (Art. 1 Abs. 2 Bst. a Ziff. 2 FHG; Bundesgesetz vom 26.9.2014: Neues Führungsmodell für die Bundesverwaltung, AS 2015 1583, BBl 2014 767). Im Evaluationsbericht 2021 kommt der Bundesrat zum Schluss, dass sich das Führungsmodell Bund insgesamt bewährt habe und ein Umbau oder eine Rückkehr zur traditionellen Input-Steuerung ausgeschlossen sei (Bericht über die Vollzugs- und Wirkungskontrolle des Neuen Führungsmodells für die Bundesverwaltung, 24.11.2021, S. 2). Vgl. zur Evaluation von Verwaltungsreformen Wüest-Rudin, S. 57 ff.; Haldemann/Marek, S. 41 ff.; Bussmann, NPM-Pilotprojekte, S. 137 ff.; Haldemann, S. 68 ff.

10 *Empirische Rechtsforschung*. Die zunehmende Wirkungsorientierung staatlichen Handelns spiegelt sich auch in der Rechtswissenschaft. Wirksamkeitsprüfungen sind eine Form der Rechtstatsachenforschung. Während die Rechtswissenschaft Rechtsnormen als Bauteile einer normativen Ordnung versteht und analysiert (**«law-in-books»**[6143]), untersucht die empirische Rechtsforschung deskriptiv die Ursache und Wirkungen von Rechtsnormen (Rechtstatsachen, **«law-in-action»**[6144]). In der Praxis dienen Datenerhebungen teils gleichzeitig als Grundlage für eine Wirksamkeitsprüfung mit primär praktischem Interesse und für einen wissenschaftlichen Beitrag. Rechtstatsachenforschung wird heute insbesondere in sozialwissenschaftlichen Disziplinen wie der Soziologie, Ökonomie und Politikwissenschaft sowie in den interdisziplinär ausgerichteten Forschungsrichtungen Law & Economics, Empirical Legal Studies, Kriminologie und Rechtssoziologie betrieben.[6145] Der Trend hin zur Wirkungsorientierung des Rechts führt damit sozialwissenschaftliche Methoden in den rechtswissenschaftlichen Diskurs ein. Während in Bezug auf die Rechtsetzung unbestritten sein dürfte, dass empirische Erkenntnisse in die Gestaltung neuer Regelungen einfliessen sollen, ist in Bezug auf die Rechtsanwendung noch nicht im Einzelnen geklärt, welche Bedeutung Erkenntnissen der Rechtstatsachenforschung rechtsmethodisch zukommen soll und kann.[6146]

11 *Evaluationsforschung*. Neben der Forschung zu den Ursachen und Wirkungen von Rechtsnormen existiert eine extensive empirische Literatur zur **Funktionsweise von Wirksamkeitsprüfungen** selber.[6147] Diese Studien untersuchen beispielsweise, wie oft und in welchen Kontexten Evaluationen durchgeführt werden,[6148] den Einfluss und die Verwendung von Evaluationsergebnissen für die Politikgestaltung[6149] oder die Einflussnahme

6142 Grundlegend Moore (1995); für eine Übersicht: Meynhardt, S. 517 ff.

6143 Pound (1910).

6144 A.a.O.

6145 Vgl. für eine Übersicht Altwicker/Hermstrüwer, S. 44 ff., 64 ff.

6146 Vgl. Petersen, S. 435 ff.; Altwicker, Statistikbasierte Argumentation, S. 619 ff.; Altwicker, Evidenzbasiertes Recht, S. 181 ff.; Röhl, S. 7 ff.; SGK-Ehrenzeller K., Verfassungsinterpretation, N. 84 und 87.

6147 Vgl. für eine Übersicht Widmer et al., S. 459 ff.

6148 Balthasar/Müller, S. 70 ff.; Balthasar, Verwendung von Evaluationen, S. 23-41; Balthasar/Strotz, S. 89 ff.; Balthasar, Evaluationen in der Schweiz, S. 486-497.

von Auftraggebern auf die Unabhängigkeit und Resultate externer Evalautoren[6150].

B. Evaluation und Rechtsetzung

Alle staatlichen Massnahmen bedürfen einer ausreichenden gesetzlichen Grundlage. Daher weist die Wirksamkeitsprüfung einen besonders engen Bezug zur Rechtsetzung auf.[6151] Überlegungen zur Wirksamkeit können und sollen sowohl vor wie nach dem Erlass eines Rechtssatzes erfolgen: Während die prospektive Evaluation (*ex ante*) die erwarteten Folgen eines Rechtsetzungsprojektes untersucht, analysiert die retrospektive Evaluation (*ex post*) die tatsächlich erfolgten Auswirkungen des Rechtssatzes (zu spezifischen Formen der retro- und prospektiven Evaluation: N. 35 und 36 ff.). Die **prospektive Evaluation** erfolgt oft als Teil der Arbeiten an einem Erlassentwurf. Idealerweise können die Ergebnisse einerseits Aufschluss darüber geben, ob ein geplanter Erlass überhaupt weiterverfolgt werden soll und die Wahl zwischen verschiedenen staatlichen Handlungsformen, insbesondere der Rechtsetzung und rechtlich unverbindlichen Handlungsformen («Soft Law») wie Informationen oder Warnungen, erleichtern.[6152] Prospektive Evaluationen können jedoch auch als Grundlage für die Ausgestaltung eines Erlasses dienen, etwa bei der Wahl zwischen verschiedenen Regelungsvarianten[6153] wie Verhaltensvorschriften, Bewilligungs- und Meldepflichten oder Straf- oder Haftpflichtbestimmungen, oder bei der möglichst wirtschaftsschonenden, «differenzierten Regulierung»[6154] durch Instrumente wie Ausnahmeklauseln und Wahlmöglichkeiten («Opting Out» und «Opting Down») sowie regulatorische Anreizstrukturen zur freiwilligen Übernahme von Regelungen («Opting In» und «Opting Up»). Die **retrospektive Evaluation** ist auf die Revision und Verbesserung des betreffenden Erlasses sowie die wirksame Ausgestaltung anderer zukünftiger Rechtsetzung ausgerichtet. Die beiden

12

6149 Frey/Ledermann, S. 211 ff.; Stockbauer, passim; Melvin/Henry, S. 35 ff.; Della Vigna/Kim/Linos, S. 1-75; Rüefli, Gesetzesevaluation, Ziff. 3.3 m.w.H.

6150 Vgl. die Hinweise in Fn. 51.

6151 Dazu Flückiger, Impacts, N. 4. Vgl. auch Kettiger, Verwaltungsführung, passim; Kettiger, Gesetzescontrolling, passim.

6152 Vgl. Müller/Uhlmann/Höfler, S. 43 f., S. 282 ff.

6153 Bussmann, Prospektive Evaluation, S. 175 ff.

6154 Econcept, S. ii, 7-8; Bise/Wallart, passim.

Evaluationsformen sind komplementär zueinander: Die Erkenntnisse aus der prospektiven Evaluation, welche als Entscheidungsgrundlage für den Erlass dienen, sind später in die retrospektive Evaluation desselben Erlasses miteinzubeziehen. Konzeptionell, im Sinne eines evidenzbasierten «better regulation»-Ansatzes, sind (prospektive und retrospektive) Evaluationen als integrales Element des Rechtsetzungsprozesses und der Qualitätssicherung in der Rechtsetzung zu verstehen.[6155] Dies wird in der Rechtsetzungslehre mit dem Konzept des legistischen Kreislaufs[6156] und in den Politikwissenschaften mit dem analogen Konzept eines «Policy Cycle»[6157] illustriert. Der gelebten Realität entspricht das jedoch nicht immer. In der Praxis weisen gerade prospektive Evaluationen häufig eine tiefe Qualität auf und der Einfluss von Evaluationen auf den Rechtsetzungsprozess ist in aller Regel eher beschränkt.[6158]

C. Rechtsvergleich

13 *International.* Art. 170 BV stellt die **weltweit erste Bestimmung** zur Wirksamkeitsprüfung auf Verfassungsstufe dar. 2008 wurde die Politikevaluation («évaluation des politiques publiques») in Art. 47 und 48 der französischen Verfassung verankert. Die Schweiz und Frankreich bleiben mit ihrer verfassungsrechtlichen Evaluationspflicht Sonderfälle. In Deutschland besteht jedoch eine punktuelle Evaluationsklausel im Bereich der Finanzhilfen. Nach Art. 104b Abs. 2 des deutschen Grundgesetzes sind Finanzhilfen des Bundes an die Länder befristet zu gewähren und hinsichtlich ihrer Verwendung in regelmässigen Zeitabständen zu überprüfen.[6159]

14 *Kantonal.* Die Kantone kennen in ihren Verfassungen **vergleichbare Regelungen** zur Wirksamkeitsprüfung: z.B. Art. 27 Abs. 2 KV AR, § 16 KV BS

6155 Müller/Uhlmann/Höfler, S. 42 ff.; Rüefli, Instrumente besserer Regulierung, S. 445 ff., 458 ff.

6156 Dieser kann z.B. in folgende Phasen unterteilt werden: Problemdefinition, Zieldefinition, Wahl der Instrumente, Darstellung der Szenarien, Prospektive Evaluation, Rechtsetzung, Umsetzung, Retrospektive Evaluation.

6157 Dieser umfasst nach der Lehre die Phasen Agenda Setting, Politikformulierung, Entscheidung, Umsetzung, Evaluation, Terminierung/Weiterführung (Sager/Ingold/Balthasar, Policy-Analyse in der Schweiz, 2018, S. 89 ff.).

6158 EFK, Prognosen in den Botschaften des Bundesrates, Evaluation der prospektiven Folgenabschätzungen von Gesetzesentwürfen, Bericht vom 24.10.2016, S. 3: die EFK bemängelt, bis zu 30% der Prognosen der Bundesverwaltung genügten ihren Anforderungen nicht. Vgl. Müller/Uhlmann/Höfler, S. 99.

6159 Zum Ganzen SGK-Uhlmann/Bussmann, Art. 170 BV, N. 4.

Art. 151 KV GE, Art. 78 KV GR, § 13 und 15 KV LU, Art. 30 KV SG, Art. 95 Abs. 2 und 3 KV ZH. Diese Bestimmungen definieren die Wirksamkeitsprüfung typischerweise als eine Aufgabe des Kantons, ohne den Auftrag spezifisch der Legislative zuzuweisen (Ausnahme: Art. 55 Abs. 3 KV SH). Im Kanton Genf sind mit einem Rechnungshof und einer unabhängigen Evaluationskommission spezialisierte Behörden für die Wirksamkeitsprüfung zuständig
(Art. 128 Abs. 3 i.V.m. Art. 151 KV GE). Spezifisch für den Bereich der **Finanzordnung** sehen verschiedene Kantone (zusätzliche) Wirksamkeitsprüfungen vor: z.B. § 116 Abs. 3 KV AG, § 129 Abs. 3 KV BL, Art. 101 Abs. 4 KV BE, Art. 82 Abs. 2 KV FR, Art. 93 Abs. 1 KV GR, § 76 Abs. 1 KV LU, Art. 82 Abs. 2 KV SG, Art. 34 Abs. 3 KV TI, Art. 166 KV VD.[6160]

Europäisch. Die EU-Verträge sehen in zahlreichen Bereichen Wirksamkeitsprüfungen vor. Die Schweiz ist als Schengen-Staat von den Evaluationen der Anwendung des Schengen-Besitzstands gemäss Art. 70 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) betroffen (sog. **Schengen-Evaluationen**). Die Mitgliedstaaten haben nach dieser Bestimmung in Zusammenarbeit mit der Kommission eine objektive und unparteiische Bewertung der Durchführung der Unionspolitik («objective and impartial evaluation of the implementation of the Union policies») im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts vorzunehmen.[6161] Grundlagen für **Evaluationen in anderen sektoriellen Politiken der EU** finden sich z.B. in Art. 85 AEUV («evaluation of Eurojust's activities») für Aktivitäten der Agentur für justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen; in Art. 156 AEUV («periodic monitoring and evaluation») für die Sozialpolitik; in Art. 168 AEUV («periodic monitoring and evaluation») für die Gesundheitspolitik; in Art. 173 («periodic monitoring and evaluation») für die Industriepolitik; in Art. 181 AEUV («periodic monitoring and evaluation») für die Forschung, technologische Entwicklung und Raumfahrt. Die Kommission ist weiter verpflichtet, dem Europäischen Parlament und dem Rat einen Evaluationsbericht zu den Finanzen der Union vorzulegen (Art. 318 AEUV). Schliesslich enthalten die

15

6160 Zum Ganzen Lienhard/Mächler/Marti Locher, Art. 170 BV, N. 8; SGK-Uhlmann/Bussmann, Art. 170 BV, N. 5; Flückiger, Impacts, N. 14, 36.

6161 Verordnung (EU) 2022/922 des Rates vom 9. Juni 2022 über die Einführung und Anwendung eines Evaluierungs- und Überwachungsmechanismus für die Überprüfung der Anwendung des Schengen-Besitzstands und zur Aufhebung der Verordnung (EU) Nr. 1053/2013, Erwägungsgrund 5.

Better Regulation Guidelines 2021 der EU-Kommission Empfehlungen zur Erarbeitung und Implementierung neuer Regulierungen (inkl. fitness checks), zu Folgenabschätzungen[6162] (impact assessments) sowie zum Monitoring.[6163] Die Idee der Wirkungsorientierung liegt auch der ständigen effet utile-Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) zugrunde, wonach der Gerichtshof das Gemeinschaftsrecht so auslegt, dass ihm die grösstmögliche praktische Wirkung zukommt.

16 *Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (OECD).* Die OECD publiziert seit der OECD-Empfehlung des Rates zu Regulatory Policy and Governance (2012) regelmässig Best Practice Principles für den Bereich der Regulierungsfolgenabschätzungen (Regulatory Impact Assessments), insbesondere mit dem Ziel, Regulierungskosten für KMUs zu senken.[6164]

III. KOMMENTAR I.E.S.

A. Adressatin («Die Bundesversammlung... »)

17 *Bundesversammlung als Adressatin*. Der Verfassungsauftrag richtet sich an die Bundesversammlung. Damit wird die demokratische Dimension der Wirksamkeitsprüfung betont. Die Volksvertreterinnen und -vertreter im Parlament tragen die **Letztverantwortung** dafür, dass die staatlichen Massnahmen im Dienst des Volkes stehen und das Gemeinwohl fördern. Die Organe der Bundesversammlung (Art. 31 ParlG) sind beauftragt, für die Wirksamkeitsprüfung zu sorgen. Sie können hierfür den Bundesrat beauftragen, Wirksamkeitsprüfungen durchzuführen (auch anhand von gesetzlichen Evaluationsklauseln: dazu N. 46), Prüfungen des Bundesrates überprüfen oder selbst Wirksamkeitsprüfungen in Auftrag geben, insbesondere bei ihren Hilfsorganen (Art. 27 ParlG).[6165] Die parlamentarischen Kommissionen sorgen für die Wirksamkeitsprüfung in ihren

6162 EU Commission, Staff Working Paper 'Operational Guidance on taking account of Fundamental Rights in Commission Impact Assessments' (SEC(2011)567).

6163 EU Commission, Better Regulation Guidelines, Commission Staff Working Document, Brussels, 3.11.2021, SWD(2021) 305 final, Chapter III-V.

6164 OECD, Regulatory Impact Assessment, OECD Best Practice Principles for Regulatory Policy, OECD Publishing, Paris 2020, abrufbar unter: https://doi.org/10.1787/7a9638cb-en [abgerufen am 1.8.2024]. Vgl. auch Flückiger, Impacts, Fn. 3 m.H.

6165 Ledermann/Tobler/Bättig, Kommentar zu Art. 27 ParlG, N. 1 ff.

Zuständigkeitsbereichen (Art. 44 Abs. 1 lit. e ParlG) und berücksichtigen die Resultate von Wirksamkeitsprüfungen (Art. 44 Abs. 1 lit. f ParlG).

Evaluationen des Bundesrates. Obwohl sich Art. 170 BV an die Bundesversammlung richtet, hat auch der Bundesrat die Kompetenz, jederzeit und **ohne spezifische Rechtsgrundlage** Wirksamkeitsprüfungen zu veranlassen. Dies ergibt sich annexweise aus seinen verfassungsmässigen Zuständigkeiten[6166]: Der Bundesrat leitet «initiativ, eigenständig und kontinuierlich»[6167] den Gesamtstaat (Art. 174 BV), plant und koordiniert die staatlichen Tätigkeiten (Art. 180 Abs. 1 BV), kann der Bundesversammlung aus Eigeninitiative Erlassentwürfe unterbreiten (Art. 181 BV), erlässt Verordnungsrecht und sorgt für den Vollzug der Gesetzgebung (Art. 182 BV), trifft Massnahmen zur Wahrung der inneren und äussere Sicherheit (Art. 184 und 185 BV) und beaufsichtigt die Bundesverwaltung und die anderen Träger von Bundesaufgaben[6168] (Art. 187 Abs. 1 Bst. a BV). Der Bundesrat könnte diese Aufgaben kaum zweckmässig wahrnehmen, hätte er nicht die Kompetenz, die Wirksamkeit staatlicher Massnahmen zu evaluieren. Besonders illustrativ zeigt sich dies an der Einbettung der Wirksamkeitsprüfung in die staatliche Funktion der Rechtsetzung (N. 12). Die Kompetenz, in ihrem jeweiligen Zuständigkeitsbereich ohne eigenständige Rechtsgrundlage Wirksamkeitsprüfungen zu veranlassen, kommt auch den dem Bundesrat untergeordneten Verwaltungseinheiten des Bundes zu.[6169] In der Praxis nehmen der Bundesrat und die Bundesverwaltung denn auch eine deutlich aktivere Rolle als das Parlament und seine Kommissionen ein.[6170] 18

6166 Die Kompetenz des Bundesrates, Evaluationen zu veranlassen, kann insofern als inhärentes bzw. implizites Verfassungsrecht betrachtet werden (vgl. SGK-Ehrenzeller K., Verfassungsinterpretation, N. 26).

6167 SGK-Ehrenzeller B., Art. 174 BV, N. 4.

6168 Nach der Lehre (BSK-Müller, Art. 187 BV, N. 10; SGK-Biaggini, Art. 187 BV, N. 11) gehen Wirksamkeitsprüfungen über den Verfassungsbegriff der «Aufsicht» hinaus. Nach dieser Auffassung kann sich die Kompetenz des Bundesrates, Wirksamkeitsprüfungen zu veranlassen, jedenfalls nicht aus Art. 187 BV alleine ergeben.

6169 BJ, Bericht IDEKOWI 2004, S. 2; BJ, Empfehlungen Evaluationsklauseln 2012, S. 1. Das Bundesamt für Justiz (BJ) entwickelt gemäss Art. 7a der Organisationsverordnung für das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (OV-EJPD, SR 172.213.1) methodische Hilfsmittel für die Vorbereitung von Erlassen und die Evaluation staatlicher Massnahmen, insbesondere im Hinblick auf ihre Wirksamkeit und Wirtschaftlichkeit und unter Berücksichtigung der Digitalisierung.

6170 SGK-Uhlmann/Bussmann, Art. 170 BV, N. 35; vgl. Janett, S. 137 ff.

19 *Hilfsorgane.* Die Eidgenössische Finanzkontrolle (**EFK**) und Parlamentarische Verwaltungskontrolle (**PVK**) bilden permanente Hilfsorgane bei der Gewährleistung der Wirksamkeitsprüfung.[6171] Die EFK fokussiert in ihren Prüfungen auf den Aspekt der Wirtschaftlichkeit und klärt ab, ob (a) die Mittel sparsam eingesetzt werden, (b) Kosten und Nutzen in einem günstigen Verhältnis stehen und (c) finanzielle Aufwendungen die erwartete Wirkung haben (Art. 5 Abs. 2 Finanzkontrollgesetz [FKG, SR 614.0]).[6172] Die parlamentarische Verwaltungskontrolle (PVK) führt im Auftrag der Geschäftsprüfungskommissionen Evaluationen im Rahmen der parlamentarischen Oberaufsicht durch und weist die Geschäftsprüfungskommission auf abklärungsbedürftige Themen hin (Art. 10 Abs. 1 Bst. a Parlamentsverwaltungsverordnung [ParlVV, SR 171.115]). Weiter überprüft sie die von der Bundesverwaltung durchgeführten Evaluationen sowie deren Verwendung in Entscheidungsprozessen (Art. 10 Abs. 1 lit. b ParlVV). Im Auftrag der zuständigen parlamentarischen Kommission kann die PVK Evaluationen in deren Zuständigkeitsbereich durchführen und von der Bundesverwaltung durchgeführte Evaluationen und ihre Verwendung in Entscheidungsprozessen überprüfen, sofern die Geschäftsprüfungskommissionen zustimmen (Art. 10 Abs. 2 ParlVV).

20 *Einsatz von Expertinnen und Experten.* Bundesorgane beauftragen regelmässig externe Stellen wie private Büros oder Universitätsinstitute mit der Durchführung von Evaluationen.[6173] Dies weist insbesondere den Vorteil auf, dass externe Experten eine hohe Methodenkompetenz und grössere Unabhängigkeit aufweisen, sodass der Evaluation eine erhöhte **Glaubwürdigkeit** zukommt. Eine externe Evaluation ist insbesondere dann angezeigt, wenn die Fragestellung politisiert ist und der Anschein entstehen könnte, dass das betroffene Amt bei einer Evaluation nicht ganz unbefangen vorgeht. Demgegenüber sind interne Evaluationen in der Regel rascher und mit weniger Aufwand durchführbar. Zudem bringen verwaltungsinterne Mitarbeitende typischerweise mehr Sachkenntnisse und Erfahrung in Bezug auf die evaluierte Materie mit. Entscheidet sich eine Verwaltungseinheit für eine externe Evaluation, ist es entscheidend, dass ein Auftragnehmer ohne **Interessenkonflikte** gewählt wird und der Auftraggeber bei der

6171. Biaggini, Art. 170 BV, N. 5.
6172. Vgl. Christ, S. 1-8.
6173. SGK-Uhlmann/Bussmann, Art. 170 BV, N. 44; BJ, Gesetzgebungsleitfaden 2025, N. 1173.

Kommunikation des Auftrags, bei der Unterstützung des Evaluationsprozesses und beim Anbringen allfälliger Ergänzungs- und Verbesserungswünsche das Ergebnis der Evaluation nicht unzulässig beeinflusst.[6174] Hierfür ist es entscheidend, dass das auftraggebende Amt im Pflichtenheft die Fragestellung für die Auftragnehmerin präzis und gleichzeitig ergebnisoffen formuliert. Zentral sind zudem auch bei einer externen Vergabe eine sorgfältige Vorbereitung, Betreuung und Nachbereitung der Evaluation.[6175]

B. Auftrag («...sorgt dafür, dass ...»)

Gewährleistungsauftrag und Delegation. Der Verfassungswortlaut («sorgt dafür, dass») bringt zum Ausdruck, dass die Bundesversammlung zwar dafür verantwortlich ist, dass die Massnahmen des Bundes auf ihre Wirksamkeit überprüft werden, sie die Prüfungen jedoch **nicht selber durchführen muss**, sondern sie delegieren kann. Die Bundesversammlung kann dem Bundesrat einen Auftrag erteilen (Art. 27 lit. a ParlG), im Auftrag des Bundesrates durchgeführte Wirksamkeitsprüfungen prüfen (Art. 27 lit. b ParlG) oder selbst Wirksamkeitsprüfungen in Auftrag geben (Art. 27 lit. c ParlG).[6176] Zudem erfüllt die Bundesversammlung den Gewährleistungsauftrag regelmässig durch den Erlass von Evaluationsklauseln (vgl. N. 46), die den Bundesrat spezialrechtlich verpflichten, Wirksamkeitsprüfungen durchzuführen. Evaluationsklauseln können auch im Rahmen befristeter experimenteller Gesetzgebung (sog. «Sunset-Legislation») zum Einsatz kommen (N. 39). Weiter hat die Bundesversammlung den Bundesrat dazu verpflichtet, in Botschaften zu Erlassentwürfen unter anderem die geplante Umsetzung und Auswertung des Erlasses, das Verhältnis von Kosten und Nutzen und die Auswirkungen auf Wirtschaft, Gesellschaft, Umwelt und künftige Generationen zu erläutern (Art. 141 Abs. 2 Bst. d, f und g ParlG). Schliesslich nutzt die Bundesversammlung politische Vorstösse wie Postulate dazu, Evaluationsberichte vom Bundesrat einzufordern.[6177]

21

6174 Zur Abgrenzung zulässiger und unzulässiger Einflussnahme Pleger/Sager, Pressure on evaluators, S. 166 ff. Empirische Studien aus der Schweiz zeigen, dass sich externe Evaluatoren regelmässig durch den Auftraggeber unzulässig beeinflusst fühlen (Pleger/Hadorn, S. 456 ff.; Pleger/Sager, Beeinflussung von Evaluierenden, S. 23 ff.). Vgl. zu Massnahmen zur Stärkung der Unabhängigkeit in der Evaluation Widmer, Unabhängigkeit, S. 129 ff.; Pleger/Sager, Beeinflussung in der Evaluationstätigkeit, S. 33 ff.

6175 BJ, Gesetzgebungsleitfaden 2025, N. 1175.

6176 BSK-Lienhard/Mächler/Marti Locher, Art. 170 BV, N. 11.

22 *Justiziabilität*. Als Zuständigkeitsnorm ist der Gewährleistungsauftrag für die Bundesversammlung rechtsverbindlich. Die Norm ist jedoch **nicht justiziabel**. Individuen können folglich keinen direkten subjektiven Anspruch zur Durchführung von Wirksamkeitsprüfungen aus Art. 170 ableiten. Bei der Frage, ob, wann und wozu eine Massnahme auf ihre Wirksamkeit überprüft werden soll, kommt der Bundesversammlung denn auch ein erheblicher Ermessensspielraum zu. Das Bundesgericht ist in seinem Urteil 1C_104/2017 aufgrund der verspäteten Rüge nicht auf den Vorwurf der Beschwerdeführerin eingetreten, wonach die Wirksamkeit der vom BAV gegenüber der SBB genehmigten Doppelspur Walchwil nicht gemäss Art. 170 BV überprüft worden sei. Es hat damit die Frage offengelassen und sich nicht zur Rüge der fehlenden Wirksamkeit der Doppelspur geäussert. Die Lehre verneint jedoch einhellig mit Verweis auf die fehlende Justiziabilität einen Anspruch, Wirksamkeitsprüfungen einzufordern (N. 51). Gerade mit Blick auf Wirtschaftlichkeitsüberlegungen wäre ein derartiger individueller Anspruch nicht praktikabel. Ob die fehlende oder mangelnde Durchführung von Wirksamkeitsprüfungen direkte rechtlichen Konsequenzen zeitigen könnte, etwa bei der konkreten Normenkontrolle einer Bundesratsverordnung, ist nicht abschliessend geklärt (vgl. dazu die N. 47 ff. zur Frage eines Verfassungsprinzips der Wirksamkeit).

C. Gegenstand («...die Massnahmen des Bundes...»)

23 *Jedes staatliche Handeln*. Gegenstand der Wirksamkeitsprüfungen sind die Massnahmen des Bundes. Es kann sich sowohl um allgemeine Massnahmen wie auch Einzelfallmassnahmen handeln. Die Rechtsform des staatlichen Handelns ist dabei unbeachtlich. Der Wortlaut impliziert, dass Massnahmen aller Gewalten erfasst sind («des Bundes»/«par la Confédération»/«della Confederazione»). Der Verfassungsauftrag zur Überprüfung der Wirksamkeit umfasst die **Rechtsetzung** (inkl. der Verfassungsgebung und dem Abschluss von Staatsverträgen)[6178], ist jedoch nicht darauf beschränkt. Der Begriff

6177 Z.B. Postulat Feri 20.4448, Evaluation des Bundesgesetzes über internationale Kindesentführungen; Postulat Silberschmidt 21.4141, Evaluation der Gerichtspraxis nach der Revision des Unterhaltsrechts mit Fokus auf die Obhuts- und Besuchsrechtsregelung; Postulat Arslan 16.3897, Evaluation der Revision des Zivilgesetzbuches vom 15.6.2012 (Zwangsheiraten).

6178 Zum Ganzen SGK-Uhlmann/Bussmann, Art. 170 BV, N. 18 m.w.H.

«Massnahmen des Bundes» erfasst vielmehr jedes staatliche Handeln des Bundes.

Rechtsprechung und Massnahmen anderer unabhängiger Organe. Erfasst sind auch alle Massnahmen der Justiz, inkl. der Rechtsprechung[6179] sowie der Tätigkeit weiterer Organe des Bundes, welchen gesetzliche Unabhängigkeit zugesichert ist (z.B. Schweizerische Nationalbank (SNB), Eidgenössischer Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter (EDÖB), Aufsichtsbehörde über die Bundesanwaltschaft (AB-BA)). [6180] Es gilt jedoch sicherzustellen, dass Wirkungsüberprüfungen nicht die Unabhängigkeit der Justiz oder anderer Organe beeinträchtigen. Ausgeschlossen ist die inhaltliche Kontrolle von Gerichtsentscheiden (Art. 26 Abs. 4 ParlG). 24

Eigenes Handeln der Bundesversammlung. In Bezug auf das Objekt der Evaluation zeigt sich, dass Art. 170 BV **über Art. 169 BV hinausgeht**: Die Bundesversammlung soll nicht nur die anderen Gewalten evaluieren, sondern auch ihre eigenen Massnahmen.[6181] Art. 170 BV verpflichtet das Parlament folglich nicht nur zu einer Fremd-, sondern auch zu einer Selbstevaluation. 25

Umsetzung durch Kantone und Private. Die Umsetzung und der Vollzug von Bundesmassnahmen durch Kantone und Private fällt ebenfalls unter den Geltungsbereich der Wirksamkeitsprüfungen gemäss Art. 170 BV.[6182] Massnahmen von Kantonen und Privaten bilden jedoch nur insoweit Gegenstand von Wirksamkeitsprüfungen gemäss Art. 170 BV, als sie als Vollzug oder Umsetzung von Massnahmen des Bundes qualifiziert werden können. Massnahmen, welche kantonales Recht vollziehen, sind ausgenommen. Für solche Massnahmen sieht regelmässig das kantonale Recht Wirksamkeitsprüfungen vor (vgl. N. 14). 26

6179 SGK-Uhlmann/Bussmann, Art. 170 BV, N. 18 m.w.H. auf CR-Flückiger, Art. 170 BV, N. 26 und BSK-Lienhard/Mächler/Marti Locher, Art. 170 BV, N. 16.

6180 Aubert, Petit commentaire, Art. 170 BV, N. 9. Im Bereich des Öffentlichkeitsrechts hat das Parlament mit einer Evaluationsklausel in Art. 19 des Öffentlichkeitsgesetzes (BGÖ, SR 152.3) den EDÖB verpflichtet, «den Vollzug und die Wirksamkeit dieses Gesetzes sowie insbesondere die durch seine Umsetzung verursachten Kosten» regelmässig zu überprüfen.

6181 Biaggini, Art. 170 BV, N. 4; SGK-Uhlmann/Bussmann, Art. 170 BV, N. 18.

6182 BSK-Lienhard/Mächler/Marti Locher, Art. 170 BV, N. 17; SGK-Uhlmann/Bussmann, Art. 170 BV, N. 18; Aubert, Petit commentaire, Art. 170 BV, N. 9. Vgl. Art. 8 Abs. 1 Bst. c FKG: der Bereich der EFK-Aufsicht umfasst die Empfänger von Abgeltungen und Subventionen des Bundes.

27 *Nichthandeln.* Nichthandeln, d.h. das Ausbleiben von Massnahmen, kann ebenfalls Gegenstand einer Wirksamkeitsprüfung sein.[6183] Zu denken ist hier insbesondere an unterlassene Abfederungsmassnahmen (sog. flankierende Massnahmen) gegenüber besonders betroffenen oder verwundbaren Personengruppen, beispielsweise im Falle einer Krisenbewältigung. Der Wortlaut der BV umschreibt den Gegenstand («Massnahmen des Bundes») daher zu eng. Er umfasst jegliches Verhalten oder Nichtstun, das dem Bund zugerechnet werden kann. Pflichtwidrige Unterlassungen können mit Blick auf die Auswirkungen ebenso folgenreich sein wie Handlungen. Die Evaluation von Unterlassungen ist jedoch herausfordernd, weil es (noch) schwieriger abzuschätzen ist, was eine hypothetische Massnahme bewirkt *hätte*, als die (kausalen) Wirkungen einer tatsächlich erfolgten Massnahme zu messen. Insofern besteht in Bezug auf die Ungewissheit der erwarteten Wirkungen eine gewisse Ähnlichkeit zur prospektiven Evaluation.

28 *Massnahmen ohne messbare Wirkung.* Art. 170 ist nicht so zu verstehen, dass jedes staatliche Handeln eine spezifische, messbare Wirkung beabsichtigen müsste.[6184] Verfassungsrechtlich zulässig (und allenfalls gesetzlich verlangt) sind auch Massnahmen, die keine messbare Wirkung beabsichtigen. Dazu gehören Massnahmen symbolischer Natur, deren Wirkung allenfalls emotionaler Art ist.[6185] Anerkannte Beispiele **symbolischer Gesetzgebung** sind etwa programmatische Deklarationen der Verfassung, die gesetzliche Anerkennung historischen Unrechts oder Massnahmen, denen wirkungsunabhängig ein intrinsischer Eigenwert zukommt.[6186] Als Beispiel anerkennt der Bund nach dem Bundesgesetz über die Aufarbeitung der fürsorgerischen Zwangsmassnahmen und Fremdplatzierungen vor 1981 (AFZFG, SR 211.223.13), «dass den Opfern Unrecht zugefügt worden ist, das sich auf ihr ganzes Leben ausgewirkt hat» (Art. 3 AFZFG). Zudem haben die Opfer Anspruch auf einen Solidaritätsbeitrag, der «ein Zeichen der Anerkennung des zugefügten Unrechts» ist und «zur Wiedergutmachung beitragen» soll (Art. 4 Abs. 1 AFZFG). Es gilt, jeweils durch Auslegung zu ermitteln, ob die Ziele einer Massnahme gemäss ihrer *ratio* messbar und die Wirkungen entsprechend methodisch zu evaluieren sind oder nicht.

6183 Biaggini, Art. 170 BV, N. 4; SGK-Uhlmann/Bussmann, Art. 170 BV, N. 18.
6184 Biaggini, Art. 170 BV, N. 3.
6185 So die Definition bei Müller/Uhlmann/Höfler, S. 176.
6186 Müller/Uhlmann/Höfler, S. 176 f.

D. Massstab («...auf ihre Wirksamkeit... »)

Wirksamkeit als Massstab. Die deutsche Fassung der BV bezeichnet die 29
«Wirksamkeit» der Massnahme als Evaluationsmassstab. In der französischen und italienischen Fassung spricht die BV von «efficacité» bzw. «efficacia». Der Begriff ist **offen zu verstehen**, denn der Massstab von Wirksamkeitsprüfungen variiert, wie nachfolgend zu zeigen sein wird, je nach Kontext. Auch die Entstehungsgeschichte deutet auf ein weites Begriffsverständnis hin.[6187]

Teilkriterien. Der Prüfmassstab für Wirksamkeitsprüfungen wird in der 30
Umsetzungsgesetzgebung nicht einheitlich umschrieben (vgl. z.B. Art. 26 Abs. 3 Bst. d und e ParlG; Art. 5 Abs. 2 FKG; Art. 58 Abs. 3 FHG; Art. 5 und Art. 36 Abs. 3 RVOG). In der Praxis ergibt sich das massgebliche Evaluationskriterium oft aus einer spezialgesetzlichen Evaluationsklausel (vgl. N. 46) und ist insofern kontextabhängig. Die Vielfalt der in der Praxis verwendeten Prüfmassstäbe lässt sich in drei Teilkriterien gruppieren, die alle unter den Verfassungsbegriff der «Wirksamkeit» fallen[6188]:

a. *Umsetzungsstand* (oder *Effektivität*): Untersucht werden das Ausmass und die Art und Weise der Implementierung einer Massnahme. Das Kriterium bezieht sich darauf, inwieweit eine Massnahme tatsächlich umgesetzt wird, eine Rechtsregel oder Empfehlung befolgt wird oder eine Dienstleistung in Anspruch genommen wird, etwa durch einen Vergleich des Umsetzungsstands in den Kantonen[6189] oder Umfragen.

b. *Zielverwirklichungsgrad* (oder *Wirksamkeit im engeren Sinne*): Das Kriterium bezieht sich darauf, inwieweit das Regelungsziel, welches durch die

---

6187 Votum Schmid (Berichterstatter), AB N SD 1998 91: «Die Frage nach der *Effektivität, Wirksamkeit und Effizienz* staatlicher Massnahmen gewinnt vor dem Hintergrund der zunehmenden Komplexität der öffentlichen Aufgaben immer mehr an Bedeutung. Haben die von den Behörden getroffenen Massnahmen überhaupt Wirkung? Zeigen sie die beabsichtigte Wirkung? Stehen sie in einem sinnvollen Kosten-Nutzen Verhältnis?» (Hervorhebung hinzugefügt). Vgl. SGK-Uhlmann/Bussmann, Art. 170 BV, N. 19 m.w.H.

6188 Vgl. das in Fn. 58 wiedergegebene Votum Schmid. Vgl. auch SGK-Uhlmann/Bussmann, Art. 170 BV, N. 20 ff. m.H.; BSK-Lienhard/Mächler/Marti Locher, Art. 170 BV, Fn. 74 m.w.H. auf die Entstehungsgeschichte; CR-Flückiger, Art. 170 BV, N. 8 postuliert ein viertes Kriterium der Relevanz («pertinence»). Vgl. für ein Beispiel einer Evaluation, die unterschiedliche Kriterien kombiniert: Brun, S. 213 ff.

6189 Vgl. z.B. Rieder, Wirkungsmodelle, S. 275 ff.

Umsetzung der Massnahme erreicht werden soll, tatsächlich erreicht wird. Die beabsichtigte Wirkung muss dabei im Einzelfall eruiert werden, insbesondere durch Auslegung der entsprechenden Rechtsgrundlagen sowie übergeordneten Zweckbestimmungen und Verfassungszielen. Beispielsweise ist das zur Verfügung stellen einer Dienstleistung in der Regel kein Selbstzweck, sondern verfolgt ein bestimmtes Ziel, etwa die Verbesserung der Lebensqualität der Personen, welche die Dienstleistung in Anspruch nehmen. Ziel ist es, die beabsichtigte mit der erfolgten Wirkung einer Massnahme zu verglichen, um die Zweckmässigkeit der Massnahme zu beurteilen. Neben den avisierten Hauptwirkungen einer Massnahme sind dabei auch die (allenfalls unterwünschten) Nebenwirkungen miteinzubeziehen. Der Zielverwirklichungsgrad bildet das Herzstück von Evaluationen.

c. *Wirtschaftlichkeit* (oder *Effizienz*): Dieses Kriterium bezieht sich auf die Regulierungskosten der Massnahme und ihr Verhältnis zur erzielten Wirkung (Kosten-Nutzen-Analyse). Zu den Regulierungskosten gehören neben den direkten und indirekten finanziellen Kosten auch der entgangene Gewinn und der entgangene Nutzen (sog. Opportunitätskosten) sowie gesamtgesellschaftliche Kosten. Regulierungskosten können dabei bei unterschiedlichen Akteuren (z.B. Unternehmen) auftreten und einmalig oder periodisch anfallen.

31 *Kontextabhängigkeit.* Gemeinsam ist den Kriterien, dass sich die Wirksamkeit an einem durch Auslegung zu ermittelnden Regelungsziel orientieren soll. Welche Prüfkriterien eine Evaluation in welcher Gewichtung zum Massstab nimmt, ist dabei kontextabhängig. So dürften Kostenüberlegungen in einem stärker ökonomisch-finanziell geprägten Politikbereich tendenziell eine wichtigere Rolle einnehmen als in stärker ideell geprägten Politikbereichen (wobei finanzielle Aspekte auch hier zentral sein können, etwa bei Grundrechten, die Leistungsansprüche vermitteln). Nicht bei allen öffentlichen Aufgaben steht eine wirtschaftliche Erfüllung im gleichen Masse im Vordergrund. Leistungen der Grundversorgung (service public) müssen allen Personen in vergleichbarer Weise offenstehen (vgl. Art. 43a Abs. 4 BV). Die bedarfsgerechte Erfüllung der öffentlichen Aufgabe ist hierbei entscheidend, woraus für diesen Bereich folgt, dass die Wirtschaftlichkeit oder Effizienz nicht als alleiniges Kriterium herangezogen werden kann.

E. Umfang («...überprüft werden. »)

1. Methoden und Instrumente

Überprüfungskompetenz. Der Auftrag vermittelt der Bundesversammlung Überprüfungs- bzw. Ermittlungsbefugnisse, ohne zusätzliche Entscheidungskompetenzen oder Informationsrechte zu verleihen.[6190] Die BV legt die Methoden und Instrumente nicht fest, die für die Durchführung von Wirksamkeitsprüfungen verwendet werden sollen. Sie äussert sich auch nicht zur Periodizität (regelmässig oder nur in besonderen Fällen), zur Aggregationsebene (Politiken, Gesetze, Programme, Projekte) sowie zur Tiefe der Überprüfung (summarisch oder detailliert).[6191] Wirkungsüberprüfungen können vor der Massnahme (*ex ante*), nach der Massnahme (*ex post*), oder begleitend zur Massnahme erfolgen. Der Zeitpunkt der Evaluation bestimmt deren Zielsetzung und prägt die anzuwendenden Methoden und einzusetzenden Instrumente. 32

Methoden. In der Evaluationsforschung kommen im Wesentlichen die traditionellen sozialwissenschaftlichen Methoden der **Datenerhebung und -auswertung** zur Anwendung.[6192] Dokumentenanalysen, Interviews und Umfragen sowie Analysen bestehender oder neu erhobener quantitativer Daten zählen dabei zu den häufigsten Forschungstechniken.[6193] Methodisch attraktiv, jedoch anspruchsvoll, sind kontrollierte Experimente: Eine zufällig bestimmte Personengruppe wird der Massnahme ausgesetzt und mit Blick auf die Wirkungen mit einer Kontrollgruppe ohne Massnahmen verglichen.[6194] Zu denken ist etwa an eine Personengruppe mit und eine ohne Grippen-Impfung, Restaurants mit und ohne Nacht- oder Sonntagsarbeit, oder Unternehmen mit und ohne Lenkungsabgaben. Auch die Analyse von Variationen von Massnahmen in verschiedenen Ländern oder Regionen kann je nach Forschungsdesign Aufschlüsse auf Kausalzusammenhänge erlauben.[6195] Jedoch sind die Erkenntnisse aus internationalen oder interkantonalen Studien nicht ohne Weiteres auf Massnahmen des Bundes übertragbar. 33

6190 SGK-Mastronardi (2. Aufl.), Art. 170 BV, N. 8; Biaggini, Art. 170 BV, N. 4.
6191 SGK-Uhlmann/Bussmann, Art. 170 BV, N. 28.
6192 BJ, Gesetzgebungsleitfaden 2025, N. 1157.
6193 SGK-Uhlmann/Bussmann, Art. 170 BV, N. 9.
6194 Vgl. dazu Arni, S. 355 ff.
6195 SGK-Uhlmann/Bussmann, Art. 170 BV, N. 9; BJ, Gesetzgebungsleitfaden 2025, N. 1164.

34 *Instrumente.* Primäres Instrument der Wirksamkeitsprüfung ist die Durchführung einer methodengeleiteten Untersuchung, ähnlich einer wissenschaftlichen Studie. Je nach Kontext können weitere Instrumente eingesetzt werden. Beobachtungs-, Steuerungs- und Untersuchungsinstrumente können insbesondere zur Informationsbeschaffung eingesetzt werden: Beim **Monitoring** handelt es sich um ein Beobachtungsinstrument, um laufend Daten zu erheben.[6196] Es erlaubt, den Umsetzungsstand sowie Umsetzungsschwierigkeiten zu identifizieren. Berichterstattungspflichten über den Vollzug[6197] und Statistiken[6198] bilden wichtige Grundpfeiler. Die Politikfeldbeobachtung[6199] stellt dabei eine spezifische Form des Monitorings dar. Beim **Controlling** handelt es sich um ein Steuerungsinstrument, das die Führung bei der Begleitung, Kontrolle und Weiterentwicklung von Projekten einsetzt.[6200] Es erlaubt die Überwachung der Umsetzung von Massnahmen. Das **Audit** ist hingegen ein Untersuchungsinstrument, das im Rahmen des Qualitätsmanagements eingesetzt wird, um Organisationsstrukturen und Prozesse zu verbessern. Es fokussiert dabei auf die interne Organisation und die Prozesse (Innenverhältnis), die für die Wirkung der Massnahme gegenüber Dritten (Aussenverhältnis) ausschlaggebend sind.

2. Zeitpunkt

35 *Retrospektive Evaluation (ex post).* Die retrospektive Evaluation betrifft insbesondere den Umsetzungsstand, den Zielverwirklichungsgrad und die Wirtschaftlichkeit (N. 30) einer bereits erfolgten Massnahme. Sie lässt sich in folgende Phasen einteilen: Zuerst wird idealerweise gemeinsam mit den mit der Umsetzung und dem Vollzug beauftragten Stellen ein Konzept zur Wirksamkeitsprüfung entwickelt. Das Konzept beinhaltet Überlegungen zum Wirkungsmodell der Massnahme oder des Erlasses, den betroffenen Kreisen und ihrem Einbezug (Konsultation von Interessensgruppen[6201]), die

6196 BJ, Gesetzgebungsleitfaden 2025, N. 1160.

6197 Z.B. Art. 4 Abs. 4 Bundesgesetz gegen die Schwarzarbeit (BGSA, SR 822.41).

6198 Siehe Internetseiten des Bundesamtes für Statistik BFS: https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home.html.

6199 Z.B. statistische Angaben, Zeitungsartikel, Sachbücher, wissenschaftliche Untersuchungen, persönliche Kontakte, Verlautbarungen von Parteien oder politischen Gruppierungen. Siehe hierzu BJ, Gesetzgebungsleitfaden 2025, N. 1152. Vgl. zur Evaluation ganzer Politikfelder Balthasar, Politikfelder evaluieren, S. 283 ff.

6200 BJ, Gesetzgebungsleitfaden 2025, N. 1160.

einzusetzenden Informationsinstrumente (Monitoring und Controlling) sowie zum Adressaten (z.B. Bundesversammlung) und dem Ziel der Wirksamkeitsprüfung (z.B. Steuerung der Umsetzung). Anschliessend werden die Datenerhebung und das Controlling bei der Umsetzung der Massnahme sichergestellt, bevor die Evaluation durchgeführt oder in Auftrag gegeben wird, um schliesslich die Controlling- und Evaluationsdaten zu nutzen.[6202]

Prospektive Evaluation (ex ante). Art. 170 deckt auch die prospektive Vorhersage der Wirksamkeit einer Massnahme ab, auch wenn die französische Fassung von «mesures prises» spricht.[6203] Zweck prospektiver Evaluationen ist es, deskriptiv eine faktenbasierte Entscheidungsgrundlage zu schaffen, um den Entscheid über die zu treffende Massnahme zu informieren. Hierzu werden die verschiedenen Folgen einer Massnahme einander gegenübergestellt, sodass der oder die politisch Verantwortliche neben dem Entscheid über die Massnahme selber auch allfällige Massnahmen zum Folgenausgleich festlegen und so Kosten und Nutzen der Regulierung möglichst fair verteilen kann.[6204] Die prospektive Evaluation weist damit einen engen Bezug zur staatlichen Funktion der Rechtsetzung auf und erfolgt oft als Teil der Arbeiten an einem Erlassentwurf (N. 12). Gemäss Art. 141 Abs. 2 ParlG ist der Bundesrat verpflichtet, in seinen Botschaften zu Erlassentwürfen an das Parlament auch Angaben zu den Auswirkungen auf Wirtschaft, Gesellschaft, Umwelt und künftige Generationen (Bst. g) oder die Gleichstellung von Frau und Mann (Bst. i) zu machen.[6205] Dies setzt die Durchführung prospektive Evaluationen voraus.[6206] Grundlage für eine prospektive Evaluation ist die Erstellung eines Wirkungsmodells, welches die 36

6201 Vgl. zur partizipativen Evaluation Delahais, S. 1-16; Gabriel-Schärer/Wicki, S. 1-4.

6202 Zum Ganzen BJ, Gesetzgebungsleitfaden, 2025, N. 1166, 1171-1177. Beispiele für ex post-Evaluationen: Die Evaluation des Datenschutzgesetzes (DSG) vom 9.12.2011 gab den Anstoss für die Totalrevision des Datenschutzgesetzes. Die Evaluation der Bundesrechtspflege vom 30.10.2013 in Erfüllung des Postulats Pfisterer 07.3420 leitete eine Teilrevision des Bundesgerichtsgesetzes ein (vgl. Bussmann, Evaluation der neuen Bundesrechtspflege, S. 447 ff.). Vgl. für weitere Beispiele: Andereggen, S. 45 ff.; Von Witzleben, S. 103 ff.; Höland, S. 23 ff., 31 ff.

6203 Mader, S. 29 ff., 30.

6204 Bussmann, Prospektive Evaluation, S. 175 ff.

6205 Bundeskanzlei, Leitfaden zum Verfassen von Botschaften des Bundesrates, Stand April 2024, wonach jeweils in Kapitel 6 der Botschaft die Auswirkungen darzustellen sind.

6206 Bussmann, Typen und Terminologie, S. 97-102; SGK-Uhlmann/Bussmann, Art. 170 BV, N. 40, sprechen von einem lediglich «indirekten Zusammenhang» zwischen Art. 141 Abs. 2 ParlG und Art. 170 BV.

vermuteten Wirkungen einer Massnahme konzeptualisiert, indem etwa die mit der Umsetzung beauftragten Verwaltungsstellen, die direkt angesprochenen Normadressaten, weitere betroffene Kreise sowie die mit der Regelung einhergehenden Nebeneffekte und Kosten für den Bund und die Volkswirtschaft analysiert werden.[6207] Naturgemäss bringt die Evaluation noch in der Zukunft liegender Massnahmen erhebliche Unsicherheiten und methodische Herausforderungen mit sich.[6208]

37 *Regulierungsfolgenabschätzung (RFA).* Die RFA (regulatory impact assessment) ist ein Instrument der prospektiven Evaluation, welches spezifisch auf die Regulierungskosten (compliance cost), den Regulierungsbedarf und die volkswirtschaftlichen Auswirkungen auf einzelne Gruppen und die Gesamtwirtschaft fokussiert.[6209] Regulierungen haben neben ihrer primär angestrebten Wirkung (z.B. Produktesicherheit und Wahrung der öffentlichen Gesundheit) oft auch sekundäre Folgen (z.B. Produktionsverzögerungen, Handelshemmnisse, Regulierungskosten für die Einholung von Genehmigungen und Schulung von Mitarbeitenden usw.), die sich einschränkend auf die wirtschaftliche Tätigkeit von Unternehmen auswirken können. Eine RFA soll diese Nebeneffekte messen und ins Verhältnis zu den beabsichtigten Wirkungen setzen. Mit dem Unternehmensentlastungsgesetz vom 29. September 2023[6210] werden Aspekte der RFA, die zuvor in einer RFA-Richtlinie geregelt waren, sowie neue Prüfpflichten formell-gesetzlich verankert. Das Gesetz bestimmt u.a. Grundsätze und Prüfpflichten für die Rechtsetzung (Art. 1 und 4 UEG), namentlich Pflichten zur Schätzung der Regulierungskosten und Wirtschaftlichkeit eines Erlasses, sowohl bei dessen Ausarbeitung wie im Rahmen regelmässiger Überprüfungen (Art. 3 und 5 UEG).

38 *Weitere Instrumente der prospektiven Evaluation.* Neben der RFA bestehen weitere Instrumente der prospektiven Evaluation, welche spezifische

6207 BJ, Gesetzgebungsleitfaden 2025, N. 184 ff. Vgl. Haunberger, S. 1-21; Bussmann, Methodik der prospektiven Gesetzesevaluation, S. 109 ff.

6208 Vgl. Konzendorf, S. 17 ff. Vgl. auch Mastronardi, Gesetzgebungsstrategie bei Unsicherheit, S. 69 ff.; Bussmann, Rechtsetzung unter Unsicherheit, S. 39-52.

6209 Zum Ganzen Richtlinien des Bundesrates für die Regulierungsfolgenabschätzung bei Rechtsetzungsvorhaben des Bundes (RFA-Richtlinien) vom 6. Dezember 2019 (Stand am 1.10.2024, BBl 2024 664), 1.3, 2; WBF, Handbuch Regulierungsfolgenabschätzung (RFA),Version 2.0 (1.4.2024), vgl. Regulierungsfolgenabschätzung (RFA) (admin.ch).

inhaltliche und methodische Schwerpunkte aufweisen.[6211] Zur Analyse der Wirkungen staatlicher Massnahmen auf die Menschenrechte gewinnen **Menschenrechtsfolgenabschätzungen** (sog. Human Rights Impact Assessments) an Bedeutung. Vor dem Hintergrund ungewisser Kausalketten und neuer Technologien können sie dazu beitragen, menschenrechtliche Sorgfalts- und Schutzpflichten einzuhalten. Der Bundesrat ist verpflichtet, in seinen Botschaften zu Erlassen die Auswirkungen auf die Grundrechte zu thematisieren (Art. 141 Abs. 2 lit. a ParlG). Spezifische Formen von Menschenrechtfolgenabschätzungen sind Datenschutzfolgenabschätzungen[6212] und Gleichstellungsfolgenabschätzungen[6213]. Eine weitere Form der prospektiven Evaluation stellt die **Umweltverträglichkeitsprüfung** dar. Gemäss Art. 10a des Umweltschutzgesetzes (USG, SR 814.01) muss eine Behörde, bevor sie über die Planung, Errichtung oder Änderung von Anlagen[6214] entscheidet, möglichst frühzeitig die Umweltverträglichkeit prüfen. Wer eine Anlage errichten oder ändern will, muss der Behörde einen Umweltverträglichkeitsbericht vorlegen, der die Grundlage für die Umweltverträglichkeitsprüfung der Behörde bildet.[6215] Ein vermehrtes Augenmerk könnte in Zukunft auf die **Krisenkompatibilitätsprüfung** geworfen werden. Staatliche Massnahmen und Regelungen gehen regelmässig von der Normalsituation aus; die jüngere Vergangenheit ist jedoch von Krisenerfahrungen geprägt. Zu nennen sind hierbei insbesondere die UBS-Rekapitalisierung 2008, die Covid-Pandemie 2020, der Axpo-Rettungsschirm 2022 und die CS-Notfusion 2023. In diesen Fällen griff der Bundesrat auf das verfassungsrechtliche Notrecht gemäss Art. 184 Abs. 3 resp. Art. 185 Abs. 3 BV

6210 Bundesgesetz vom 29.9.2023 über die Entlastung der Unternehmen von Regulierungskosten (Unternehmensentlastungsgesetz, UEG, SR 930.31).

6211 Vgl. für weitere Beispiele Dubas/Wachter, S. 187 ff.; Riedel, S. 31 ff.; Pfyl, S. 9 ff. m.w.H.

6212 Art. 22 DSG sowie Richtlinien des Bundesrates für die Risikovorprüfung und die Datenschutz-Folgenabschätzung bei Datenbearbeitungen durch die Bundesverwaltung (BBl 2023 1882).

6213 Art. 141 Abs. 2 Bst. i ParlG.

6214 Gemäss Art. 7 Abs. 7 USG gelten Bauten, Verkehrswege und andere ortsfeste Einrichtungen sowie Terrainveränderungen als Anlagen. Den Anlagen gleichgestellt sind Geräte, Maschinen, Fahrzeuge, Schiffe und Luftfahrzeuge.

6215 Art. 10b Abs. 1 USG.

zurück, um die Krise zu bewältigen.[6216] Vor diesem Hintergrund sollten staatliche Massnahmen auch auf ihre Krisenfestigkeit geprüft werden.[6217]

39 *Begleitende Evaluation.* Begleitende Evaluationen finden in der Entwurfs- oder Umsetzungsphase statt.[6218] Beispiele für solche Testregulierungen sind Pilotprojekte[6219] bzw. Regulatory Sandboxes[6220]. **Versuchsregelungen** sind befristete Erlasse, welche mit einer Evaluationsklausel verbunden sind.[6221] Sie erlauben – gestützt auf eine ausreichende Rechtsgrundlage – eine temporäre Abweichung vom gesetzlichen Rahmen, um die betreffende Regelung durch Wirkungsprüfungen zu testen und gegebenenfalls zu optimieren. Solche Pilotprojekte bieten damit eine geeignete Informationsbasis für die spätere, definitive gesetzgeberische Lösung, etwa bei der Regelung neuer Technologien.[6222] Eng verwandt mit der Versuchsregelung ist die Idee von Regulatory Sandboxes, welche etwa eingesetzt werden können, um Start-Ups und KMUs den Markteintritt zu erleichtern und regulatorische Innovationshemmungen zu beseitigen.[6223] Die Innovationsförderung darf dabei jedoch zu nicht zu unbegründeten Ungleichbehandlungen und missbräuchlichen Wettbewerbsverzerrung führen.

3. Verhältnis zur Oberaufsicht

40 Wirksamkeitsprüfungen gemäss Art. 170 BV stellen eine **Form der Oberaufsicht** gemäss Art. 169 BV dar. Dies ergibt sich aus der Systematik (vgl. N. 2) und Entstehungsgeschichte (vgl. N. 3) der BV und aus dem ParlG (vgl. N. 17). In Bezug auf den Massstab, nach welchem die Bundesversammlung

6216 Bundesrat, Anwendung von Notrecht, Bericht vom 19.6.2024 in Erfüllung der Postulate 23.3438 und 20.3440 (BBl 2024 1784).

6217 Die Durchführung einer solchen prospektive Krisenevaluation könnte im Katalog von Art. 141 Abs. 2 ParlG ergänzt werden. Zum Konzept der krisenfesten Gesetzgebung siehe: Jauslin/Schinzel, passim.

6218 BSK-Lienhard/Mächler/Marti Locher, Art. 170 BV, N. 20.

6219 Als Beispiel kann Art. 15 des Bundesgesetzes über den Einsatz elektronischer Mittel zur Erfüllung von Behördenaufgaben (EMBAG, SR 172.019) genannt werden, der die Voraussetzungen für Pilotversuche regelt.

6220 Ein anderes Beispiel ist Art. 23a des Bundesgesetzes über die Stromversorgung (StromVG, SR 743.7); vgl. die Übersicht des Bundesamts für Energie unter www.bfe.admin.ch/bfe/de/home/forschung-und-cleantech/sandbox.html.

6221 BJ, Gesetzgebungsleitfaden 2025, N. 1150 i.V.m. 1046 ff. Vgl. auch Körber, S. 385 ff., 386; Flückiger, Impacts, N. 23 ff.

6222 BJ, Gesetzgebungsleitfaden 2025, N. 1150 i.V.m. 1046 ff.

6223 SECO, Prüfauftrag zu Regulatory Sandboxes, Studie, Juni 2022.

beaufsichtigen soll, überschneiden sich die Aufträge nach Art. 169 und 170 BV, wobei die Oberaufsicht eine grössere Vielfalt an Kontrollmassstäben aufweist. Art. 26 Abs. 3 ParlG nennt als Massstab der Oberaufsicht die Rechtmässigkeit, Ordnungsmässigkeit, Zweckmässigkeit, Wirksamkeit und Wirtschaftlichkeit. Die Bundesversammlung ist insofern auch aufgrund von Art. 169 BV verpflichtet, für die Wirksamkeitsprüfung der Massnahmen des Bundes zu sorgen.[6224] Durch Art. 170 BV erfährt der spezifische Massstab der Wirksamkeit jedoch eine besondere Hervorhebung. In Bezug auf den Gegenstand, den die Bundesversammlung beaufsichtigen soll, geht der Auftrag nach Art. 170 BV weiter als die Oberaufsicht. Während die Oberaufsicht auf die Geschäftsführung des Bundesrates und der Bundesverwaltung, der eidgenössischen Gerichte, der Aufsichtsbehörde über die Bundesanwaltschaft, der Bundesanwaltschaft und anderer Träger von Aufgaben des Bundes beschränkt ist (vgl. Art. 26 Abs. 1 ParlG), umfasst die Wirksamkeitsprüfung potentiell alle Massnahmen des Bundes (vgl. Art. 27 Abs. 1 ParlG). Darunter fallen auch Massnahmen des Parlaments selber, Massnahmen des Volkes oder von Volk und Ständen sowie Massnahmen der Kantone, die vom Bund finanziert werden (vgl. N. 23 ff.).

IV. UMSETZUNG

A. Evaluationsformen

Vielfalt. Die Wirksamkeitsprüfung kann verschiedene Formen annehmen, je nachdem, wer die Evaluation durchführt (Bundesversammlung, Bundesrat, Externe), zu welchem Zeitpunkt diese erfolgt (prospektiv, retrospektiv, begleitend), welche Methoden und Instrumente eingesetzt werden (Monitoring, Controlling, Audit usw.), wie ausführlich sie ist (summarisch oder detailliert) und welcher Zweck im Vordergrund steht (Rechenschaft, Erkenntnisgewinn, Optimierung, Strategie). 41

Komplexität. Der Mehrwert von Evaluationen ist unbestritten; sie sind jedoch methodisch komplex. («L'évaluation, une nécessité évidente mais lourde»[6225]). Damit Evaluationen einen Mehrwert bringen, brauchen sie eine klare Zielsetzung. Je genauer das Ziel der Massnahme und das Ziel der Evaluation 42

6224 Vgl. SGK-Ehrenzeller K., Art. 169 BV, N. 44; Sägesser, Kommentar zu Art. 26 ParlG, N. 34 ff.
6225 Aubert, Petit commentaire, Art. 170 BV, N. 7.

festgelegt sind, desto konkreter und nützlicher kann die Evaluation ausfallen. Mit einer klaren Zielsetzung können Evaluationen, einen Policy-Cycle erfolgreich abschliessen und den Anstoss für einen neuen Zyklus geben (vgl. N. 12). Damit tragen sie zu einem stetigen Optimierungsprozess bei.

43 *Aufwand*. Die Durchführung von Evaluationen ist mit einem grossen personellen, finanziellen und zeitlichen Aufwand verbunden. Die notwendigen personellen und finanziellen Ressourcen hängen insbesondere davon, ob eine Evaluation vom Staat selber durchgeführt oder extern in Auftrag gegeben wird. Währendem sich Umsetzungsanalysen in der Regel in einem Zeitraum von sechs Monaten und mit einem Budget von etwa 60'000 Franken durchführen lassen, kosten Wirkungsanalysen in der Regel mindestens 100'000 Franken und benötigen mindestens ein Jahr. Bei Wirtschaftlichkeitsanalysen variieren Kosten und Zeitaufwand stark abhängig davon, ob nur eine Analyse zu den Optimierungspotentialen (ca. 30'000 Franken innerhalb von 3–6 Monaten) oder ein detaillierter Vergleich zwischen den Kosten und dem Nutzen (mehr als 100'000 Franken, mehr als ein Jahr) gewünscht ist. [6226]

44 *Netzwerk Evaluation in der Bundesverwaltung*. In der Bundesverwaltung befassen sich verschiedene Organisationseinheiten mit Evaluationen. Das Netzwerk Evaluation in der Bundesverwaltung dient seit 1995 als Forum für den Erfahrungs- und Informationsaustausch unter Evaluatorinnen und Evaluatoren, Auftraggebenden und Nutzenden in der Bundesverwaltung. Über 110 Mitarbeitende aus allen Departementen, der Parlamentarischen Verwaltungskontrolle und der Eidgenössischen Finanzkontrolle nehmen an den zweimal jährlich stattfindenden Treffen teil.[6227]

B. Evaluationsstandards

45 Die Schweizerische Evaluationsgesellschaft (SEVAL), ein privater Verein, veröffentlicht sog. **SEVAL-Standards**, die sich an Evaluatorinnen und Evaluatoren sowie deren Auftraggebende richten.[6228] Sie sollen bei der Planung und Durchführung von Evaluationen, der Vergabe von Aufträgen (insb. Ausschreibungen und Evaluationsvereinbarungen) und bei der

6226 Zum Ganzen BJ, Gesetzgebungsleitfaden 2025, N. 1166. Vgl. auch Rieder, Kosten, S. 73 ff.
6227 Bise, passim.
6228 SGK-Uhlmann/Bussmann, Art. 170 BV, N. 10. Vgl. zur Entstehung Widmer, Qualitätssicherung, S. 11 ff.

begleitenden Sicherung oder der nachträglichen Beurteilung der Qualität von Evaluationen eine Hilfestellung bieten.[6229] Die SEVAL-Standards nennen Kriterien für die Beurteilung der Qualität von Evaluationen, allgemeine Grundprinzipien, Standards für die Planung, Durchführung und Bewertung von Evaluationen und Standards für die Ergebnisvermittlung.[6230] Neben ethischen Prinzipien enthalten sie damit auch praktische Empfehlungen für die verschiedenen Evaluationsphasen, die unabhängig vom institutionellen Kontext, Vorgehen oder Themenbereich anwendbar sind.[6231]

C. Evaluationsklauseln

Evaluationsklauseln sind Rechtsnormen, die den Adressaten verpflichten, die 46
Wirkung eines bestimmten Gesetzes oder bestimmter Massnahmen zu überprüfen.[6232] Die Bundesversammlung nimmt ihren Verfassungsauftrag zur Wirksamkeitsprüfung regelmässig mittels Erlass solcher **spezialgesetzlicher Evaluationsklauseln** wahr.[6233] Es existieren verschiedene Typen von Evaluationsklauseln.[6234] Zwar sind der Bundesrat und die Bundesverwaltung auch ohne Evaluationsklausel ermächtigt und gehalten, bei Bedarf Evaluationen durchzuführen (N. 18). Anhand von Evaluationsklauseln kann der Gesetzgeber den Bundesrat jedoch beispielsweise auf einen bestimmten Zeitpunkt oder Evaluationsturnus verpflichten, ein unabhängiges, externes Durchführungsorgan sowie spezifische Methoden, Untersuchungsgegenstände oder Evaluationskriterien vorsehen oder regeln, welche Konsequenzen aus bestimmten Evaluationsergebnissen zu ziehen sind.[6235]

6229 SEVAL-Standards 2016, S. 1. Vgl. zur tatsächlichen Nutzung der Standards Balzer, Nutzung der Evaluations-Standards, S. 439 ff.; Balzer, Evaluationspraxis, S. 1-18.

6230 SEVAL-Standards 2016, S. 2 f., A1-A12, B1-B9, C1-C6.

6231 SEVAL-Standards 2016, S. 1.

6232 BJ, Gesetzgebungsleitfaden 2025, N. 1149.

6233 Es existieren ca. 110 spezialgesetzliche Evaluationsklauseln. Vgl. die Übersicht des BJ: https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/staat/evaluation/materialien/uebersicht.html.

6234 Für eine Typologie Bussmann, Typen und Terminologie, S. 97-102.

6235 Vgl. Müller/Uhlmann/Höfler, Fn. 188-194 mit Beispielen spezialgesetzlicher Evaluationsklauseln zu diesen Kategorien. Vgl. auch BJ, Empfehlungen Evaluationsklauseln 2012, S. 4, welche empfehlen, in einer Evaluationsklausel die berichterstattende Behörde, den Adressaten der Ergebnisse, den Zeitpunkt der Überprüfung, das Endprodukt sowie die Kriterien und den Gegenstand der Überprüfung zu regeln. Für eine leicht erweiterte Liste von zu regelnden Elementen siehe bereits Lötscher S. 103-110, S. 107 f.

V. WIRKSAMKEIT ALS VERFASSUNGSPRINZIP?

47 *Definition.* In der Lehre umstritten ist, ob die BV ein Verfassungsprinzip enthält, welches die Wirksamkeit staatlicher Massnahmen fordert. «Verfassungsprinzipien» (auch: «Verfassungsgrundsätze») ohne eigenen Rechtsquellencharakter sind Verfassungsgehalte, die nicht ausdrücklich im Verfassungstext als solche bezeichnet werden, sich jedoch als der BV zugrundeliegende Leitideen interpretativ aus mehreren Verfassungsnormen herleiten lassen. Sie gleichen in dieser Hinsicht den «Strukturprinzipien» oder «strukturbestimmenden Grundentscheidungen» der BV, brauchen sich jedoch nicht durch die gesamte BV hindurch zu ziehen und können insofern einen geringeren Abstraktionsgrad aufweisen.[6236]

48 *Herleitung aus Art. 170 BV.* Nach Flückiger und Mastronardi lässt sich aus Art. 170 BV ein Verfassungsprinzip der Wirksamkeit herleiten: Die Bestimmung enthält nach Flückiger implizit ein «principe d'efficacité», welches die Adressaten verpflichte, staatliche Massnahmen anhand der Methode der Evaluation zu prüfen; die daraus folgenden Erkenntnisse seien jedoch empfehlend und nicht gerichtlich durchsetzbar.[6237] Nach Mastronardi macht der Auftrag zur Wirksamkeitsprüfung nur Sinn, wenn die Output-Legitimation ein von der BV anerkanntes Ziel sei.[6238] Uhlmann/Bussmann sind gegenteiliger Auffassung. Sie argumentieren u.a. damit, dass Art. 170 BV nicht justiziabel sei. Zudem sei es aus systematischer Sicht nicht überzeugend, ein Prinzip von derart allgemeiner Tragweite aus einer Kompetenznorm abzuleiten. Schliesslich sei ein Verfassungsprinzip, das sich auf Massnahmen des Bundes beschränkt, wenig sinnvoll.[6239] Unseres Erachtens ist der ablehnenden Lehrmeinung zuzustimmen, wonach sich jedenfalls aus der Kompetenznorm von Art. 170 BV *alleine* noch kein Verfassungsprinzip der Wirksamkeit staatlicher Massnahmen ergibt.

49 *Herleitung aus verwandten Bestimmungen.* Ein Verfassungsprinzip der Wirksamkeit könnte sich neben Art. 170 BV auch auf systematisch verwandte

---

6236 Zum Begriff SGK-Ehrenzeller K., Verfassungsinterpretation, N. 30 f. Vgl. auch Wiederkehr/Frings, S. 5 ff.

6237 CR-Flückiger, Art. 170 BV, N. 27.

6238 SGK-Mastronardi (2. Aufl.), Art. 170 BV, N. 18. Unter Bezugnahme auf Mastronardi bejahend auch: BJ, Bericht IDEKOWI 2004, S. 10. Vgl. BSK-Lienhard/Mächler/Marti Locher, Art. 170, Fn. 30 m.w.H. zur divergierenden Lehre.

Bestimmungen stützen. Beispielsweise vertreten Lienhard/Mächler/Zielniewicz, dass die Wirksamkeit und Wirtschaftlichkeit zu «eigentlichen Verfassungsgrundsätzen geworden» seien[6240], die im Finanz- und Organisationsrecht (Art. 12 Abs. 4 FHG und Art. 5 Abs. 2 bst. c FKG) ihre Konkretisierung erfahren. Mehreren Bestimmungen der BV liegt in der Tat (jedenfalls u.a.) die Forderung zugrunde, dass staatliche Massnahmen wirksam auszugestalten sind. Uhlmann/Bussmann sowie Flückiger nennen das Prinzip des öffentlichen Interesses und das Verhältnismässigkeitsprinzip (Art. 5 Abs. 2 BV), die Rechtsgleichheit (Art. 8 BV) und das Willkürverbot (Art. 9 BV), die Verwirklichung der Grundrechte (Art. 35 Abs. 1 und 3 BV), das Gebot der bedarfsgerechten und wirtschaftlichen Erfüllung staatlicher Aufgaben (Art. 43a Abs. 5, Art. 126 Abs. 1, Art. 178 Abs. 1 BV) und die Kompetenz zur Rechtsanwendung.[6241] Zusätzlich anzuführen wäre u.E. das Legalitätsprinzip (Art. 5 Abs. 1 BV). Insoweit das Legalitätsprinzip die materielle Verwirklichung des Rechts fordert, enthält es notwendigerweise auch ein Gebot der materiellen Wirksamkeit des Rechts. Es stellt sich die Frage, ob sich aus einer Gesamtschau dieser systematisch verwandten Bestimmungen ein Verfassungsprinzip der Wirksamkeit herleiten lässt.[6242]

Eigenständiger Gehalt im Verhältnis zu anderen Verfassungsprinzipien. In den vorgehend genannten Bestimmungen, welche einen systematischen Bezug zum Gebot der Wirksamkeit aufweisen, lässt sich u.E. unschwer die gemeinsame Leitidee erkennen, dass staatliche Massnahmen grundsätzlich möglichst wirksam sein sollen: Ist der sachliche Schutzbereich eines Grundrechts eröffnet, besteht ein justiziabler Anspruch, dass einschränkende staatliche Massnahmen geeignet und erforderlich zur Verwirklichung eines öffentlichen Interesses sein müssen. Auch das Rechtsgleichheitsgebot, das Willkürverbot und das Gebot der bedarfsgerechten Erfüllung staatlicher Aufgaben enthalten für grundsätzlich alle Bereiche staatlicher 50

6239 SGK-Uhlmann/Bussmann, Art. 170 BV, N. 31. Ebenfalls kritisch Biaggini, Art. 170 BV, N. 3: es «erscheint fraglich», ob Art. 170 BV ein Wirksamkeitsprinzip statuiert.

6240 Lienhard/Mächler/Zielniewicz, S. 16 ff.

6241 SGK-Uhlmann/Bussmann, Art. 170 BV, N. 32 ff.; CR-Flückiger, Art. 170 BV, N. 28; Flückiger, Impacts, N. 28 ff.

6242 Vgl. auch den Ansatz «aus der anderen Richtung» bei von Bogdandy, S. 24 ff., 35 ff.: Strukturprinzipien der Verfassung, namentlich Demokratie, Rechtsstaat und Bundesstaat, werden dort als Grundentscheid für einen wirksamkeitsorientiertes Gemeinwesen verstanden, der durch präzisere, konkretisierende Bestimmungen zu einem Verfassungsprinzip verdichtet wird.

Aufgabenerfüllung mit der Wirksamkeit staatlicher Massnahmen verbundene Postulate. Diese Bestimmungen tragen gemeinsam mit Art. 170 BV zu einer «Kultur der Rechtfertigung»[6243] der Rechtsetzung anhand von Wirksamkeitsüberlegungen bei. Noch nicht geklärt ist damit jedoch, welcher eigenständige verfassungsrechtliche Gehalt einem Verfassungsprinzip der Wirksamkeit staatlicher Massnahmen im Einzelnen zukäme. Erweisen sich unwirksame staatliche Massnahmen beispielsweise immer auch als unverhältnismässig oder als nicht konform mit dem Legalitäts- oder Rechtsgleichheitsprinzip, so wäre der normative Mehrwert eines eigenständigen Verfassungsprinzips der Wirksamkeit, dessen Verfassungsgehalte nicht über die Gehalte anderer Verfassungsprinzipien hinausreichen, gering und verzichtbar. Es stellt sich deshalb die Frage, welche konkreten verfassungsrechtlichen Folgen ein ungeschriebenes Verfassungsprinzip der Wirksamkeit staatlicher Massnahmen entfalten könnte. Denkbar wäre etwa, dass ein solches Verfassungsprinzip einen justiziablen Anspruch auf die Durchführung von Wirksamkeitsprüfungen vermittelt, dass es die Verfassungswidrigkeit gewisser staatlicher Massnahmen begründet oder dass es zumindest bei der Verfassungsauslegung zu berücksichtigen ist.

51 *Justiziabler Anspruch auf Wirksamkeitsprüfung.* Ein einklagbares Recht des Einzelnen, in einem bestimmten Fall die Durchführung einer Wirksamkeitsprüfung zu verlangen, vermittelt Art. 170 BV nicht (zu dieser Frage N. 22). Vermittelt der Verfassungstext keinen einklagbaren Anspruch auf die Durchführung von Wirksamkeitsprüfungen, ist es kaum denkbar, dass sich ein solcher Anspruch aus einem interpretativ hergeleiteten, relativ abstrakten Verfassungsprinzip, das bisher weder von der Praxis noch der herrschenden Lehre anerkannt ist,[6244] ergeben könnte. Auch andere Bestimmungen und Prinzipien der BV sind jedoch nicht oder nicht in jeder Konstellation justiziabel und verwirklichen sich in anderen Kanälen als der gerichtlichen Überprüfung,[6245] beanspruchen aber nichtsdestotrotz Geltung als Teil des materiellen Verfassungsrechts.

6243 Altwicker, Leistungsfähigkeit, S. 356.

6244 Anders als beim Gewaltenteilungsprinzip, welches das Bundesgericht als verfassungsmässiges Recht anerkannt hat. Vgl. Martenet, N. 29 m.H. auf die Rechtsprechung.

6245 Etwa die präventive Normenkontrolle im diffusen System der Schweiz oder Akte der Verfassungsrechtspflege der Bundesversammlung (z.B. Gültigkeitsprüfung von Volksinitiativen nach Art. 173 Abs. 1 Bst. f BV).

Verfassungswidrigkeit von unwirksamen Massnahmen. Besteht ein Verfassungsprinzip der Wirksamkeit staatlicher Massnahmen, so stellt sich die Frage, ob unwirksame staatliche Massnahmen als verfassungswidrig gelten müssen. Uhlmann/Bussmann diskutieren die Frage anhand eines jüngeren Leitentscheids des Bundesgerichts (BGE 147 I 16) betreffend eine Gebühr. Das Bundesgericht stützte darin die Rechtmässigkeit einer Anschlussgebühr, an deren Wirksamkeit Zweifel bestanden, mit Verweis darauf, dass der Gesetzgeber die Regelung bloss auf Probe eingeführt und einer Evaluationspflicht unterstellt hatte. Uhlmann/Bussmann kommen deshalb zum Ergebnis, eine Rechtsnorm sei auch dann vorläufig verhältnismässig und damit verfassungskonform, wenn ihre Wirksamkeit zweifelhaft sei, jedenfalls solange sie einer Pflicht zur Evaluation unterliege.[6246] Bisher lassen sich soweit ersichtlich keine Fälle identifizieren, in denen eine Massnahme, die sich in einer Wirksamkeitsprüfung als unwirksam erwiesen hatte, alleine aus diesem Grund von einer rechtsanwendenden Behörde als verfassungswidrig eingestuft und deshalb nicht angewendet oder zumindest unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten kritisiert wurde (ohne dass gleichzeitig z.B. eine Grundrechtsverletzung wegen Nichtbeachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips vorgelegen hätte). Dies kann nicht alleine daran liegen, dass Bundesgesetze selbst angewendet werden müssen, wenn sie verfassungswidrig sind (Art. 190 BV). Denn selbst gegenüber Bundesgesetzen besteht für das Bundesgericht kein Prüfverbot, während das Bundesgericht bei Verordnungen des Bundes sowie bei kantonalen Umsetzungserlassen eine allfällige Verfassungswidrigkeit wegen Verletzung eines Prinzips der Wirksamkeit auch sanktionieren könnte.[6247] Sind auch unwirksame Massnahmen verfassungskonform, so könnte einem Verfassungsprinzip der Wirksamkeit staatlicher Massnahmen immer noch die Bedeutung zukommen, dass es eine prozessuale Anforderung an den Rechtsetzungsprozess beinhaltet, wonach eine Rechtsgrundlage nur verfassungskonform ist, wenn in angemessenem Masse deren Wirksamkeit (je nach Kontext ex ante, ex post und/oder begleitend) überprüft wird. Tatsächlich hat jüngst der EGMR im Entscheid *KlimaSeniorinnen Schweiz and others v. Switzerland* (53600/20 vom 9. April 2024) aus Art. 8 EMRK einen eigentlichen Qualitätsstandard für die legistische Qualität im Bereich Klimaschutz abgeleitet, insbesondere in

52

6246 SGK-Uhlmann/Bussmann, Art. 170 BV, N. 33 m.H. auf BGE 147 I 16 E. 5.5.

6247 Soweit sich das Prinzip nicht aus Art. 170 BV, sondern einer Gesamtschau verwandter Bestimmungen ergibt, wäre es allenfalls auch gegenüber den Kantonen verbindlich.

Bezug auf die quantitativen Datengrundlagen als rationale Grundlage für die Schweizer Klimapolitik.[6248] Hierbei handelt es sich jedoch nicht um eine Anforderung, die sich aus einem Grundrecht oder einer anderen Norm der BV ergibt. Im Gegenteil sind Schweizer Gerichte bisher sehr zurückhaltend, aus der Verfassung Anforderungen in Bezug auf im Rechtsetzungsprozess erforderliche Wirksamkeitsprüfungen (und andere Qualitätssicherungsmassnahmen) abzuleiten, die bei Nichteinhalten die Verfassungskonformität eines Erlasses in Frage stellen könnten.

53 *Wirksamkeitsorientierung als Auslegungsmethode.* Die Leitidee, dass staatliche Massnahmen möglichst wirksam sein sollen, könnte für die juristische Methodenlehre fruchtbar gemacht werden. Ein wirkungsorientiertes Auslegungselement würde darin bestehen, eine Norm so auszulegen, dass sie eine grösstmögliche Wirksamkeit erzielt. Eng verwandt wäre dieses Auslegungselement mit dem teleologischen Element.[6249] Ist die im Schweizer Recht etablierte teleologische Methode primär nach *innen*, auf die der Norm zugrundeliegende *ratio legis* gerichtet, würde die Wirkungsorientierung eine Öffnung der Methode zu den Aussenwirkungen der Norm bedeuten. Im Völker- und Europarecht ist mit dem effet utile-Prinzip (Effizienzgebot) ein entsprechendes Gebot etabliert, wonach eine Norm so auszulegen und anzuwenden ist, dass ihr Ziel am besten und einfachsten erreicht wird. Verwandt wäre ein solches Auslegungselement auch mit der im US-Methodendiskurs etablierten ökonomischen Theorie des Rechts, wonach Rechtsnormen so auszulegen sind, dass im Ergebnis die grösstmögliche Effizienz im ökonomischen Sinne erreicht wird.[6250] In der schweizerischen Methodenlehre hat sich ein Auslegungselement der grösstmöglichen Wirksamkeit noch nicht etabliert.[6251] Immerhin hat das Bundesgericht in BGE 140 II 384 vom «verfassungsrechtlichen Anliegen der Wirksamkeit des materiellen Rechts» gesprochen und auf Art. 170 BV verwiesen, um eine Verabsolutierung des Schutzes der Verfahrensparteien im

6248 Vgl. dazu im Einzelnen Flückiger, KlimaSeniorinnen, passim. Vgl. auch CR-Flückiger, Art. 170 BV, N. 29 m.H. auf weitere Rechtsprechung des EGMR sowie des EuGHs.

6249 BGE 144 III 175 E. 5.1.2 m.H. auf die Rechtsprechung des EuGHs, der das effet utile-Prinzip der praktischen Wirksamkeit als «Ausprägung der teleologischen Interpretation» bezeichnet.

6250 Vgl. Posner, Economic Analysis, S. 4, 19 f.; Posner, Economic Approach, S. 776.

6251 Vgl. aber BGE 144 III 175 E. 5.1, wo das BGer das Völkerrecht, konkret das LugÜ, auf seine praktische Wirksamkeit hin auslegt und betont, dass das nationale Recht die praktische Wirksamkeit des Übereinkommens nicht vereiteln darf.

Zusammenhang mit den Verfahrensgarantien nach Art. 6 EMRK zu verhindern.[6252] Es hat dabei die beiden Anliegen des Schutzes der Verfahrensparteien (Verfahrensgarantien gemäss Art. 29 BV) und der Wirksamkeit des materiellen Rechts (Wirksamkeitsprüfungen gemäss Art. 170 BV) in eine praktische Konkordanz gebracht. Aus der bisherigen Rechtsprechung geht jedoch noch nicht hervor, ob das Anliegen der Wirksamkeit staatlicher Massnahmen bei der Verfassungsauslegung eine eigenständige Bedeutung entfaltet, oder eher wie andere öffentliche Interessen in die Interessenabwägung bzw. wie andere Verfassungsbestimmungen in die Herstellung praktischer Konkordanz einfliesst und damit von etablierten methodischen Figuren, insb. der Verhältnismässigkeit, dem öffentlichen Interesse und der *ratio legis*, absorbiert wird. Ein wirkungsorientiertes Auslegungselement hätte, beispielsweise bei der Konkretisierung offener Verfassungsbestimmungen, das Potenzial, als «Einfallstor» für empirische Erkenntnisse aus Evaluationen und den Sozialwissenschaften in die juristische Methodenlehre zu fungieren.[6253] Allerdings sind viele methodische Fragen ungeklärt, etwa in Bezug auf das Verhältnis eines wirkungsorientierten zum teleologischen Auslegungselement, sodass ein Verfassungsprinzip der Wirksamkeit staatlicher Massnahmen bisher kaum konkrete rechtliche Konsequenzen im Rahmen der Auslegung zeitigen konnte.

Grenzen der Output-Legitimation. Die voranstehenden Überlegungen zeigen, 54
dass die Beurteilung der Wirksamkeit von Massnahmen und Erlassen in der Schweiz in allererster Linie dem politischen Ermessen überlassen ist. Aus mehreren Gründen ist das bis zu einem gewissen Grad systemimmanent. Zum einen sind Evaluationen selten in der Lage, verlässliche Erkenntnisse über komplexe gesellschaftliche Wirkungsketten zu liefern. Selbst in sozialwissenschaftlichen Disziplinen, welche in den vergangenen Jahrzehnten methodische Fortschritte zur Messung kausaler Zusammenhänge priorisierten[6254], sind solche Forschungsresultate meist mit beträchtlicher Unsicherheit behaftet. In der Praxis entsprechen Evaluationen zudem oft nicht dem Idealtyp einer umfassenden ex post-Evaluation mit wissenschaftlichem Qualitätsanspruch, sondern beschränken sich in

6252 BGE 140 II 348 E. 3.3.5, S. 349.

6253 Vgl. zur Offenheit/Verschlossenheit der Verfassungsauslegung gegenüber anderen Disziplinen SGK-Ehrenzeller K., Verfassungsinterpretation, N. 84 m.H.

6254 Insbesondere die «Credibility Revolution» in der Ökonomie (vgl. Angrist/Pischke, S. 3 ff.).

Fragestellung und Methode auf prozessorientierte Umsetzungsanalysen.[6255] Selbst wenn Evaluationen die Wirkungen staatlicher Massnahmen mit letzter Sicherheit messen könnten, würde dennoch das Ableiten der politischen Konsequenzen eine politische Beurteilung erfordern. Angenommen eine Evaluation könnte verlässlich zeigen, dass eine staatliche Massnahme, unter Ausschluss anderer Faktoren, die Arbeitslosigkeit um 0.5% reduziert hat: Das Resultat würde nicht die normative Frage beantworten, ob die Wirkung die mit der Massnahme verbundenen Kosten (finanzieller und anderer Art) rechtfertigt. Die Verfassung legt ein Verfahren fest, welches die Kompetenz zur Beantwortung solcher Wertungsfragen bestimmten verfassungsmässigen Organen, insbesondere der Bundesversammlung, überträgt. Diesen Organen ist es grundsätzlich auch unbenommen, rein symbolische Massnahmen zu treffen, die im vornherein ungeeignet sind, eine messbare Wirkung zu erzielen (N. 28). Im Resultat des demokratisch-gewaltenteiligen «Input-Verfahrens», welches die Evaluationsergebnisse politisch beurteilt, findet die «Output-Legitimation» des Staatshandelns eine Grenze. Die «Output-Legitimation» darf nicht die rechtsstaatlichen und demokratischen Garantien relativieren oder gar aushöhlen. Letztere bilden selbst einen Massstab der Zielerreichung und verlangen die Verwirklichung des demokratischen Rechtsstaates.

55 *Fazit.* Art. 170 BV und mehreren systematisch verwandten Bestimmungen ist die Leitidee gemeinsam, dass staatliche Massnahmen möglichst wirksam sein sollen (N. 49). Die Frage, ob es sich rechtfertigt, dieses gemeinsame Anliegen verschiedener Verfassungsbestimmungen interpretativ als eigenständiges Verfassungsprinzip der Wirksamkeit staatlicher Massnahmen zu bündeln, sollte u.E. primär mit Blick auf die konkreten verfassungsrechtlichen Folgen dieses Verfassungsprinzips entschieden werden (N. 50). Unumstritten ist, dass das Verfassungsprinzip keinen justiziablen Anspruch auf Durchführung von Wirksamkeitsprüfungen vermittelt (N. 51). Auch sind bisher keine Konstellationen bekannt, in denen eine rechtsanwendende Behörde eine Massnahme, die keine Wirkung zeitigte oder deren Wirksamkeit ungenügend überprüft wurde, alleine aus diesem Grund als verfassungswidrig eingestuft hätte (N. 52). Denkbar ist, dass der Trend hin zur Wirksamkeitsorientierung des Rechts in die juristische Methodenlehre Eingang finden könnte, im Sinne

6255 Vgl. SGK-Mastronardi (2. Aufl.), Art. 170 BV, N. 5. Vgl. zum Einfluss exogener Rahmenbedingungen auf die Methodenwahl auch Rüefli, Evaluationsmethoden, S. 55 ff. sowie die weiteren Beiträge in LeGes 2010 zur SEVAL-Tagung 2009.

einer Normauslegung mit Blick auf die grösstmögliche Wirksamkeit der Norm. Eine Entwicklung in diese Richtung besteht darin, dass das efffet utile-Prinzip des Europa- und Völkerrechts in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung rezipiert wird. Die Anerkennung eines eigenständigen Auslegungselements der Wirksamkeit hat sich bisher nicht vollzogen, könnte aber möglicherweise zu einer billigen, realitätsnahen und Legitimation stiftenden Rechtsanwendung beitragen (N. 53). Schlussendlich bleibt die Beurteilung der Wirksamkeit von Massnahmen und Erlassen in der Schweiz in allererster Linie dem politischen Ermessen überlassen. Ansonsten würde sich das Prinzip der Wirksamkeit über die rechtstaatlich-demokratische «Input-Legitimation» des Staatshandelns erheben (N. 54). Denkbar wäre es, die Wirksamkeit als rein programmatisches Verfassungsprinzip, ähnlich narrativen Deklamationen oder Appellen der Verfassung,[6256] zu bezeichnen. Auch andere in der Literatur als «Verfassungsprinzip» bezeichnete Gehalte der BV weisen eine tiefe Normativität auf.[6257] Gegeben dieser Entwicklungen lässt sich die praktische Wirksamkeit des materiellen Rechts insgesamt als ein sich im Entstehen befindliches Verfassungsprinzip begreifen.

Zu den Autoren

Carl Jauslin, MLaw, BA, ist LL.M. Candidate am College of Europe in Bruges und Doktorand an der Juristischen Fakultät der Universität Basel sowie ehemals Jurist im Fachbereich Rechtsetzungsprojekte I beim Bundesamt für Justiz in Bern.

Dr. sc. Gabriel Gertsch ist beim Bundesamt für Justiz der Delegierte für das Vertragspaket Schweiz-EU und stellvertretender Chef des Fachbereichs Rechtsetzungsbegleitung I, Lehrbeauftragter für Bundesstaatsrecht an der Universität St. Gallen und assoziierter Forscher am Center for Law & Economics der ETH Zürich.

Die hier vertretene Auffassung widerspiegelt die persönliche Auffassung der Autoren und muss nicht mit der Auffassung des Bundesamts für Justiz übereinstimmen. Die Autoren danken Bertrand Bise, Kaspar Ehrenzeller, Simone Füzesséry und Jeanne Ramseyer für ihre wertvollen Bemerkungen.

6256 Vgl. die Kategorisierung bei Tschannen, S. 103 ff., 107 ff.

6257 Etwa das Verfassungsprinzip der Weltoffenheit (siehe Rhinow/Schefer/Uebersax, N. 217, 234 ff.) oder des Tierschutzes (vgl. ablehnend SGK-Errass, Art. 80 BV, N. 25).

Carl Jauslin dankt zudem Johanna Jean-Petit-Matile und Lukas Gysin für die Austausche zu dieser Thematik (normativ – a legal think tank).

EMPFOHLENE LEKTÜRE

Bussmann Werner, Evaluation staatlicher Massnahmen erfolgreich begleiten und nutzen: Ein Leitfaden, Chur/Zürich 1995.

Flückiger Alexandre, L'évaluation des impacts des mesures étatiques, in: Oliver Diggelmann/Maya Hertig Randall/Benjamin Schindler (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2020, VII.8.

Flückiger Alexandre, (Re)faire la loi, Traité de légistique à l'ère du droit souple, Bern, 2019.

Mader Luzius, L'évaluation législative, Pour une analyse empirique des effets de la législation, Diss., Lausanne 1985.

Müller Georg/Uhlmann Felix/Höfler Stefan, Elemente einer Rechtssetzungslehre, 4. Aufl., Zürich/Genf 2024.

Sager Fritz/Widmer Thomas/Balthasar Andreas (Hrsg)., Evaluation im politischen System der Schweiz: Entwicklung, Bedeutung und Wechselwirkungen, Zürich 2017.

LITERATURVERZEICHNIS

Altwicker Tilmann, Statistikbasierte Argumentation im Verwaltungsrecht, Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht (12) 2018, S. 619 ff. (zit. Statistikbasierte Argumentation).

Altwicker Tilmann, Evidenzbasiertes Recht und Verfassungsrecht, ZSR 138 (2019), S. 181 ff. (zit. Evidenzbasiertes Recht).

Altwicker Tilmann, Leistungsfähigkeit des Verhältnismässigkeitsprinzips, in: Nettesheim Martin (Hrsg.), Verfassungsrecht und Politik, VVDStRL 84, Berlin/Boston 2025, S. 334 ff. (zit. Leistungsfähigkeit).

Altwicker Tilmann/Hermstrüwer Yoan, Quantitative Legal Studies: The Science of Measuring the Law, in: Altwicker Tilmann et al. (Hrsg.), Recht - Jurisprudenz - Wissenschaft, Festgabe aus Anlass des Schweizerischen Juristentags 2025 in Zürich, Zürich/Genf 2025, S. 41 ff.

Andereggen Céline, Evaluation der Vernehmlassungs- und Anhörungspraxis des Bundes, LeGes 1 (2012).

Angrist Joshua/Pischke Jörn-Steffen, The Credibility Revolution in Empirical Economics: How Better Research Design Is Taking the Con out of Econometrics, Journal of Economic Perspectives (24) 2010, No. 2, 3 ff.

Arni Patrick, Kausale Evaluation von Pilotprojekten: Die Nutzung von Randomisierung in der Praxis, LeGes 3 (2012).

Aubert Jean-François, Art. 170 BV, in: Aubert Jean-François/Mahon Pascal (Hrsg.), Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse: du 18 avril 1999, Zürich/Basel/Genf 2003.

Balthasar Andreas, Institutionelle Verankerung und Verwendung von Evaluationen: Praxis und Verwendung von Evaluationen in der schweizerischen Bundesverwaltung, Zürich 2009 (zit. Verwendung von Evaluationen).

Balthasar Andreas, Evaluationen in der Schweiz: Verbreitung und Verwendung, in: Widmer Thomas/Beywl Wolfgang/Fabian Carlo (Hrsg.), Evaluation: Ein systematisches Handbuch, Wiesbaden 2009, S. 486-497.

Balthasar Andreas, Wie lassen sich Politikfelder evaluieren? Skizze einer Vorgehensweise am Beispiel der Integrationspolitik, LeGes 2 (2015) (zit. Politikfelder evaluieren).

Balthasar Andreas/Müller Franziska, Die Verbreitung evidenzbasierter und gleichstellungssensitiver Informationen in den Entscheidungsprozessen kantonaler Steuer- und Sozialtransferpolitik: Eine quantitative Analyse, Swiss Political Science Review 2014, S. 70 ff.

Balthasar Andreas/Strotz Chantal, Verbreitung und Verankerung von Evaluation in der Bundesverwaltung, in: Sager Fritz/Widmer Thomas/Balthasar Andreas (Hrsg.), Evaluationen im politischen System der Schweiz: Entwicklung, Bedeutung und Wechselwirkungen, Zürich 2017, S. 89 ff.

Balzer Lars, Bekanntheitsgrad und Nutzung der Evaluations-Standards der Schweizerischen Evaluationsgesellschaft (SEVAL) sowie erste Modifikationshinweise: Ergebnisse der Mitgliederbefragung, LeGes 2 (2013) (zit. Nutzung der Evaluations-Standards).

Balzer Lars, Die Evaluationspraxis im Licht der neuen SEVAL-Standards sowie empirisch bestimmter Bedingungen erfolgreicher Evaluationsprojekte, LeGes 3 (2019) (zit. Evaluationspraxis).

Biaggini Giovanni, Art. 187 BV, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich & St. Gallen 2023.

Biaggini Giovanni, Art. 170 BV, in: Biaggini Giovanni, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017.

Bise Bertrand/Wallart Nicolas, Differenzierte Regulierungen für weniger administrative Belastung, Die Volkswirtschaft, 25. Mai 2016.

Bise Bertrand, Wer überwacht die Wirksamkeit der öffentlichen Politik, Die Volkswirtschaft, 23. September 2019.

Brun Mathias, NFA-Wirksamkeitsbericht, LeGes 2 (2010).

Bussmann Werner, Rechtsetzung unter Unsicherheit, LeGes 2 (1992) (zit. Rechtsetzung unter Unsicherheit).

Bussmann Werner, Die Methodik der prospektiven Gesetzesevaluation, LeGes 3 (19979 (zit. Methodik der prospektiven Gesetzesevaluation).

Bussmann Werner, Evaluation von NPM-Pilotprojekten, LeGes 3 (1997) (zit. NPM-Pilotprojekte).

Bussmann Werner, Typen und Terminologie von Evaluationsklauseln, LeGes 2005 (zit. Typen und Terminologie).

Bussmann Werner, Die prospektive Evaluation und ihre Verfahren zur Prüfung von Erlassen, LeGes 2 (2009) (zit. Prospektive Evaluation).

Bussmann Werner, Evaluation der neuen Bundesrechtspflege, LeGes 3 (2014) (zit. Evaluation der neuen Bundesrechtspflege).

Christ Brigitte, Evaluationen der EFK: Sand oder Schmieröl im Getriebe?, LeGes 1 (2022).

Delahais Thomas, Les évaluations participatives : plus facile à dire qu'à faire?, LeGes 1 (2021).

Della Vigna Stefano/Kim Woojin/Linos Elizabeth, Bottlenecks of Evidence Adoption, Journal of Political Economy 132 (2024).

Dubas Daniel/Wachter Daniel, Die Nachhaltigkeitsbeurteilung auf Bundesebene, LeGes 2 (2010).

Econcept, Differenzierte Regulierung und Opting-out, im Auftrag des SECO, 28.3.2018.

Ehrenzeller Bernhard, Art. 174 BV, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich & St. Gallen 2023.

Ehrenzeller Kaspar, Art. 169 BV, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich & St. Gallen 2023.

Ehrenzeller Kaspar, Verfassungsinterpretation, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich & St. Gallen 2023.

Errass Christoph, Art. 80 BV, Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich & St. Gallen 2023.

Flückiger Alexandre, Art. 170 Cst., in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Commentaire romand: Constitution fédérale, Basel 2021.

Flückiger Alexandre, L'arrêt KlimaSeniorinnen c. Suisse : un standard de qualité légistique pour la législation finalisée, LeGes 2 (2024) (zit. KlimaSeniorinnen).

Flückiger Alexandre, L'évaluation des impacts des mesures étatiques, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2020, VII.8 (zit. Impacts).

Frey Kathrin/Ledermann Simone, Nutzung von Evaluationen in Regierung und -verwaltung, in: Fritz Sager/Thomas Widmer/Andreas Balthasar (Hrsg.), Evaluationen im politischen System der Schweiz: Entwicklung, Bedeutung und Wechselwirkungen, Zürich 2017, S. 211 ff.

Gabriel-Schärer Pia/Wicki Martin, Partizipative Ansätze und Evaluationsmethodik, LeGes 1 (2021).

Haldemann Theo, Evaluation von Politik- und Verwaltungsreformen, LeGes 3 (1997).

Haldemann Theo/Marek Daniel, Evaluationsstudien für ein tatsächlich wirkungsorientiertes NPM, LeGes 2 (2001).

Haunberger Sigrid, Nichts ist praktischer als ein gutes Wirkungsmodell: Überlegungen am Beispiel des Justizvollzugs, LeGes 2 (2018).

Höland Armin, Interdisziplinarität der Gesetzesevaluation, LeGes 1 (1990).

Janett Daniel, Die Evaluationsfunktion des Bundesparlaments, LeGes 2 (2004).

Jauslin Carl/Schinzel Marc, Krisenfeste Gesetzgebung: Notwendigkeit oder Illusion?, LeGes 3 (2024).

Keller Läubli Lucy, Die Evaluation von Gesetzen: ein Beitrag zur Rationalisierung der Rechtsetzung, recht 2018.

Kettiger Daniel, Wirkungsorientierte Verwaltungsführung und Gesetzgebung, Bern 2000 (zit. Verwaltungsführung)

Kettiger Daniel, Gesetzescontrolling, Bern/Stuttgart/Wien 2000 (zit. Gesetzescontrolling).

Körber Sandro, Experimentelle Rechtsetzung, LeGes 2 (2015).

Konzendorf Gottfried, Die Zukunft evaluieren: Ansätze, Herausforderungen, Bedeutung, LeGes 1 (2012).

Ledermann Simone/Tobler Andreas/Bättig Christoph, Art. 27 ParlG, in: Graf Martin/Caroni Andrea (Hrsg.), Parlamentsrecht und Parlamentspraxis der Schweizerischen Bundesversammlung, Kommentar zum Parlamentsgesetz (ParlG) vom 13.12.2002, 2. Aufl., Basel 2024.

Lienhard Andreas, Staats- und verwaltungsrechtliche Grundlagen für das New Public Management in der Schweiz. Analyse - Anforderungen - Impulse, Bern 2005.

Lienhard Andreas/Mächler August/Marti Locher Fabienne, Art. 170 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Schweizerische Bundesverfassung, Basler Kommentar, Basel 2025.

Lienhard Andreas/Mächler August/Zielniewicz Agata, Öffentliches Finanzrecht, Bern 2017.

Lötscher Andreas, Evaluationsklauseln: Überlegungen aus gesetzesredaktioneller Sicht, LeGes 1 (2005).

Luhmann Niklas, Legitimation durch Verfahren, Frankfurt a.M. 1969.

Mader Luzius, Art. 170 der Bundesverfassung – Was wurde erreicht, was ist noch zu tun?, LeGes 1 (2005).

Martenet Vincent, La séparation des pouvoirs, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2020.

Mastronardi Philippe, Zur Legitimation des Staates durch die Wirkungen seines Handelns, LeGes 1996, S. 25 ff. (zit. Legitimation).

Mastronardi Philippe, Gesetzgebungsstrategie bei Unsicherheit: Umgang mit unbestimmten Zielen und Wirkungen, LeGes 2/3 (1998) (zit. Gesetzgebungsstrategie bei Unsicherheit).

Mastronardi Philippe, Angewandte Rechtstheorie, Bern 2009 (zit. Angewandte Rechtstheorie).

Mastronardi Philippe, Art. 170 BV, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 2. Aufl., Zürich & St. Gallen 2008.

Melvin Mark/Henry Gary, The mechanisms and outcomes of evaluation influence, Evaluation 2004, 10(1), S. 35 ff.

Meynhardt Timo, Public Value, in Bernard Blanke et al. (Hrsg.). Handbuch zur Verwaltungsreform, 4. Aufl., Wiesbaden 2011, S. 517 ff.

Moore Mark, Creating Public Value, Strategic Management in Government, Cambridge 1995.

Müller Georg/Uhlmann Felix/Höfler Stefan, Elemente einer Rechtssetzungslehre, 4. Aufl., Zürich/Genf 2024.

Müller Markus, Art. 187 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Schweizerische Bundesverfassung, Basler Kommentar, Basel 2025.

Petersen Niels, Braucht die Rechtswissenschaft eine empirische Wende?, Der Staat 3 (2010), S. 435 ff.

Pfyl Roland, Evaluation der Zukunft: Ansätze, Herausforderungen und Bedeutung von Folgenabschätzungen in Verwaltung und Politik, LeGes 1 (2012).

Pleger Lyn/Sager Fritz, Die Beeinflussung in der Evaluationstätigkeit in der Schweiz und was die SEVAL dagegen tun kann, LeGes 1 (2016) (zit. Beeinflussung in der Evaluationstätigkeit).

Pleger Lyn/Sager Fritz, «Don't tell me cause it hurts» – Beeinflussung von Evaluierenden in der Schweiz, Zeitschrift für Evaluation 1 (2016), S. 23 ff. (zit. Beeinflussung von Evaluierenden).

Pleger Lyn/Sager Fritz, Betterment, undermining, support and distortion: A heuristic model for the analysis of pressure on evaluators, Evaluation and Program Planning 2018, S. 166 ff. (zit. Pressure on evaluators).

Pleger Lyn/Hadorn Suanne, The big bad wolf's view: The evaluation clients' perspectives on independence of evaluations, Evaluation 4 (2018), S. 456 ff.

Posner Richard A., Economic Analysis of Law, Boston 1973 (zit. Economic Analysis).

Posner Richard A., The Economic Approach to Law, Texas Law Review 53 (1975), S. 756 ff. (zit. Economic Approach).

Pound Roscoe, Law in books and law in action, American Law Review 1910, S. 15 ff.

Rhinow René A./Schefer Markus/Uebersax Peter, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3. Aufl., Basel 2016.

Riedel Henrik, Wie können Nachhaltigkeitsprüfungen in Gesetzesfolgenabschätzungen integriert werden? LeGes 1 (2012).

Rieder Stefan, Wirkungsmodelle in der Evaluation des föderalen Politikvollzugs, LeGes 2 (2007) (zit. Wirkungsmodelle).

Rieder Stefan, Evaluation und (New) Public Management – Parallelen und Synergien, LeGes 2014/1 (zit. New Public Management)

Rieder Stefan, Kosten von Evaluationen, LeGes 1 (2011) (zit. Kosten).

Röhl Hans Christian, Öffnung der Methode durch Internationalität und Interdisziplinarität, VVDStRL 74 (2014), S. 7 ff.

Rüefli Christian, Evaluationsmethoden zwischen Pragmatismus und Qualität – Ansätze zum Umgang mit dem Spannungsfeld, LeGes 1 (2010) (zit. Evaluationsmethoden).

Rüefli Christian, Ansätze und Instrumente besserer Regulierung – eine Auslegeordnung, LeGes 3 (2017) (zit. Instrumente besserer Regulierung).

Rüefli Christian, Gesetzesevaluation in der Schweiz: Entwicklung, Stand und Ausblick, LeGes 3 (2022) (zit. Gesetzesevaluation).

Sager Fritz/Hinterleitner Markus, Evaluation, in: Klaus Schubert/Nils Bandelow, Lehrbuch der Politikfeldanalyse, 3. Aufl., Oldenburg 2014, S. 437 ff.

Sager Fritz/Ingold Karin/Balthasar Andreas, Policy-Analyse in der Schweiz, 2. Aufl., Zürich 2018.

Sägesser Thomas, Art. 26 ParlG, in: Graf Martin/Caroni Andrea (Hrsg.), Parlamentsrecht und Parlamentspraxis der Schweizerischen Bundesversammlung, Kommentar zum Parlamentsgesetz (ParlG) vom 13.12.2002, 2. Aufl., Basel 2024.

Schmidt, Vivien A., Conceptualizing Legitimacy: Input, Output, and Throughput, in: Europe's Crisis of Legitimacy: Governing by Rules and Ruling by Numbers in the Eurozone, Oxford, 2020.

Stockbauer Uta, Was macht Evaluationen nützlich? Grundlagen und empirische Untersuchungen zum Thema Verwertung und Verwertbarkeit von Evaluationen, Diss., Salzburg 2000.

Tschannen Pierre, Die Bedeutung normativ substanzschwacher Verfassungssätze, ZSR 143 (2024) I, Heft 1, S. 103 ff.

Uffer Matthias, Die Grundrechtskollision: ein Beitrag zu einer folgenethischen Grundrechtsdogmatik, Diss., Baden-Baden 2021.

Uhlmann Felix/Bussmann Werner, Art. 170 BV, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich & St. Gallen 2023.

Widmer Thomas, Qualitätssicherung in der Evaluation, LeGes 2 (2001) (zit. Qualitätssicherung).

Widmer Thomas, Unabhängigkeit in der Evaluation, LeGes 2 (2012) (zit. Unabhängigkeit).

Widmer Thomas et al., Forschung über Evaluation in der Schweiz: Stand und Aussichten, LeGes 3 (2016).

Wiederkehr René/Frings Johannes, Grundprinzipien des öffentlichen Rechts, Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht 1 (2025), S. 3 ff.

Von Witzleben Thomazine, Evaluation der Wirksamkeit des Gleichstellungsgesetzes, LeGes 3 (2006).

Von Bogdandy Armin, Gubernative Rechtsetzung: Eine Neubestimmung der Rechtsetzung und des Regierungssystems unter dem Grundgesetz in der Perspektive gemeineuropäischer Dogmatik, Habil., Tübingen 2000.

Wüest-Rudin David, Evaluation von Reformen der öffentlichen Verwaltung: Bedeutung und Erfolgsfaktoren, LeGes 1 (2002).

MATERIALIENVERZEICHNIS

BJ, Wirksamkeit von Bundesmassnahmen, Vorschläge zur Umsetzung von Art. 170 der Bundesverfassung bei Bundesrat und Bundesverwaltung, Bericht der Interdepartementalen Kontaktgruppe «Wirkungsprüfungen» an die Generalsekretärenkonferenz der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 14.6.2004 (zit. Bericht IDEKOWI 2004).

BJ, Entscheide des Bundesrats vom 3.11.2004 zur Verstärkung der Wirksamkeitsprüfungen bei Bundesrat und Bundesverwaltung (ergänzt durch die Empfehlungen der Generalsekretärenkonferenz [GSK] vom 19.11.2005 über Qualitätsstandards), Konsolidierte Übersicht über die Entscheide, Empfehlungen zum Zeitpunkt der Umsetzung vom 19.1.2006 (zit. Wirksamkeitsprüfungen, Entscheide des Bundesrates, 2006).

BJ, Gesetzgebungsleitfaden, Leitfaden für die Ausarbeitung von Erlassen des Bundes, 5. Auflage 2025 (zit. Gesetzgebungsleitfaden 2025).

BJ, Empfehlungen des Bundesamts für Justiz zur Formulierung von Evaluationsklauseln vom 1.7.2012 (zit. Empfehlungen Evaluationsklauseln 2012).

Bundeskanzlei, Leitfaden zum Verfassen von Botschaften des Bundesrates, Stand April 2024.

Bundesrat, Bericht über die Vollzugs- und Wirkungskontrolle des Neuen Führungsmodells für die Bundesverwaltung, 24.11.2021.

Bundesrat, Botschaft über die Weiterentwicklung der ziel- und ergebnisorientierten Verwaltungsführung – Neues Führungsmodell für die Bundesverwaltung (NFB) vom 20.11.2013, BBl 2014 767.

Bundesrat, Richtlinien für die Regulierungsfolgenabschätzung bei Rechtsetzungsvorhaben des Bundes (RFA-Richtlinien) vom 6.12.2019 (Stand am 1.10.2024), BBl 2024 664.

EFK, Umsetzung der Evaluationsklauseln in der Bundesverwaltung, Prüfung, Oktober 2011.

EU Commission, Better Regulation Guidelines, Commission Staff Working Document, Brussels, 3.11.2021, SWD(2021) 305 final, Chapter III-V.

EU Commission, Staff Working Paper 'Operational Guidance on taking account of Fundamental Rights in Commission Impact Assessments' (SEC(2011)567).

OECD, Regulatory Impact Assessment, OECD Best Practice Principles for Regulatory Policy, OECD Publishing, Paris 2020, abrufbar unter: https://doi.org/10.1787/7a9638cb-en [abgerufen am 1.8.2024].

SECO, Prüfauftrag zu Regulatory Sandboxes, Studie, Juni 2022.

SEVAL, Evaluationsstandards der Schweizerischen Evaluationsgesellschaft, 9.9.2016 (zit. SEVAL-Standards 2016).

SEVAL, Erläuterungen zu den Evaluationsstandards der Schweizerischen Evaluationsgesellschaft (SEVAL-Standards), 7.9.2017.

WBF, Handbuch Regulierungsfolgenabschätzung (RFA), Version 2.0 (1.4.2024).

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 176 BV

Eine Kommentierung von Christoph Raess

ZITIERVORSCHLAG

Christoph Raess, Kommentierung zu Art. 176 BV, in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (Hrsg.), Onlinekommentar zur Bundesverfassung

Kurzzitat: OK-Raess, Art. 176 BV N. XXX.

Art. 176 Vorsitz

[1] Die Bundespräsidentin oder der Bundespräsident führt den Vorsitz im Bundesrat.

[2] Die Bundespräsidentin oder der Bundespräsident und die Vizepräsidentin oder der Vizepräsident des Bundesrates werden von der Bundesversammlung aus den Mitgliedern des Bundesrates auf die Dauer eines Jahres gewählt.

[3] Die Wiederwahl für das folgende Jahr ist ausgeschlossen. Die Bundespräsidentin oder der Bundespräsident kann nicht zur Vizepräsidentin oder zum Vizepräsidenten des folgenden Jahres gewählt werden.

GLIEDERUNG

I. Entstehungsgeschichte und historischer Wandel des Bundespräsidiums 1681
II. Normstruktur 1683
III. Einordnung im staatsrechtlichen Kontext 1683
IV. «(...) führt den Vorsitz im Bundesrat.» 1686
V. Vizepräsidentin bzw. Vizepräsident 1694
VI. Wahlbestimmungen (Abs. 2 und 3) 1694
VII. Reformvorschläge 1697
Weitere empfohlene Lektüre 1700
Literaturverzeichnis 1700
Materialienverzeichnis 1703

I. ENTSTEHUNGSGESCHICHTE UND HISTORISCHER WANDEL DES BUNDESPRÄSIDIUMS

Die Bestimmung von Art. 176 BV geht in ihrem Wortlaut und Gehalt auf die **Bundesstaatsgründung** zurück. Art. 176 BV hat in seinem Wortlaut im Vergleich zu seinen beiden Vorgängernormen keine inhaltlichen, sondern nur sprachliche Änderungen erfahren.[6258] Die Wendung «führt den Vorsitz» geht sogar auf den durch die Tagsatzung überarbeiten Entwurf zu einer Bundesurkunde der schweizerischen Eidgenossenschaft vom Mai 1833 zurück.[6259] Der Wortlaut von Art. 176 BV steht folglich – wie die anderen Bestimmungen zum Bundesrat – exemplarisch für die in der Schweiz seit 1848 *vorherrschende institutionelle Konstanz*. 1

Die Bundesversammlung hat die vom Bundesrat im Rahmen der letzten **Verfassungsrevision** vorgeschlagene rein sprachliche Anpassung von Art. 176 BV ohne grundsätzliche Änderungen und praktisch diskussionslos übernommen.[6260] Im Zuge der Staatsleitungsreform scheiterte eine Verlängerung der Amtsdauer des Bundespräsidenten bzw. der Bundespräsidentin auf zwei Jahre mehrfach (vgl. N. 27 und N. 32).[6261] 2

Der praktisch unveränderte Wortlaut von Art. 176 BV steht im Gegensatz zur gewandelten Bedeutung des Bundespräsidiums. So hat sich die **Bedeutung des Amts** der Bundespräsidentin bzw. des Bundespräsidenten und damit eng zusammenhängend die *Wahlpraxis* der Bundesversammlung für das Amt *stark gewandelt*. Bis Anfang des 20. Jahrhunderts war das Amt des Bundespräsidenten grundsätzlich mit dem Vorsitz des Politischen Departements gekoppelt.[6262] Das Politische Departement umfasste sowohl die 3

6258 Vgl. Art. 98 der Bundesverfassung vom 29. Mai 1874 (in der Fassung vom 9. Februar 1999); Art. 86 der Bundesverfassung vom 12. September 1848 (BBl 1849 I 3 ff.); Holenstein, S. 302 mit Anmerkung 131, S. 795–808; De Pretto, S. 148 ff.

6259 Art. 65 des Entwurfs zu einer revidirten (sic!) Bundesurkunde der schweizerischen Eidgenossenschaft in der Fassung vom Mai 1833; vgl. Burckhardt, S. 738; vgl. allgemein zum Entwurf zu einer Bundesurkunde von 1833 Kölz, S. 378 ff.

6260 Vgl. AB SD 1998 N 110; AB SD 1998 S 143; Mahon, N. 1; vgl. CR-Grisel, Art. 176 BV N. 1.

6261 Vgl. Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement, Staatsleitungsreform, Vernehmlassungsvorlage vom 11. November 1998, überall; Bundesrat, Medienmitteilung vom 19. August 1999; Zusatzbotschaft, überall; AB 2012 N 1254 ff.; AB 2013 S 171 f.

6262 Vgl. Brühl-Moser, S. 463 ff.; Vatter, S. 222, Fn. 172; De Pretto, S. 148 ff., S. 163 ff.; Schollenberger, S. 197.

Aussenpolitik als auch die innere Sicherheit. Es war damit von grosser politischer Bedeutung. Diese grosse Bedeutung des Politischen Departements führte dazu, dass das Amt des Bundespräsidenten denjenigen Mitgliedern des Bundesrats vorbehalten war, denen man staatsmännische Eigenschaften zusprach.[6263] Folglich wählte die Bundesversammlung nicht alle Bundesräte als Bundespräsidenten. Das jährliche Rotationsprinzip galt jedoch schon damals (vgl. N. 29).[6264] Wegen den genannten Umständen soll der Bundespräsident zu Beginn des Bundesstaats gegenüber den anderen Bundesratsmitgliedern eine «ungleich stärkere und erhöhte Stellung»[6265] genossen haben.[6266]

4 Seit der Entkoppelung des Bundespräsidiums vom Vorsitz des Politischen Departements und der damit verbundenen Einrichtung des heutigen Departements für auswärtige Angelegenheiten im Jahr 1920 verlor das Bundespräsidium an Bedeutung. Seither nimmt die Bundespräsidentin bzw. der Bundespräsident die Stellung einer bzw. eines Ersten unter Gleichen ein (vgl. N. 11). Aufgrund dieses Wandels wählt heute die Bundesversammlung die Mitglieder des Bundesrats gewohnheitsmässig und ohne den Nachweis besonderer «staatsmännischer» Qualifikationen zur Bundespräsidentin bzw. zum Bundespräsidenten. Es besteht die Wahlpraxis, dass ein Mitglied des Bundesrats erst Bundespräsidentin bzw. Bundespräsident wird, wenn sie oder er unter der Präsidentschaft aller amtsälteren Kolleginnen und Kollegen gedient hat.[6267]

5 Völlig unabhängig von der gewandelten Bedeutung des Amts hat die Wahlpraxis der Bundesversammlung am Ende des letzten Jahrhunderts in einem weiteren Punkt eine wichtige Änderung erfahren: Seit der Wahl von Alt-Bundesrätin Ruth Dreifuss Ende des Jahres 1998 als erste Bundespräsident*in* wählt die Bundesversammlung regelmässig Frauen in das Amt.[6268]

6263 Vgl. Aubert, N. 1500; De Pretto, S. 166, Fn. 14; vgl. auch Vatter, S. 223.

6264 Vgl. Brühl-Moser, S. 463; vgl. auch die Liste der Bundeskanzlei mit allen Bundespräsidentinnen und Bundespräsidenten seit 1848.

6265 Brühl-Moser, S. 463; vgl. auch Fn. 47.

6266 Vgl. Vatter, S. 221 ff.

6267 Vgl. auch Aubert, N. 1500; Fleiner/Giacometti, S. 600 f.

6268 Bislang wurde das Amt während insgesamt 10 Jahren von insgesamt sieben Frauen ausgeübt.

II. NORMSTRUKTUR

Art. 176 BV besteht aus drei Absätzen. Einzig Abs. 1 enthält mit der Vorgabe, dass die Bundespräsidentin bzw. der Bundespräsident den Vorsitz im Bundesrat führt, eine – reichlich unbestimmte – materielle Regelung. Der Verfassungswortlaut lässt jedoch offen, welche Kompetenzen mit dem Vorsitz verbunden sind. Abs. 2 und 3 enthalten vor allem wahlrechtliche Regelungen. Rein umfangmässig betrachtet enthält damit auch der gesamte Art. 176 BV **vor allem wahlrechtliche und nur wenige materielle Regelungen**. Dazu passt, dass sich Art. 176 BV auch nach seiner Sachüberschrift nicht mit den Befugnissen oder Kompetenzen der Bundespräsidentin bzw. des Bundespräsidenten, sondern lediglich mit dem «Vorsitz» des Bundesrats beschäftigt. Der Verfassungswortlaut und die Sachüberschrift von Art. 176 BV symbolisieren damit die eher bescheidene Stellung der Bundespräsidentin bzw. des Bundespräsidenten in der Schweizer Staatsorganisation. 6

Abs. 2 legt fest, dass es neben der Bundespräsidentin bzw. dem Bundespräsidenten auch das – in Abs.1 nicht erwähnte – **Amt der Vizepräsidentin bzw. des Vizepräsidenten** gibt. Des Weiteren wird bestimmt, dass die Vereinigte Bundesversammlung die Bundespräsidentin bzw. den Bundespräsidenten sowie die Vizepräsidentin bzw. den Vizepräsidenten wählt. Dabei kommt das passive Wahlrecht nur den amtierenden Mitgliedern des Bundesrats zu. Zudem ist festgehalten, dass die Amtszeit der Bundespräsidentin bzw. des Bundespräsidenten jeweils ein Jahr dauert. In Abs. 3 wird sodann die Wiederwahl für das darauffolgende Jahr ausgeschlossen. Für die Bundespräsidentin bzw. den Bundespräsidenten gilt dieses Verbot auch für das Amt der Vizepräsidentin bzw. des Vizepräsidenten. 7

III. EINORDNUNG IM STAATSRECHTLICHEN KONTEXT

Art. 176 BV ist Teil des ersten Abschnitts im dritten Kapitel des fünften Titels **«Bundesbehörden»** der Bundesverfassung. Dieser Abschnitt enthält die Bestimmungen zur Organisation und zum Verfahren des Bundesrats, der Bundesverwaltung sowie der Bundeskanzlei. Art. 176 BV folgt auf die beiden Normen, die den Bundesrat als solchen sowie dessen Zusammensetzung und Wahl behandeln (Art. 174 f. BV). Anschliessend folgt als letzte sich mit der Organisation des Bundesrats beschäftigende Norm Art. 177 BV, welcher das 8

Kollegial- und Departementalprinzip als Grundlage für die Arbeitsweise des Bundesrats festlegt.

9 Art. 176 BV weisst gewisse **Ähnlichkeiten** mit Art. 152 BV auf, wo der Vorsitz für den National- sowie für den Ständerat geregelt wird. Dabei fällt auf, dass der Wortlaut von Art. 152 BV[6269] ebenfalls vor allem den wahlrechtlichen Gehalt von Art. 152 BV zeigt (vgl. N. 6). Für das Bundesgericht, die dritte oberste Gewalt im Bund, gibt es keine vergleichbare Norm, da das Präsidium des Bundesgerichts nicht von Verfassungs wegen vorgegeben ist (vgl. Art. 188 BV, Art. 14 des Bundesgerichtsgesetzes [BGG][6270]). In den Kantonsverfassungen finden sich jedoch zahlreiche Bestimmungen, die Art. 176 BV ähneln und den Vorsitz in der jeweiligen Kantonsregierung regeln.[6271] Die Absätze 2 und 3 von Art. 176 BV zeigen zudem Ähnlichkeiten mit Art. 175 Abs. 2–4 BV, welche die Zuständigkeit für die Wahl der Mitglieder des Bundesrats und die entsprechenden Wählbarkeitsvoraussetzungen betreffen.

10 Die **Funktion** von Art. 176 BV besteht in erster Linie darin, den Vorsitz im Bundesrat zu regeln (vgl. N. 12). Art. 176 BV weist diese Aufgabe der Bundespräsidentin bzw. dem Bundespräsidenten zu und regelt deren Befugnisse sowie ihre Stellung innerhalb des Bundesrats. Weiter regelt Art. 176 BV die Wahl der Bundespräsidentin bzw. des Bundespräsidenten sowie der Vizepräsidentin bzw. des Vizepräsidenten und sieht dabei – ergänzend zur (offensichtlich nicht vollständigen) Auflistung der Wahlkompetenzen der Bundesversammlung in Art. 168 BV – insbesondere vor, dass die Bundesversammlung diese Wahl vornimmt.

11 Die nicht herausragende Rolle der Bundespräsidentin bzw. des Bundespräsidenten hängt eng mit den in der schweizerischen Demokratie vorherrschenden **Prinzipien der Kollegialregierung und der Konkordanz** zusammen. Aus dem in Art. 177 Abs. 1 BV statuierten Kollegialprinzip wird abgeleitet, dass alle Mitglieder des Bundesrats gleich sind, was auch Auswirkungen auf die Ausgestaltung des Amts der Bundespräsidentin bzw. des Bundespräsidenten hat.[6272] Damit hängt – wie in der Lehre zu Recht

6269 «Jeder Rat wählt aus seiner Mitte für die Dauer eines Jahres eine Präsidentin oder einen Präsidenten sowie die erste Vizepräsidentin oder den ersten Vizepräsidenten und die zweite Vizepräsidentin oder den zweiten Vizepräsidenten. Die Wiederwahl für das folgende Jahr ist ausgeschlossen.»

6270 Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (SR 173.110).

6271 Vgl. Auer, N. 194.

ausgeführt wird – ein starkes Misstrauen gegen die Machtkumulation in einer Person zusammen, welches bei der Ausgestaltung des Bundespräsidiums ebenfalls zum Ausdruck kommt.[6273] Schon Fritz Fleiner diagnostizierte der Schweiz eine Vorliebe für kollegiale Organe, die einer Mehrheit von Personen Raum verschaffen und den überragenden Einfluss eines Einzelnen verhindern und in Schranken halten.[6274] Unter Konkordanz ist schliesslich «das Bestreben, im politischen Prozess eine möglichst hohe Wert- und Interessenberücksichtigung zu gewährleisten»[6275] gemeint.[6276] Vor diesem Hintergrund ist das Amt der Bundespräsidentin bzw. des Bundespräsidenten heute[6277] wie folgt zu charakterisieren: Sie bzw. er ist lediglich *Erste bzw. Erster unter Gleichen*[6278] und hat keine eigentliche Vorrangstellung gegenüber den anderen Mitgliedern des Bundesrats (vgl. N. 12).[6279] Dem Kollegialprinzip entsprechend sind mit dem Amt der Bundespräsidentin bzw. des Bundespräsidenten zudem nur beschränkte Kompetenzen verbunden.[6280] Das Kollegialprinzip würde aber einer geringfügigen Stärkung der Rolle der Bundespräsidentin bzw. des Bundespräsidenten nicht entgegenstehen,[6281] da der Gehalt des Kollegialprinzips nicht überdehnt werden darf.[6282]

6272 Vgl. CR-Grisel, Art. 176 BV N. 2.

6273 Vgl. Brühl-Moser, S. 479 mit Verweis auf Thomas Fleiner-Gerster, Der Bundesrat: Das «Direktorium der Eidgenossenschaft», in: Harmut Maurer (Hrsg.), Das akzeptierte Grundgesetz, München 1990, S. 469–487, S. 470.

6274 Fleiner, S. 190; vgl. Fleiner/Giacometti, S. 601; vgl. Sägesser, Bundesbehörden, Art. 177 BV N. 782, welcher dem Kollegialprinzip eine machtbeschränkende und machtbrechende Funktion zuschreibt.

6275 Tschannen, Stimmrecht, S. 319; vgl. auch SGK-Ehrenzeller, Vorb. zu Bundesrat und Bundesverwaltung N. 10 ff.; Rhinow, S. 17 ff.

6276 Vgl. Sager/Papadopoulos, S. 217 ff. zur Konkordanz aus politologischer Sicht.

6277 Vgl. N. 29 zur früheren Wahlpraxis der Bundesversammlung, welche in der Praxis gegenüber heute zu einer stärkeren Stellung des Bundespräsidenten führte.

6278 Der Bundespräsident wurde erst 1913 erstmals in einer Botschaft des Bundesrats als «primus inter pares» bezeichnet, vgl. Brühl-Moser, S. 467 mit Verweis auf Botschaft Organisation Bundesverwaltung, S. 15. In der Lehre wurde diese Bezeichnung – soweit ersichtlich – erstmals 1933 von Erwin Ruck verwendet, vgl. Ruck, S. 89.

6279 Vgl. anstatt vieler BSK-Künzli, Art. 176 BV N. 3; Sager/Papadopoulos, S. 224; vgl. zur Vorrangstellung Mader, Rz. 29. Gemäss der Botschaft zur neuen Bundesverfassung (S. 406) ergibt sich diese Stellung der Bundespräsidentin erst in Verbindung mit dem in Art. 177 Abs. 1 BV statuierten Kollegialprinzip.

6280 Vgl. Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, N. 2012; vgl. auch BSK-Künzli, Art. 176 BV N. 3.

6281 So bereits Eichenberger, Kommentar BV 1874, Art. 98 N. 10.

6282 Vgl. Biaggini, Art. 177 BV N. 7.

IV. «(...) FÜHRT DEN VORSITZ IM BUNDESRAT.»

12 Der Wortlaut von Art. 176 Abs. 1 BV ist äusserst knapp formuliert. Hinzu kommt, dass die Bundespräsidentin bzw. der Bundespräsident ihre bzw. seine Aufgaben häufig nicht in der Öffentlichkeit, sondern innerhalb des Kollegiums wahrnimmt.[6283] Dies macht es schwierig nachvollzuziehen, ob und wie die Bundespräsidentin bzw. der Bundespräsident jeweils ihre bzw. seine Aufgaben wahrnimmt. Diese Umstände erschweren auch die **Auslegung von Art. 176 BV**. Ein Anhaltspunkt dafür ist die Auslegungspraxis der Bundesversammlung zu Art. 176 BV, wie sie etwa beim Erlass von Art. 25 ff. RVOG entstanden ist. Diese ist im Folgenden bei der Ermittlung des Gehalts von Art. 176 BV mitzuberücksichtigen. Es geht jedoch nicht an, aus der gesetzlichen Umsetzung den Gehalt von Art. 176 BV abzuleiten; dies käme einer Umkehrung der Normhierarchie gleich.

13 Aus dem Wortlaut der Verfassung ergeben sich explizit weder die genaue Funktion noch die Aufgaben der Bundespräsidentin bzw. des Bundespräsidenten.[6284] In der Verfassung findet sich lediglich der Hinweis, dass die Bundespräsidentin bzw. der Bundespräsident den **Vorsitz im Bundesrat führt** (Art. 176 Abs. 1 BV).[6285] Doch was bedeutet dies genau? Allgemein gesprochen ist der Vorsitz wie folgt zu umschreiben: Die Bundespräsidentin bzw. der Bundespräsident führt «nur» den *Vorsitz im Bundesrat, nicht im Bund*. Sie bzw. er führt auch nicht den Bundesrat, sondern nur den Vorsitz im Bundesrat.[6286] Sie bzw. er hat für die «Funktionsfähigkeit und das systemgerechte Leistungsvermögen des [Bundesrats] zu sorgen und dafür die primäre Verantwortung zu tragen»[6287]. Damit verleiht das Amt der Bundespräsidentin bzw. des Bundespräsidenten «nicht Macht und keine rechtliche und politische Hegemonialposition»[6288]. Sie oder er ist, wie es der Gesetzgeber in Art. 19 Abs. 3 RVOG[6289] prägnant

---

6283 Vgl. Art. 21 des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes vom 21. März 1997 (RVOG, SR 172.010), wonach die Verhandlungen des Bundesrats und das Mitberichtsverfahren nicht öffentlich sind.

6284 Vgl. Mahon, N. 5; ähnlich bereits Burckhardt, S. 738 zu Art. 98 BV 1874.

6285 Vgl. Mahon, N. 5.

6286 Biaggini, Art. 176 BV N. 2.

6287 Eichenberger, Kommentar BV 1874, Art. 98 N. 12.

6288 Eichenberger, Präsidialdepartement, S. 451.

6289 Art. 19 RVOG handelt von der Beschlussfähigkeit des Bundesrats.

und überzeugend formuliert hat, vorsitzendes Mitglied des Bundesrats.[6290] Der Bundespräsidentin bzw. dem Bundespräsidenten jede wirkliche Autorität[6291] abzusprechen, geht jedoch zu weit. Vielmehr kommt ihr bzw. ihm aufgrund ihrer bzw. seiner präsidialen Aufgaben im Vergleich mit den anderen Regierungsmitgliedern *eine gewisse zusätzliche Machtposition* zu.[6292]

14 Im Grundsatz ist zwischen der **Leitungs- und Koordinationsfunktion** der Bundespräsidentin bzw. des Bundespräsidenten einerseits und ihren bzw. seinen weiteren im Gesetz geregelten, formellen «Funktionen im Bundesratskollegium»[6293] (vgl. etwa N. 20 und N. 22) anderseits zu unterscheiden. Die Wahrnehmung der Leitungs- und Koordinationsfunktion stellt die Hauptaufgabe der Bundespräsidentin bzw. des Bundespräsidenten dar. In seiner leitenden und koordinieren Funktion meint Vorsitz «Geschäftsleitung». Dabei schliesst Leitung «initiieren, koordinieren, Verfahrenslenkung, Schlichten, Zusammenführen, Antreiben und Kontrollieren ein»[6294] und meint damit Führung des Kollegiums (vgl. N. 18). Alle diese Aufgaben sind verfassungskonform wahrzunehmen, wobei die Bundespräsidentin bzw. der Bundespräsident beachten muss, dass ihr bzw. ihm das Bundespräsidium nicht die Befugnisse einer Regierungschefin bzw. eines Regierungschefs verleiht. Im Zug der Libyen-Affäre[6295] stellte sich schliesslich heraus, dass die Bundespräsidentin bzw. der Bundespräsident – mit der Unterzeichnung eines völkerrechtlichen Vertrags in Eigenregie – völkerrechtlich mehr tun kann, als er landesrechtlich darf.[6296]

15 Aufgrund des beschränkten Aufgabenbereichs folgert die staatsrechtliche Lehre bereits seit über 140 Jahren zu Recht, dass die Bundespräsidentin bzw.

6290 Vgl. BSK-Künzli, Art. 176 BV N. 3.

6291 So aber CR-Grisel, Art. 176 BV N. 4.

6292 Jaag/Bucher/Häggi, S. 145; vgl. auch Vatter, S. 224 f.

6293 So die Sachüberschrift von Art. 25 RVOG.

6294 Eichenberger, Kommentar BV 1874, Art. 98 N. 12.

6295 Als Libyen-Affäre werden die Vorkommnisse zwischen der Schweiz und Libyen im Nachgang zur Verhaftung eines Sohns des libyschen Diktators Muammar al-Gaddafi und seiner Ehefrau in der Schweiz bezeichnet. Als Folge dieser Verhaftung wurden unter anderem zwei Schweizer Geschäftsleute während 19 respektive 23 Monaten in Libyen zurückgehalten, vgl. für den genauen Sachverhalt Bericht Libyen, S. 4237 ff., S. 4257 ff.

6296 Bericht Libyen, insb. S. 4218 ff., S. 4276 ff., S. 4309 ff.; vgl. Biaggini, Art. 176 BV N. 4a; vgl. auch Art. 27 und 46 des Wiener Übereinkommen vom 23. Mai 1969 über das Recht der Verträge (SR 0.111).

der Bundespräsident eher eine **Präsidentin bzw. ein Präsident des Bundesrats** ist.[6297] Der Titel «Bundespräsidentin» bzw. «Bundespräsident» verschleiert folglich die tatsächliche Gehaltlosigkeit des entsprechenden Amts beziehungsweise verspricht mehr, als er halten kann.[6298] Das Amt entbindet die Bundespräsidentin bzw. den Bundespräsidenten zudem nicht davon, gleichzeitig einem der sieben Departemente vorzustehen (vgl. Art. 175 Abs. 1, Art. 177 Abs. 2 und Art. 178 Abs. 2 BV). Gleichwohl wird in der politologischen Literatur festgestellt, dass die Bundespräsidentinnen bzw. Bundepräsidenten auch in jüngerer Zeit trotz ihrer nicht herausragenden Rolle gewisse politische Akzente zu setzen vermochten.[6299]

16 Die Bundespräsidentin bzw. der Bundespräsident verfügt aufgrund einer separaten Wahl durch die Vereinigte Bundesversammlung grundsätzlich über eine **spezifische demokratische Legitimation**.[6300] Angesichts der bestehenden Wahlpraxis, aufgrund welcher die Wahl eher zur turnusgemässen Ernennung verkommt, ist diese zusätzliche Legitimation aber nur gering. Folglich lässt sich aus dieser zusätzlichen Legitimation auch nicht zwingend auf ein weites Verständnis der bundespräsidialen Aufgaben schliessen.[6301] So sind insbesondere dem Verfassungstext keine entsprechenden Hinweise zu entnehmen. Immerhin wird die Bundespräsidentin bzw. der Bundespräsident im vom Bundesrat genehmigten Protokollreglement der Schweizerischen Eidgenossenschaft nach dem auf Rang 1 eingestuften Gesamtbundesrat auf Rang 1a geführt. Protokollarisch gesehen steht die Bundespräsidentin bzw. der Bundespräsident damit sowohl über den anderen Bundesrätinnen und Bundesräten als auch über der Präsidentin des Nationalrats (Rang 2) sowie dem Präsidenten des Ständerats (Rang 3).[6302] Das EDA begründet die damit verbundene Abkehr von der innerstaatlichen Hierarchie der Gewalten mit der «Hierarchisierung der Amtsträger im Hinblick auf die Repräsentation unseres Landes gegen aussen»[6303].

6297 Dubs, S. 65; vgl. Ruck, S. 89; Schollenberger, S. 197; Fleiner/Giacometti, S. 602; Eichenberger, Kommentar BV 1874, Art. 98 N. 9; Aubert, N. 1502.

6298 Ähnlich bereits Schollenberger, S. 197.

6299 Vgl. Vatter, S. 224 ff.

6300 Vgl. BSK-Künzli, Art. 176 BV N. 4.

6301 So aber wohl BSK-Künzli, Art. 176 BV N. 4.

6302 Vgl. Eidgenössisches Departement für auswärtige Angelegenheiten, Protokollreglement der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Anhang, BBl 2017 6497. Vgl. auch Andrea Caroni, Anfrage 18.1023, Verfassungswidrige Benachteiligung des Ständerates.

6303 Vgl. NZZ online, Die wirklich Wichtigen und Mächtigen der Schweiz, 23. Dezember 2013.

Die Rolle der Bundespräsidentin bzw. des Bundespräsidenten wird in der Lehre und vom Bundesrat selbst häufig negativ beschrieben.[6304] So liest man immer wieder, die Bundespräsidentin bzw. der Bundespräsident sei **weder Staatsoberhaupt noch Regierungschef**[6305].[6306] So kurz und eingängig diese Beschreibung sein mag, gewonnen ist damit noch wenig. Diese Schlagworte schliessen zwar zwei (theoretisch) mögliche Funktionen für die Bundespräsidentin bzw. den Bundespräsidenten aus, doch in Bezug auf die konkrete Kompetenzenregelung helfen sie nicht weiter. Hilfreich ist jedoch eine negative Beschreibung der Rolle der Bundespräsidentin bzw. des Bundespräsidenten, die sich an der konkreten Ausgestaltung des Amtes orientiert. Die Bundespräsidentin bzw. der Bundespräsident hat keinen Einfluss auf die Zusammensetzung des Bundesrats.[6307] Diese wird ihr bzw. ihm von der Vereinigten Bundesversammlung vorgegeben (vgl. Art. 175 Abs. 2 BV). Ausserdem steht die Bundespräsidentin bzw. der Bundespräsident von Verfassungs wegen nicht in einer hierarchischen Position gegenüber den anderen Mitgliedern des Bundesrats.[6308] Sie bzw. er ist nicht ihre Vorgesetzte bzw. ihr Vorgesetzter.[6309] Mangels dieser Vorgesetztenstellung besitzt die Bundespräsidentin bzw. der Bundespräsident kein inhaltliches Weisungsrecht gegenüber den anderen Mitgliedern des Kollegiums.[6310] Dies wäre in einer der Konkordanz verpflichteten Mehrparteienregierung, wie es der Schweizer Bundesrat ist, systemfremd (vgl. N. 11). Schliesslich hat der Verfassungsgeber der Bundespräsidentin bzw. dem Bundespräsidenten mit dem Vorsitz auch keine materiellen Entscheidungsbefugnisse verliehen.[6311] 17

Die wichtigste Aufgabe des Vorsitzes im Bundesrat ist die **Führung des Kollegiums** als solches (vgl. Art. 25 Abs. 1 RVOG). Die Bundespräsidentin 18

6304 Vgl. Biaggini, Staatsrecht, N. 38, wonach sich das Schweizer Regierungssystem einer Einordnung in die gängige Typologie der politischen Systeme entzieht.

6305 Allerdings bezeichnete der Bundesrat den Bundespräsidenten 1894 in einer Botschaft an die Bundesversammlung noch als «Staatshaupt», vgl. Bundesrat, Botschaft Organisation und Geschäftsgang, S. 807; vgl. De Pretto, S. 151 ff.

6306 Vgl. Botschaft BV, S. 405 f.; Aubert, N. 1501; Biaggini, Art. 176 BV N. 2; Eichenberger, Kommentar BV 1874, Art. 98 N. 8; De Pretto, S. 12; so im Ansatz bereits Ruck, S. 89; vgl. auch Sägesser, Komm. RVOG, Art. 28 N. 5.

6307 Aubert, N 1501.

6308 Vgl. CR-Grisel, Art. 176 BV N. 7. Gleichwohl könnten die im RVOG vorgesehenen Aufgaben und Kompetenzen der Bundespräsidentin bzw. des Bundespräsidenten wohl zu einer gewissen Hierarchisierung führen, vgl. N. 17.

6309 Vgl. Aubert, N. 1474.

bzw. der Bundespräsident «hält das Kollegium als Kollegium zusammen und treibt es an, hält es im Lauf und sichert es durch [ihre bzw.] seine führende Aktivität»[6312]. Dazu gehört das Leiten der Sitzungen des Bundesrats (vgl. Art. 18 Abs. 1 RVOG), wozu auch deren Vorbereitung und die (in der Praxis aufgrund der ungeraden Anzahl Bundesratsmitglieder wohl selten vorkommende) doppelte Stimme bei Stimmengleichheit[6313] gehört (Art. 25 Abs. 2 Bst. b und Art. 19 Abs. 3 RVOG). Die Kompetenzen der Bundespräsidentin bzw. des Bundespräsidenten stehen damit in einem besonderen Bezug zur formellen Abwicklung der Geschäfte.[6314] Seit 2014 kann die Bundespräsidentin bzw. der Bundespräsident ein Bundesratsmitglied förmlich beauftragen, dem Bundesrat bis zu einem festgelegten Zeitpunkt ein bestimmtes Geschäft vorzulegen (Art. 25 Abs. 2 Bst. b^{bis} RVOG). Politisch ist es jedoch nur schwer vorstellbar, dass eine Bundespräsidentin bzw. ein Bundespräsident einen anderen Bundesrat anweisen würde, ein (unter Umständen noch nicht beschlussfähiges) Geschäft an einer Bundesratssitzung zu traktandieren.[6315] Ob die aus diesen Aufgaben fliessenden Befugnisse in der Praxis – wie von der Lehre postuliert[6316] – nur zurückhaltend ausgeübt werden, kann von aussen nur schwer beurteilt werden.[6317] Die Diagnose dürfte aber wohl zutreffend sein, sind doch über die Medien bisher keine auf das Gegenteil hinweisenden Beispiele aus der Bundesratspraxis bekannt geworden. Die Führung des Kollegiums beinhaltet jedoch noch mehr als die

6311 So bereits Fleiner, S. 194.; Fleiner/Giacometti, S. 601. Vgl. aber Art. 26 Abs. 2 RVOG zur materiellen Dringlichkeitskompetenz der Bundespräsidentin bzw. des Bundespräsidenten. Entsprechende Entscheide müssen dem Bundesrat nachträglich zur Genehmigung unterbreitet werden (Art. 26 Abs. 3 RVOG).

6310 Vgl. Botschaft BV, S. 406; Biaggini, Art. 176 BV N. 3; Rhinow/Schefer/Uebersax/Braun Binder, Rz. 2553; Tschannen, Staatsrecht, Rz. 1396.

6312 Eichenberger, Kommentar BV 1874, Art. 98 N. 12; ähnlich das Aufgabenverständnis von BR Karin Keller-Sutter, welche sich anlässlich ihrer Ansprache nach ihrer Wahl als Bundespräsidentin am 11. Dezember 2024 wie folgt äusserte (vgl. AB 2024 V 2602): «Letztlich geht es also darum, sicherzustellen, dass die Regierung als Kollegialbehörde entscheid- und handlungsfähig ist. Das wird im Zentrum meiner Bemühungen als Bundespräsidentin stehen.»

6313 Ein Stichentscheid bzw. eine erneute Äusserung zur Sache durch die Bundespräsidentin bzw. den Bundespräsidenten ist damit ausgeschlossen, vgl. Sägesser, Komm. RVOG, Art. 19 N. 31.

6314 Vgl. Fleiner, S. 194.

6315 Vgl. dazu ein Interview vom 13. Mai 2022 mit Alt-Bundesrat Alain Berset in der NZZ online.

6316 Vgl. SGK-Ehrenzeller, Art. 176 BV N. 13; Biaggini, Art. 176 BV N. 4; Rhinow/Schefer/Uebersax/Braun Binder, Rz. 2554.

6317 Vgl. aber Thurnherr, S. 283, wonach diese Kompetenz «praktisch nie» genutzt werde.

formelle Aufgabe der Sitzungsleitung. Führung des Kollegiums bedeutet, dass die Bundespräsidentin bzw. der Bundespräsident wichtige Diskussionen im Bundesrat anstösst, auf eine konsensuale Vorlage hinwirkt, aber auch einen Entscheid anstrebt, wenn sich im Bundesrat kein Kompromiss finden lässt.[6318] Hier sind auch soziale Kompetenzen gefragt. Durch eine durchdachte und zielorientierte Führung des Kollegiums dürfte die Bundespräsidentin bzw. der Bundespräsident heute – mangels herausragender Stellung und materieller Entscheidungsbefugnis –am meisten Einfluss auf das Gremium nehmen können.[6319]

19 In der Lehre wird weiter postuliert, es solle primäre Präsidialaufgabe sein, eine **einheitliche und kohärente Regierungspolitik** nach innen und aussen zustande zu bringen (vgl. Art. 180 BV).[6320] In diesem Sinn könnte man fordern, dass die Bundespräsidentin bzw. der Bundespräsident die Grundfunktion des Bundesrats – die politische Führung der Schweiz[6321] – sicherzustellen hat. So könnte die Bundespräsidentin bzw. der Bundespräsident überprüfen und sicherstellen, dass die durch die Legislaturplanung (vgl. Art. 146 des Parlamentsgesetzes [ParlG][6322]) oder andere Planungsinstrumente[6323] vorgegebenen Ziele erreicht werden. Solche Forderungen erscheinen aus theoretischer Sicht zwar grundsätzlich als sinnvoll. Mit dem bestehenden Instrumentarium der Bundespräsidentin bzw. dem Bundespräsidenten dürften sie in der Praxis jedoch nur schwer zu erfüllen sein.

20 Die Bundespräsidentin bzw. der Bundespräsident **repräsentiert den Bundesrat im In- und Ausland** (Art. 28 RVOG). Zu diesen repräsentativen Aufgaben gehören etwa die Teilnahme an internationalen Konferenzen und die Absolvierung von Staatsbesuchen im Ausland auf Einladung hin, aber auch etwa die alljährlichen Neujahrs- und 1. August-Ansprachen.[6324]

6318 Vgl. Sägesser, Komm. RVOG, Art. 12 N. 9.

6319 Vgl. Vatter, S. 224 f.; Thurnherr, S. 281 f.

6320 Vgl. SGK-Ehrenzeller, Art. 176 BV N. 7; vgl. auch Botschaft BV, S. 407, wonach der Bundesrat aus seiner Mitte heraus die Regierungspolitik zu entwickeln hat.

6321 Vgl. SGK-Ehrenzeller, Vorb. zu Bundesrat und Bundesversammlung N. 7.

6322 Bundesgesetz vom 13. Dezember 2002 über das Parlament (SR 171.10).

6323 So etwa der Finanzplan (Art. 143 ParlG), die Jahresziele des Bundesrats (Art. 144 ParlG), die periodischen Berichte zur Aussenpolitik (Art. 148 Abs. 3 ParlG) oder die periodischen Berichte über die Erreichung der strategischen Ziele für verselbständigte Einheiten (Art. 148 Abs. 3bis ParlG); vgl. Biaggini, Art. 180 BV N. 7.

Staatsempfänge in der Schweiz nimmt der Bundesrat hingegen in corpore wahr, da die Vertretung des Bundes nach innen und aussen dem Bundesrat als Kollegium obliegt (vgl. Art. 174 Abs. 1, Art. 184 Abs. 1 und Art. 186 Abs. 1 BV) [6325] Trotz dieser Aufgaben wird die Bundespräsidentin bzw. der Bundespräsident in der Schweizer Bevölkerung – seinen rechtlichen Kompetenzen entsprechend – oft nicht als Führungsfigur gesehen.[6326] Dies hängt jedoch auch von aktuellen Ereignissen und dem Charakter der jeweils amtierenden Bundespräsidentin bzw. des jeweils amtierenden Bundespräsidenten ab.[6327] So war etwa Alt-Bundesrätin Simonetta Sommaruga zu Beginn der Covid-19-Pandemie im Frühjahr 2020 als Bundespräsidentin sehr stark wahrnehmbar,[6328] was ihr in gewissen Medienerzeugnissen sogar den Titel als «Landesmutter»[6329] einbrachte.

21 Das Amt der Bundespräsidentin bzw. des Bundespräsidenten ist insbesondere aufgrund der zuvor erwähnten Repräsentationsaufgaben mit **Prestige** verbunden.[6330] Dieses Prestige und die heute damit verbundene Medienpräsenz[6331] sind – auch wenn sie im Vergleich mit den restlichen Bundesratsmitgliedern abgenommen hat[6332] – auch heute noch nicht zu unterschätzen.[6333] Dementsprechend gestalten Bundesrätinnen und

---

6324 Vgl. Sägesser, Komm. RVOG, Art. 28 N. 7; SGK-Ehrenzeller, Art. 176 BV N. 11; vgl. zu den 1. August-Reden Kley, S. 455 ff.

6325 Vgl. Biaggini, Art. 176 BV N. 2; Sägesser, Komm. RVOG, Art. 28 N. 4.

6326 Vgl. SGK-Ehrenzeller, Art. 176 BV N. 10, der feststellt, dass der Bundespräsident oder die Bundespräsidentin im Vorfeld von wichtigen Volksabstimmungen oder bei der Präsentation grundlegender Entscheide der Regierungspolitik in der Bundesversammlung eine grössere Rolle einnimmt.

6327 So bereits Dubs, S. 68: «Von daher kommt der schwere Nachteil, dass über den sieben Departementen die Einheit der Gesamtbehörde eigentlich zum grössten Teil verloren gegangen ist und sich höchstens etwa noch im Bundespräsidenten repräsentiert findet, wenn dieser ein Mann von ganz überragender Arbeitstüchtigkeit ist und den Überblick über das Ensemble der Verwaltung in vollstem Mass besitzt».

6328 Im weiteren Verlauf der Covid-19-Pandemie rückte Bundespräsidentin Simonetta Sommaruga wie auch ihre Nachfolger jedoch rasch wieder in den Hintergrund bzw. rückte «Gesundheitsminister» Alt-Bundesrat Alain Berset in den Vordergrund.

6329 Vgl. beispielsweise SRF online, Simonetta Sommaruga – die Teamplayerin, 2. November 2022.

6330 Vgl. Aubert, N. 1502.

6331 Vgl. Udris/Lucht/Schneider, überall, zur gestiegenen medialen Berücksichtigung von Regierungswahlen im Vergleich zu Parlamentswahlen. Vgl. auch Landerer, überall, zum Einfluss des medialen Wandels auf die Schweizer Politik.

6332 Vgl. Ettinger, 306 ff., 312 f.

Bundesräte ein Präsidialjahr immer wieder als (krönenden) Abschluss ihrer Zeit im Bundesrat und treten kurz danach von ihrem Amt zurück.[6334] Das Prestige und die erhöhte Medienpräsenz dürften auch zwei der Gründe dafür sein, weshalb eine Revision der Bestimmungen zur Bundespräsidentin bzw. zum Bundespräsidenten bislang nicht geglückt ist. Es dürften jedoch nicht nur die einzelnen Bundesratsmitglieder sein, die auf das mit dem Amt der Bundespräsidentin bzw. des Bundespräsidenten verbundene Prestige schielen, sondern auch deren politische Parteien[6335], welche sich wohl ebenfalls im Glanz des Amts sonnen möchten.

22 Schliesslich verfügt die Bundespräsidentin bzw. der Bundespräsident über **weitere kleinere Aufgaben**, wozu unter anderem die Präsidialentscheide bei dringlichen Fällen nach Art. 26 RVOG[6336], die Pflege der Beziehung zu den Kantonen nach Art. 29 RVOG sowie die Entscheide bei interdepartementalen Zuständigkeitskonflikten nach Art. 47 Abs. 3 RVOG[6337] gehören. Nach Art. 9 der Organisationsverordnung für den Bundesrat vom 29. November 2013 (SR 172.111, OV-BR) vertritt die Bundespräsidentin bzw. der Bundespräsident den Bundesrat in den parlamentarischen Beratungen zur Legislaturplanung, zu den Jahreszielen des Bundesrats sowie bei der jährlichen Geschäftsberichtserstattung in Bezug auf Themen, die den Bundesrat als Kollegium betreffen.

23 Die Bundespräsidentin bzw. der Bundespräsident wird bei der Wahrnehmung seiner Aufgaben in erster Linie von der Bundeskanzlerin bzw. dem Bundeskanzler unterstützt (vgl. Art. 30 Abs. 2 Bst. a RVOG).[6338] Daneben verfügt die Bundespräsidentin oder der Bundespräsident nach Art. 29*a* Abs. 1 RVOG über einen **Präsidialdienst** zur Wahrnehmung ihrer bzw. seiner besonderen Aufgaben, insbesondere für die internationalen Beziehungen, die

6333 Tschannen, Staatsrecht, Rz. 1396; vgl. Mader, Rz. 29.

6334 Zuletzt war dies der Fall als Alt-Bundesrätin Viola Amherd Anfang 2025 ihren Rücktritt per Ende März 2025 verkündete, nachdem sie im Jahr 2024 als Bundespräsidentin geamtet hatte; vgl. Georg Lutz, Bundesräte gehen, wann es ihnen passt, Beitrag auf der Plattform «DeFacto – belegt, was andere meinen» vom 26. Januar 2025, Plattform DeFacto.

6335 Vgl. Bickel, überall, der vorschlägt, dass Bundesräte für den Zeitraum ihrer Amtstätigkeit aus ihrer Partei austreten sollten, um die Unabhängigkeit der Regierung und die Versachlichung der Politik zu stärken; vgl. auch Vatter, S. 343 f.

6336 Vgl. Fn. 53.

6337 Gemäss Sägesser, Komm. RVOG, Art. 47 N. 26, ist diese Kompetenz in der Praxis von geringer Bedeutung,

6338 Vgl. SGK-Ehrenzeller, Art. 176 BV N. 16.

Kommunikation, das Protokoll sowie für organisatorische Belange. Der Präsidialdienst ist bei der Bundeskanzlei angesiedelt (Art. 29*a* Abs. 2 RVOG). Den Präsidialdienst gibt es in dieser Form seit dem Jahr 2015. Die Idee dahinter war, dass die Kontinuität und die Effizienz bei der Wahrnehmung der diplomatischen Aufgaben der Bundespräsidentin bzw. des Bundespräsidenten gestärkt werden können, wenn diese Aufgaben in einem eigenen Dienst konzentriert werden.[6339] Die Unterstützung erfolgt nur zur Wahrnehmung der genannten besonderen Aufgaben.[6340] Hingegen soll der Präsidialdienst das Bundespräsidium folglich nicht bei der Leitung des Bundesrats an und für sich unterstützen. Eine Stärkung sowie ein Ausbau des Präsidialdienstes in diese Richtung wäre jedoch bedenkenswert (vgl. N. 34).

V. VIZEPRÄSIDENTIN BZW. VIZEPRÄSIDENT

24 Die **Rolle der Vizepräsidentin bzw. des Vizepräsidenten** des Bundesrats wird in der Verfassung nicht festgelegt. Auch der Bundesrat äusserte sich in seiner Botschaft über eine neue Bundesverfassung nicht zur Stellung der Vizepräsidentin bzw. des Vizepräsidenten. Immerhin ist in Art. 27 RVOG vorgesehen, dass die Vizepräsidentin bzw. der Vizepräsident die Stellvertretung wahr- und alle präsidialen Obliegenheiten übernimmt, wenn die Bundespräsidentin bzw. der Bundespräsident an der Amtsführung verhindert ist.[6341] Die Bestimmung soll die Handlungsfähigkeit des Bundesrats sicherstellen.[6342] Die Vizepräsidentin bzw. der Vizepräsident kann etwa auch die Leitung der Bundesratssitzung übernehmen, wenn die Bundespräsidentin bzw. der Bundespräsident bei einem Geschäft in den Ausstand tritt (Art. 20 RVOG, Art. 4 Abs. 1 OV-BR).[6343]

VI. WAHLBESTIMMUNGEN (ABS. 2 UND 3)

25 Nach Art. 176 Abs. 2 BV wählt die Bundesversammlung die Bundespräsidentin oder den Bundespräsidenten und die Vizepräsidentin oder den

6339 Vgl. AB 2012 N 436, Voten Fluri und Hodgers; AB 2012 S 475, Votum Cramer; vgl. auch https://www.bk.admin.ch/bk/de/home/regierungsunterstuetzung/praesidialdienst.html, abgerufen am 17.11.2025.

6340 Vgl. Sägesser, Komm. RVOG, Art. 29*a* N. 3 f.

6341 Die Stellvertretung der Bundespräsidentin bzw. des Bundespräsidenten in deren bzw. dessen Rolle als Bundesrätin bzw. Bundesrat obliegt jedoch nicht zwingend der Vizepräsidentin bzw. dem Vizepräsidenten; vgl. Bundesrat, Medienmitteilung vom 14. März 2025.

Vizepräsidenten **aus den Mitgliedern des Bundesrats**. Die Bestimmung gibt keinem Mitglied des Bundesrats Anspruch darauf, als Bundespräsidentin bzw. Bundespräsident gewählt zu werden.[6344] Das in der heutigen Wahlpraxis strikt gelebte Rotationsprinzip (vgl. N. 29) ist von der Verfassung nicht vorgegeben. Dies gilt auch für die Gewohnheit, dass die Bundespräsidentin bzw. der Bundespräsident zuvor Vizepräsidentin bzw. Vizepräsident gewesen sein muss.[6345] Letzterer kann insbesondere bei einem Rücktritt oder bei einer Abwahl der Vizepräsidentin oder des Vizepräsidenten als Bundesrat ohnehin nicht entsprochen werden. Zuletzt war dies der Fall, als Bundesrat Joseph Deiss im Jahr 2004 Bundespräsident wurde, nachdem die als Vizepräsidentin amtierende Bundesrätin Ruth Metzler im Dezember 2003 abgewählt worden war. Die heutige Wahlpraxis vermag auch keinen gewohnheitsrechtlichen Anspruch auf die Wahl in eines der genannten Ämter zu begründen, insbesondere da Art. 176 Abs. 2 und 3 BV (und wohl auch Art. 148 Abs. 1 BV) aufgrund ihres abschliessenden Regelungsgehalts dafür keinen Raum lassen.[6346]

Die Bundesversammlung wählt die Bundespräsidentin bzw. den Bundespräsidenten und die Vizepräsidentin bzw. den Vizepräsidenten für eine **Amtszeit von einem Jahr** (vgl. Art. 176 Abs. 2 BV). Diese *kurze Amtsdauer erschwert es, den Anforderungen des Amts gerecht zu werden*, da wenig Zeit bleibt, um in diese koordinierende Führungsrolle hineinzuwachsen.[6347] Die Amtsdauer steht damit in einem gewissen Widerspruch zu Abs. 1. Gleichzeitig verhindert die Amtsdauer von einem Jahr 26

6343 Vgl. Sägesser, Komm. RVOG, Art. 20 N. 27. Eine solche Situation lag jüngst vor, als Alt-Bundesrat Alain Berset im Jahr 2023 als Bundespräsident amtete und nach dem Bekanntwerden der sogenannten «Corona-Leaks» in den Ausstand trat, als der Bundesrat sich an einer seiner Sitzung mit diesen Indiskretionen beschäftigte; vgl. etwa NZZ online, Grosses Indianer Ehrenwort: Berset versichert seinen Bundesratskollegen, von allem nichts gewusst zu haben, 25. Januar 2023.

6342 Sägesser, Komm. RVOG, Art. 27 N. 6.

6344 Vgl. BSK-Künzli, Art. 176 BV N. 20; vgl. zur Bundesverfassung von 1874 Eichenberger, Kommentar BV 1874, Art. 98 N. 6.

6345 Vgl. hierzu Tschannen, Staatsrecht, Rz. 1395.

6346 Vgl. BSK-Künzli, Art. 176 BV N. 20; vgl. auch in allgemeiner Hinsicht Biaggini, Verfassungsauslegung, Rz. 32, Fn. 71; Art. 3 des Bundesbeschlusses vom 3. Juni 1987 über die Totalrevision der Bundesverfassung (BBl 1987 II 963), wonach das bisher ungeschriebene Verfassungsrecht mit der Totalrevision nachgeführt werden soll. Vgl. zu den Voraussetzungen für die Anerkennung von Verfassungsgewohnheitsrechts Tschannen, Staatsrecht, Rz. 54.

6347 Vgl. Grisel, Conseil fédéral, Rz. 106.

die «rechtliche Entfaltung einer dominierenden Rolle im Rat und ein hervorgehobenes Ansehen im Volk»[6348], was dem für die Ausgestaltung des Amts der Bundespräsidentin bzw. des Bundespräsidenten massgebenden Kollegialprinzip entspricht (vgl. N. 11).

27 Abs. 2 ist regelmässig **Gegenstand von Vorschlägen zur Reform der Organisation und zur Stärkung des Bundesrats**. In der Zusatzbotschaft vom 13. Oktober 2010 zur Regierungsreform schlug der Bundesrat selbst – letztlich erfolglos (vgl. N. 3) – vor, die Amtszeit der Bundespräsidentin bzw. des Bundespräsidenten auf zwei Jahre zu verlängern. Er begründete dies unter anderem damit, dass eine zweijährige Amtsdauer die Leitungs- und Koordinationsfunktion der Bundespräsidentin bzw. des Bundespräsidenten stärken würde. Zudem liessen sich auch die präsidialen Präsenz- und Repräsentationspflichten, namentlich auch gegenüber dem Ausland, so besser bewältigen.[6349]

28 Nach Art. 176 Abs. 3 BV ist die **Wiederwahl** für das Amt der Bundespräsidentin bzw. des Bundespräsidenten sowie für das Amt der Vizepräsidentin bzw. des Vizepräsidenten **für das folgende Jahr ausgeschlossen**. Die Bundespräsidentin bzw. der Bundespräsident kann zudem nicht zur Vizepräsidentin oder zum Vizepräsidenten des folgenden Jahrs gewählt werden. Der Ausschluss der unmittelbaren Wiederwahl soll die Dominanz einzelner Mitglieder des Bundesrats verhindern und das Gleichgewicht im Kollegium schützen.[6350] Der Wortlaut von Abs. 3 liesse es allerdings zu, dass drei Mitglieder des Bundesrats das Präsidium der Reihe nach abwechselnd übernähmen. Die Frage, ob eine solche Wahlpraxis durch die Vereinigte Bundesversammlung insbesondere mit dem Kollegialprinzip nach Art. 177 Abs. 1 BV zu vereinbaren wäre, ist theoretischer Natur. Sie dürfte aber eher zu bejahen sein, da der Gehalt des Kollegialprinzips nicht überdehnt werden darf.[6351]

29 Heute besteht – wie bereits ausgeführt wurde (vgl. N. 3) – die **Wahlpraxis**, dass ein Mitglied des Bundesrats erst Bundespräsidentin bzw.

6348 Vgl. Eichenberger, Präsidialdepartement, S. 451.

6349 Zum Ganzen BBl 2010 7811 ff., insb. 7816 f., 7826; vgl. auch AB 2012 N 1260, Votum Bundesrätin Simonetta Sommaruga.

6350 Vgl. Botschaft BV, S. 406.

Bundespräsident wird, wenn sie oder er unter der Präsidentschaft aller amtsälteren Kolleginnen und Kollegen gedient hat. Die Vereinigte Bundesversammlung ist jedoch verfassungsrechtlich nicht dazu verpflichtet, dieses **starre Rotationsprinzip** zu befolgen.[6352] Die Übertragung des Bundespräsidiums an alle Bundesratsmitglieder ist einerseits eine Folge der gesunkenen politischen Bedeutung des Amts. Anderseits dürfte das Rotationsprinzip auch mit dem bundespräsidialen Prestige zusammenhängen, welches gleichmässig zwischen den Parteien verteilt werden soll. Diese Argumente lassen das heute praktizierte starre Rotationsprinzip als nachvollziehbar erscheinen. Sie rechtfertigen es jedoch nicht, da die stetige Rotation die Führungsfunktion des Bundespräsidiums schwächt (vgl. für Reformvorschläge N. 32 ff.).[6353] Gleichzeitig bringt das Rotationsprinzip auch den Vorteil mit sich, dass es der Gerechtigkeit, Kollegialität und Konkordanz dient und damit zur Stabilität und so zur Legitimität des Systems beiträgt.

Die jährliche Wahl der Bundespräsidentin bzw. des Bundespräsidenten wird 30
von den Mitgliedern der Vereinigten Bundesversammlung gern dazu «*missbraucht*», mit dem Einlegen eines leeren oder ungültigen Stimmzettels ihr **Missfallen** über die Politik der turnusgemäss zu wählenden Bundesratsmitglieds **auszudrücken**.[6354] Da die Mitglieder der Vereinigten Bundesversammlung frei entscheiden können, wen sie als Bundespräsidentin bzw. als Bundespräsident wählen, erscheinen solche politischen Spiele als eher kleinlich.

VII. REFORMVORSCHLÄGE

Wie bereits dargelegt, dürfte unter anderem das mit dem Amt der 31
Bundespräsidentin bzw. des Bundespräsidenten verbundene Prestige ein

6351 Kritisch zu einer solchen Wahlpraxis Eichenberger, Kommentar BV 1874, Art. 98 N. 5; vgl. jedoch die Botschaft BV, S. 406, wonach Art. 176 Abs. 3 BV auch das faktische Anwachsen der Präsidialmacht bei einer «Kerngruppe» des Bundesrats verhindern soll.

6352 Vgl. Botschaft BV, S. 406; Tschannen, Staatsrecht, Rz. 1395.

6353 Nach Eichenberger, Kommentar BV 1874, Art. 98 N. 12, ist es sogar die Verpflichtung eines Mitglieds des Bundesrats, auf die Wahl als Bundespräsidentin bzw. Bundespräsident zu verzichten, wenn sie oder er sich den damit verbundenen Führungsaufgaben nicht gewachsen fühlt.

6354 So etwa bei der Wahl des zum damaligen Zeitpunkt wohl bereits politisch angeschlagenen Alt-Bundesrats Alain Berset zum Bundespräsidenten im Dezember 2022, als dieser nur 140 von 181 gültigen Stimmen erhielt (AB 2022 V 2480 f.).

Grund dafür sein, **dass bis heute keine Reform der entsprechenden Bestimmungen gelungen ist**. Im heutigen System erhält nämlich jede Bundesrätin bzw. jeder Bundesrat – unabhängig von ihrer bzw. seiner Eignung für das Amt – die Gelegenheit, dieses zu übernehmen. Dies bedeutet auch ein bisschen Glanz für die jeweilige Bundesratspartei. In diesem System ersparen sich die Mitglieder der Vereinigten Bundesversammlung zudem die Diskussionen, welche der amtierenden Bundesrätinnen bzw. Bundesräte tatsächlich über die nötigen Kompetenzen verfügen, um den Vorsitz im Bundesrat sowie die damit verbundenen Aufgaben zu übernehmen. Eine entsprechende Diskussion müssten die in der Bundesversammlung vertretenen Parteien zudem bereits bei der Zusammenstellung ihrer «Tickets» für die Bundesratswahlen führen, was sie wohl auch lieber vermeiden möchten.

32 Der Blick in die Kantone zeigt, dass auch **andere (Wahl-)Systeme denkbar** wären. Beispielsweise wird im Kanton Basel-Stadt die Regierungspräsidentin bzw. der Regierungspräsident jeweils für vier Jahre direkt in ihr bzw. sein Amt und die damit verbundene Führungsrolle[6355] gewählt.[6356] In einem solchen System müssen sich die Kandidierenden bewusst der Diskussion stellen, ob sie die für das Amt der Präsidentin bzw. des Präsidenten benötigten Führungs- und Sozialkompetenzen mitbringen. Der Nachteil eines solchen Wahlsystems ist die Zunahme der Konkurrenz um das Bundespräsidium, was die erfolgreiche Zusammenarbeit und die Kollegialität im Gremium gefährden könnte.[6357] Es ist zudem denkbar, dass die in einem solchen System um die Wahl der Bundespräsidentin bzw. des Bundespräsidenten herum entstehenden politischen Diskussionen dem politischen Klima abträglich wären. Diese Nachteile vermögen den damit verbundenen Vorteil – die Stärkung der Führungsfunktion des Bundespräsidiums – nicht aufzuwiegen.

33 Eine solche *«Wahl nach Eignung»* stellt deshalb ein für das Bundespräsidium erstrebenswertes System dar. Damit verbunden wäre die **Aufgabe des Wahlautomatismus** bzw. des Rotationsprinzips und eine stärkere Fokussierung auf Mitglieder des Bundesrats mit erhöhten

6355 Vgl. § 10 f. des basel-städtischen Gesetzes vom 22. April 1976 betreffend die Organisation des Regierungsrates und der Verwaltung (SG 153.100).

6356 Vgl. § 34 Abs. 1 des basel-städtischen Gesetzes vom 21. April 1994 über Wahlen und Abstimmungen (SG 132.100).

6357 Vgl. Vatter, S. 307.

Führungskompetenzen. Eine solche Systemänderung könnte die Bundesversammlung durch eine Änderung ihrer Wahlpraxis und ohne Anpassung der rechtlichen Grundlagen umsetzen. Um die Führungsfunktion des Bundespräsidiums weiter zu stärken, erscheint auch eine **Verlängerung der Amtsdauer** als sinnvoll. Allerdings erscheint eine Amtsdauer von vier Jahren für die Bundespräsidentin bzw. den Bundespräsidenten unter Berücksichtigung des Kollegialprinzips als zu lang.[6358] Stattdessen wäre eine Amtsdauer von zwei Jahren sinnvoll.[6359] Hingegen erscheint die Schaffung eines **Präsidialdepartements** nicht als zielführend.[6360] Der Umstand, dass die Bundespräsidentin bzw. der Bundespräsident gleichzeitig Vorsteherin bzw. Vorsteher eines Fachdepartments ist und damit den anderen Bundesratsmitgliedern aus fachlicher Sicht gleichgestellt ist, erscheint mit Blick auf das Kollegialprinzip als sinnvoll (vgl. N. 11).[6361]

Anzustreben wäre hingegen die **Schaffung einer Verwaltungseinheit (oder die Stärkung des bereits existierenden Präsidialdienstes)**, die direkt dem Bundespräsidium beziehungsweise dem Gesamtbundesrat unterstellt und damit nicht Teil der restlichen Verwaltung ist. Dadurch wäre sichergestellt, dass zumindest in dieser Verwaltungseinheit nicht die Departements-, sondern die Kollegiumssicht vorherrscht. Die Verwaltungseinheit könnte die Bundespräsidentin bzw. den Bundespräsidenten bei ihren bzw. seinen Führungsaufgaben und der Sicherstellung einer langfristigen kohärenten Regierungspolitik unterstützen.[6362] Die Schaffung einer entsprechenden Verwaltungseinheit wäre im Übrigen auch ohne weitere Stärkung der 34

6358 Anders Rhinow, S. 44; vgl. Vatter, S. 305 ff., zu den Vor- und Nachteilen einer Verlängerung der Amtsdauer auf zwei oder vier Jahre.

6359 Diese Ansicht vertrat im Jahr 2010 auch noch der Bundesrat; vgl. N. 27. Das Parlament sah durch die Verlängerung jedoch das Kollegialprinzip gefährdet; vgl. etwa AB 2012 N 1261, Votum NR Fluri. Schlussendlich zog der Bundesrat seinen damals chancenlosen Antrag zurück; vgl. AB 2013 S 172, Votum BR Sommaruga.

6360 Anderer Meinung und die Schaffung eines Präsidialamts aus politologischer Sicht unterstützend Vatter, S. 307 ff., S. 328 ff., S. 347 f.

6361 Vgl. auch Zusatzbotschaft, S. 7817, wonach ein «separates, von Fachaufgaben losgelöstes Präsidialdepartement [...] auf längere Sicht zu wenig ‹Bodenhaftung› und im Bundesratskollegium zu wenig Gewicht haben [könnte], was die vom Bundespräsidium zu leistenden Aufgaben eher erschweren würde».

6362 Ähnlich Rhinow, S. 40 f.; vgl. SGK-Ehrenzeller, Vorb. zu Bundesrat und Bundesverwaltung N. 17, wonach die faktische Abhängigkeit vom Sachwissen und von der Initiative der Departemente heute das zentrale institutionelle Führungsproblem des Kollegiums darstellt.

präsidialen Kompetenzen sinnvoll, da auch im heutigen System eine *Stärkung der Kollegiumssicht erstrebenswert ist*.

Zum Autor

RA Dr. Christoph Raess ist Jurist im Bundesamt für Justiz. Der vorliegende Beitrag gibt ausschliesslich die persönliche Meinung des Verfassers wieder. Der Verfasser bedankt sich bei Reto Walther, Jonas Alig und Rahel Jent für hilfreiche Bemerkungen zu früheren Fassungen dieses Beitrags. Gedankt sei auch dem Peer Review sowie Odile Ammann und Stefan Schlegel.

WEITERE EMPFOHLENE LEKTÜRE

Altermatt Urs (Hrsg.), Das Bundesratslexikon, Zürich 2019.

Brühl-Moser Denise, Die schweizerische Staatsleitung, Habil., Bern 2007.

Eichenberger Kurt, Kommentierung zu Art. 98 BV 1874, in: Aubert Jean-François et al. (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Basel et al. 1987–1996.

Grisel Etienne, Gouvernement suisse. Le Conseil fédéral, Bern 2010.

Holenstein Rolf, Stunde Null, Die Neuerfindung der Schweiz 1848, Die Privatprotokolle und Geheimberichte, Basel 2018.

Rhinow René, Wie weiter mit dem Bundesrat?, Zürich/St. Gallen 2011.

Thurnherr Walter, Wie der Bundesrat die Schweiz regiert und weshalb es trotzdem funktioniert, Zürich 2025.

LITERATURVERZEICHNIS

Aubert Jean-François, Bundesstaatsrecht der Schweiz. Fassung von 1967. Neubearbeiteter Nachtrag bis 1994, Band II, Basel et al. 1995.

Auer Andreas, Staatsrecht der Schweizerischen Kantone, Bern 2016.

Biaggini Giovanni, BV Kommentar: Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017 (zit. Biaggini, Art. ... BV N. ...).

Biaggini Giovanni, Gewaltenteilung im Verfassungsstaat, in: ders./Gächter Thomas/Kiener Regina (Hrsg.), Staatsrecht, 3. Aufl., Zürich et al. 2021, § 17 (zit. Staatsrecht).

Biaggini Giovanni, Verfassungsauslegung, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich et al. 2020, Band I, I.10 (zit. Verfassungsauslegung).

Bickel Jürg, Der parteiunabhängige Bundesrat. Eine Alternative in der Debatte über die künftige Ausgestaltung der Staatsleitung?, in: Markus Gredig et al. (Hrsg.), Peters Dreiblatt. Föderalismus/Grundrechte/Verwaltung. Festschrift für Peter Hänni zum 60. Geburtstag, Bern 2010, S. 173 ff.

Brühl-Moser Denise, Die schweizerische Staatsleitung, Habil., Bern 2007.

Burckhardt Walter, Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874, 2. Aufl., Bern 1914.

De Pretto Renato, Bundesrat und Bundespräsident. Das kollegiale Regierungssystem schweizerischer Prägung, Diss. Basel, Grüsch 1988.

Dubs Jakob, Das öffentliche Recht der Schweizerischen Eidgenossenschaft. Zweiter Teil, 2. Aufl., Zürich 1878.

Ehrenzeller Bernhard, Kommentar zu Art. 176 BV, in: derselbe/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (Hrsg.), St. Galler Kommentar, Bundesverfassung, 4. Aufl., Zürich et al. 2023.

Ehrenzeller Bernhard, Vorbemerkungen zu Bundesrat und Bundesverwaltung, in: derselbe/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (Hrsg.), St. Galler Kommentar, Bundesverfassung, 4. Aufl., Zürich et al. 2023.

Eichenberger Kurt, Kommentierung zu Art. 98 BV 1874, in: Aubert Jean-François et al. (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Basel et al. 1987–1996.

Eichenberger Kurt, Das Präsidialdepartement, in: ders., Der Staat der Gegenwart, herausgegeben von Verfassungsrat und Regierungsrat des Kantons Aargau, Basel 1980, S. 451 ff. (zit. Präsidialdepartement).

Fleiner Fritz, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Tübingen 1923.

Fleiner Fritz/Giacometti Zaccaria, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 1949.

Grisel Etienne, Gouvernement suisse. Le Conseil fédéral, Bern 2010 (zit. Conseil fédéral).

Grisel Etienne, Kommentierung zu Art. 176 BV, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Commentaire Romand, Constitution fédérale, Basel 2021.

Häfelin Ulrich/Haller Walter/Keller Helen/Thurnherr Daniela, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 11. Aufl., Zürich et al. 2024.

Holenstein Rolf, Stunde Null, Die Neuerfindung der Schweiz 1848, Die Privatprotokolle und Geheimberichte, Basel 2018.

Jaag Tobias/Bucher Laura/Häggi Furrer Reto, Staatsrecht der Schweiz, 3. Aufl., Zürich et al. 2021.

Kley Andreas, Geschichte als nationale Selbstbehauptung. Die 1. August-Reden der schweizerischen Bundespräsidenten, ZSR 2005 I, S. 455–477.

Künzli Jörg, Kommentierung zu Art. 176 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar. Bundesverfassung, 2. Aufl., Basel 2025.

Kölz Alfred, Neuere Schweizerische Verfassungsgeschichte, Ihre Grundlinien vom Ende der alten Eidgenossenschaft bis 1848, Bern 1992.

Landerer Nino, Mass Media and Political Decision-Making, Diss. Genf, Baden-Baden 2015.

Mader Luzius, Bundesrat und Bundesverwaltung, in: Thürer Daniel/Aubert Jean-François/Müller Jörg Paul (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, § 67.

Mahon Pascal, Kommentierung zu Art. 176 BV, in: Aubert Jean-François/Mahon Pascal, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zürich et al. 2003.

Rhinow René, Wie weiter mit dem Bundesrat?, Zürich/St. Gallen 2011.

Rhinow René/Schefer Markus/Uebersax Peter/Braun Binder Nadja, Schweizerisches Verfassungsrecht, 4. Aufl., Basel 2026.

Ruck Erwin, Schweizerisches Staatsrecht, 1. Aufl., Zürich 1933.

Sager Fritz/Papadopoulos Yannis, Regierung, in: Papadopoulos Yannis et al. (Hrsg.), Handbuch der Schweizer Politik, 7. Aufl., Basel 2022, S. 213 ff.

Sägesser Thomas, Kommentierung zu Art. 177 BV, in: Sägesser Thomas (Hrsg.), Die Bundesbehörden. Bundesversammlung – Bundesrat – Bundesgericht. Kommentar, Beiträge und Materialien zum 5. Titel der schweizerischen Bundesverfassung, Bern 2000 (zit. Bundesbehörden).

Sägesser Thomas, Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz RVOG vom 21. März 1997, 2. Aufl., Bern 2022 (zit. Komm. RVOG).

Schollenberger Jakob, Das Bundesstaatsrecht der Schweiz. Geschichte und System, 2. Aufl., Berlin 1920.

Thurnherr Walter, Wie der Bundesrat die Schweiz regiert und weshalb es trotzdem funktioniert, Zürich 2025.

Tschannen Pierre, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 5. Aufl., Bern 2021 (zit. Staatsrecht).

Tschannen Pierre, Stimmrecht und politische Verständigung, Habil., Basel et al. 1995 (zit. Stimmrecht).

Udris Linards/Lucht Jens/Schneider Jörg, Contested federal elections in increasingly commercialized media. A diachronic analysis of elections news coverage in Switzerland, Swiss Political Science Review 21(4), S. 578 ff.

Vatter Adrian, Der Bundesrat, Die Schweizer Regierung, Zürich 2020.

MATERIALIENVERZEICHNIS

Bericht der GPK-S vom 3.12.2010, Verhalten der Bundesbehörden in der diplomatischen Krise zwischen der Schweiz und Libyen, Bericht vom 3.12.2010, BBl 2011 4215 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2011/664/de, besucht am 8.9.2025 (zit. Bericht Libyen).

Botschaft vom 4.6.1894 betreffend Organisation und Geschäftsgang des Bundesrates, BBl 1894 II 766 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1894/2_766__/de, besucht am 7.4.2025 (zit. Botschaft Organisation und Geschäftsgang).

Botschaft betreffend die Organisation der Bundesverwaltung vom 13.3.1913, BBl 1913 II 1, abrufbar unter: https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1913/2_1_1_/de, besucht am 7.4.2025 (zit. Botschaft Organisation Bundesverwaltung)

Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20.11.1996, BBl 1996 I 1, abrufbar unter: https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1997/1_1_1_1/de, besucht am 7.4.2025 (zit. Botschaft BV).

Zusatzbotschaft vom 13.10.2010 zur Regierungsreform, BBl 2010 7811 ff., abrufbar unter: https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2010/1440/de, besucht am 18.6.2025 (zit. Zusatzbotschaft).

ACHTUNG: Diese Version des Kommentars ist eine automatische maschinelle Übersetzung des Originals. Die Originalversion ist französisch. Die Übersetzung wurde mit www.deepl.com durchgeführt. Nur die Originalversion ist autoritativ. Die übersetzte Form des Kommentars kann nicht zitiert werden.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 178 BV

Eine Kommentierung von Dominique Hänni / Marine Albertini

ZITIERVORSCHLAG

Dominique Hänni/Albertini Marine, Kommentierung zu Art. 178 BV, in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (Hrsg.), Onlinekommentar zur Bundesverfassung

Kurzzitat: OK-Hänni/Albertini, Art. 178 BV N. XXX.

Art. 178 Bundesverwaltung

[1] Der Bundesrat leitet die Bundesverwaltung. Er sorgt für ihre zweckmässige Organisation und eine zielgerichtete Erfüllung der Aufgaben.

[2] Die Bundesverwaltung wird in Departemente gegliedert; jedem Departement steht ein Mitglied des Bundesrates vor.

[3] Verwaltungsaufgaben können durch Gesetz Organisationen und Personen des öffentlichen oder des privaten Rechts übertragen werden, die ausserhalb der Bundesverwaltung stehen.

GLIEDERUNG

I. Entstehungsgeschichte 1707
II. Hintergrund 1708
A. Die Bundesverwaltung in der Verfassungssystematik 1708
B. Der Begriff der Bundesverwaltung 1708
1. Die Organisation der Verwaltung 1709
2. Der Begriff «Bundesverwaltung» im Sinne von Art. 178 BV 1711
III. Eigentliche Erläuterung 1712
A. Absatz 1 1712
1. Die Leitung der Bundesverwaltung 1712
2. Eine zweckmässige Organisation der Bundesverwaltung 1715
3. Die ordnungsgemässe Erfüllung der Aufgaben der Bundesverwaltung 1716
B. Absatz 2 1717
C. Absatz 3 1718
1. Ziele der Dezentralisierung im weiteren Sinne und Systematisierungsbestrebungen 1719
2. Die Aufgabe der Verwaltung: Gegenstand der Auslagerung 1720
3. Die Empfänger der Auslagerung von Verwaltungsaufgaben 1722
4. Voraussetzungen für die Auslagerung von Verwaltungsaufgaben 1723
a. Formelle Rechtsgrundlage 1723
b. Weitere Voraussetzungen 1726
Empfohlene weiterführende Lektüre 1727
Literaturverzeichnis 1728
Materialienverzeichnis 1731

I. ENTSTEHUNGSGESCHICHTE

Artikel 178 wurde in seiner heutigen Form bei der Totalrevision der Bundesverfassung von 1999 angenommen. Formal stellt er eine Neuerung dar, da **erstmals eine ganze Verfassungsbestimmung der Bundesverwaltung gewidmet ist**. 1

In den **ersten beiden Absätzen** fasst Artikel 178 mehrere verstreute Bestimmungen der Verfassung von 1874 (Art. 102 Ziff. 12, Art. 103 Abs. 1, Art. 104 aCst.) zusammen und enthält über einige präzisere und verständlichere Formulierungen hinaus keine neuen grundlegenden Elemente. Absatz 1 erwähnt nun ausdrücklich die Weisungsbefugnis (1. Satz) und die Organisationshoheit (2. Satz) des Bundesrates und verweist auf eine zweckmässige Organisation. Absatz 2 übernimmt im Wesentlichen den in Art. 177 Abs. 2 BV verankerten Grundsatz der Departementsgliederung. (der seinerseits aus Art. 103 Abs. 1 aCst. hervorgegangen ist). Die ersten beiden Absätze von Art. 178 Cst. stehen somit voll und ganz im Einklang mit dem Ziel der Aktualisierung, Verständlichkeit und systematischen Ordnung des geschriebenen und ungeschriebenen Verfassungsrechts, das die Arbeiten zur Revision der Verfassung von 1874 geleitet hat. Es überrascht nicht, dass sie von beiden Kammern während der parlamentarischen Debatten zur Verfassungsrevision ohne Diskussion angenommen wurden. 2

Hingegen führt **Absatz 3** erstmals im Verfassungstext **eine allgemeine Ermächtigung zur Auslagerung von Verwaltungsaufgaben** ein und stellt in diesem Sinne eine Neuerung dar. Er gab in den Debatten über die neue Verfassung Anlass zu intensiven Diskussionen, nicht weil das Prinzip der Auslagerung an sich umstritten war, sondern weil die Kommissionen vorgeschlagen hatten, noch weiter zu gehen und dem Bundesrat mehr Befugnisse und Flexibilität in diesem Bereich zu übertragen (siehe Fußnote 96). Letztendlich setzte sich die bescheidenere Fassung durch (siehe unten N. 44). 3

II. HINTERGRUND

A. Die Bundesverwaltung in der Verfassungssystematik

4 Innerhalb des Titels 5 «Bundesbehörden» ist Art. 178 BV in Kapitel 3 «Bundesrat und Bundesverwaltung» enthalten. Die Erwähnung der Bundesverwaltung im Titel des Kapitels ist neu und verdeutlicht ihre Zugehörigkeit zur Exekutive. Innerhalb dieses Kapitels stattet Art. 178 BV die Bundesverwaltung erstmals mit einer **vollständigen und spezifischen Verfassungsbestimmung** aus.

5 Es ist verlockend, darin eine Anerkennung der Stellung zu sehen, die diese Organisation heute innerhalb des modernen Staates einnimmt, oder gar die Verankerung einer «vierten Gewalt». Dies muss jedoch relativiert werden. Formal gesehen ist Artikel 178 BV der einzige der vierzehn Artikel des Kapitels, der sich mit der Bundesverwaltung befasst, mit Ausnahme einer beiläufigen Erwähnung in Artikel 187 Absatz 2 BV, während alle anderen Artikel dem Bundesrat gewidmet sind. Inhaltlich existiert die Bundesverwaltung in Art. 178 BV nur durch die Aufgaben, die einerseits dem Bundesrat (Verwaltungsleitung) und andererseits dem Gesetzgeber (Rahmenbedingungen für Externalisierungen) übertragen sind. Die Verwaltung als solche erhält keine spezifischen Aufgaben oder Zuständigkeiten, und die Rechtsstellung ihres Personals bleibt offen. Art. 178 BV ist somit **weit davon entfernt, die Bundesverwaltung als Organ des Staates** zu verankern. Vielmehr ist festzustellen, dass die zentrale Stellung der Bundesverwaltung für das tägliche Funktionieren und die Stabilität des Staates in der Bundesverfassung nicht vollständig zum Ausdruck kommt.

B. Der Begriff der Bundesverwaltung

6 Dem Begriff «Verwaltung» werden gemeinhin zwei Dimensionen zugeschrieben. Die **Verwaltung im funktionalen Sinne** bezeichnet die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben; darauf wird weiter unten eingegangen (N. 33 ff.). Die drei Absätze von Art. 178 BV beziehen sich jedoch – wie andere Verfassungsbestimmungen auch – auf die **Verwaltung im organischen Sinne**. Diese bezeichnet die Gesamtheit der Akteure, die diese Verwaltungsaufgaben wahrnehmen (auch *Verwaltungsträger* genannt). Um Art. 178 BV kommentieren zu können, erscheint es notwendig, kurz die

Organisation der Bundesverwaltung zu beschreiben (1.), um zu verstehen, auf welche Teile derselben sich die drei Absätze von Art. 178 BV beziehen (2.).

1. Die Organisation der Verwaltung

In den letzten Jahrzehnten hat sich die ehemals kompaktere und zentralisierte Bundesverwaltung zu einer vielschichtigen Verwaltung gewandelt, deren Aufgaben von Hunderten von Einheiten mit unterschiedlichsten Rechtsformen und Autonomiegraden wahrgenommen werden. Zwar steht nach wie vor die **zentrale Bundesverwaltung**, das traditionelle Modell der Verwaltungsorganisation, mit ihren Departementen und deren Untergliederungen in einer hierarchischen Pyramidenstruktur im Zentrum dieses Gefüges. Üblicherweise werden auch die Armee und die Bundeskanzlei dazu gezählt, obwohl dies aus der Systematik der Verfassung nicht hervorgeht. 7

Darüber hinaus gibt es mittlerweile eine **Vielzahl von Akteuren**, die alle gemeinsam haben, dass sie der für den Kernstaat charakteristischen hierarchischen Unterordnung entzogen sind. Diese Einheiten sind in der Regel in einer der folgenden Formen organisiert, wobei die Aufzählung von den Einheiten, die dem Kernstaat am nächsten stehen, zu den Einheiten, die am weitesten davon entfernt sind, führt: 8

- Verwaltungseinheiten ohne Rechtspersönlichkeit (z. B. der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte [EDÖB] oder die Eidgenössische Finanzkontrolle [EFK]) und ausserparlamentarische Kommissionen (z. B. die Wettbewerbskommission [WEKO] oder die Eidgenössische Elektrizitätskommission [ElCom]), wobei zu beachten ist, dass diese Einheiten nach Ansicht einiger Autoren aufgrund ihrer fehlenden eigenständigen Rechtspersönlichkeit zur Zentralverwaltung gehören;
- Ausgelagerte öffentlich-rechtliche Einheiten, die vom Bund kontrolliert werden:
  - Autonome öffentlich-rechtliche Anstalten mit eigener Rechtspersönlichkeit (z. B. Swissmedic, FINMA oder MNS);
  - Öffentlich-rechtliche Stiftungen (z. B. Pro Helvetia oder Schweizerischer Nationalpark);
  - Öffentlich-rechtliche Körperschaften, insbesondere öffentlich-rechtliche Aktiengesellschaften (z. B. die Schweizerische Post oder die

SBB) und öffentlich-rechtliche Genossenschaften (z. B. die Schweizerische Gesellschaft für Hotelgewerbe), die ganz oder teilweise im Besitz des Bundes sind, oder öffentlich-rechtliche Körperschaften, die analog zu privatrechtlichen Vereinen strukturiert sind (z. B. das ISDH);

- Ausgelagerte privatrechtliche Einheiten, die vom Bund kontrolliert werden:
  - Privatrechtliche Stiftungen (z. B. der SNF);
  - Privatrechtliche Vereinigungen (z. B. SRG SSR);
  - Privatrechtliche Aktiengesellschaften (z. B. RUAG MRO Holding AG);
- Nicht vom Bund kontrollierte privatrechtliche Einheiten, die Verwaltungsaufgaben wahrnehmen und manchmal als eigentliche Privatpersonen bezeichnet werden.

9 Einige Autoren betrachten die Gesamtheit dieser Einheiten als **dezentrale Bundesverwaltung** (nachfolgend: dezentrale Verwaltung im weiteren Sinne); diese Sichtweise entspricht einer **zweigeteilten** Gliederung der Bundesverwaltung in zentrale und dezentrale Verwaltung. Das Gesetz über die Organisation der Regierung und der Verwaltung vom 21. März 1997 (LOGA; SR 172.010) und seine Ausführungsverordnung vom 25. November 1998 (OLOGA; SR 172.010.1) eine **dreiteilige Gliederung** vor, indem sie die dezentralen Einheiten, die administrativ der Zentralverwaltung angegliedert sind (dezentrale Verwaltung im engeren Sinne), und die verwaltungsfremden Organisationen oder Personen, die Verwaltungsaufgaben erfüllen, voneinander abgrenzen (Art. 2 Abs. 4 LOGA; Art. 6 OLOGA). Eine solche Dreiteilung ist jedoch durch die Bundesverfassung keineswegs vorgeschrieben. Es wäre zwar verlockend, Art. 178 BV im Lichte dieser beiden Rechtsakte auszulegen, deren Entstehungsgeschichte sich teilweise überschneidet. Es erscheint uns jedoch nicht sinnvoll, den Verfassungstext allein im Lichte der nachrangigen Texte LOGA und OLOGA auszulegen, die zudem leichter geändert werden können, insbesondere wenn sich die Konzepte des öffentlichen Managements weiterentwickeln; sie können jedoch aus historischer und systematischer Sicht bei der Auslegung des Verfassungstextes berücksichtigt werden.

2. Der Begriff «Bundesverwaltung» im Sinne von Art. 178 BV

10 Auf der Grundlage dieser allgemeinen Überlegungen ist nun durch Auslegung zu bestimmen, auf welche Einheiten der Bundesverwaltung sich der Verfassungsgeber bei der Abfassung von Art. 178 BV bezogen hat. Zu diesem Zweck werden die drei Absätze getrennt behandelt, beginnend mit demjenigen, dessen Wortlaut am klarsten ist, d. h. **Absatz 2**. Aus dessen wörtlicher Auslegung lässt sich nämlich ableiten, dass es sich bei der in Departemente gegliederten Verwaltung um die *zentrale* Bundesverwaltung im oben definierten Sinne handelt.

11 Schwieriger und folgenreicher ist die Auslegung von **Absatz 3**, da er eine formelle Rechtsgrundlage für die Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben durch «der Bundesverwaltung nicht angehörende Stellen» verlangt. Eine wörtliche Auslegung lässt keinen eindeutigen Sinn erkennen, und dieser ergibt sich auch nicht aus den anderen Bestimmungen der Verfassung, die sich auf «andere Organe, denen Aufgaben des Bundes übertragen sind» beziehen. Die historische Auslegung von Absatz 3 ist hingegen eindeutiger, da der Bundesrat in seiner Botschaft ausdrücklich darauf hinweist, dass dieser Absatz darauf abzielt, Aufgaben des Bundes aus den Departementsdiensten der allgemeinen Verwaltung, , d. h. der *zentralen* Bundesverwaltung, zu entziehen. Die parlamentarischen Debatten bestätigen diese Auffassung (N. 44) und lassen darüber hinaus das mit diesem Absatz verfolgte Ziel erkennen, nämlich den Auslagerungen eine grössere parlamentarische Legitimität zu verleihen (N. 43). Eine gesetzliche Grundlage ist daher immer dann erforderlich, wenn eine Verwaltungsaufgabe einer Stelle außerhalb der *zentralen* Bundesverwaltung übertragen wird.

12 Schliesslich ergibt sich die Bedeutung des Begriffs «Bundesverwaltung» in **Absatz 1** weder aus dessen bloßer Lektüre noch aus den Vorarbeiten. Aus systematischer Sicht erscheint es kohärent und verständlich, dem Begriff in den drei Absätzen von Art. 178 BV dieselbe Bedeutung zuzuweisen, nämlich die der *zentralen* Bundesverwaltung. Die Auslegung ist jedoch nur von begrenzter Bedeutung, da aus anderen Bestimmungen der Verfassung hervorgeht, dass die Leitungsbefugnis des Bundesrats nicht auf die zentrale Bundesverwaltung beschränkt ist. Art. 174 BV überträgt dem Bundesrat die oberste Vollzugsgewalt des Bundes und stellt ihn damit an die Spitze aller Verwaltungsorgane. Darüber hinaus beauftragt Art. 187 Abs. 1lit. a BV beauftragt den Bundesrat mit der Aufsicht über «die Bundesverwaltung und

die anderen mit Bundesaufgaben betrauten Organe und Personen», wobei die Aufsicht eine wesentliche Komponente der Weisungsbefugnis des Bundesrats darstellt (N. 16). Es ist daher wichtig zu verstehen, was die Leitungsbefugnis für jeden Teil der Bundesverwaltung umfasst, was im Folgenden näher erläutert wird (N. 16 f.).

III. EIGENTLICHE ERLÄUTERUNG

A. Absatz 1

13 Trotz seines lakonischen Wortlauts hat Art. 178 Abs. 1er eine echte normative Tragweite. Er überträgt dem Bundesrat die Leitung der Bundesverwaltung (1.) – was zwar auch Art. 174 BV tut (N. 12) – und weist ihn ausdrücklich in diese Aufgabe ein, indem er ihn mit der zweckmässigen Organisation der Bundesverwaltung (2.) und der Verantwortung für deren ordnungsgemässe Erfüllung (3.) beauftragt.

1. Die Leitung der Bundesverwaltung

14 Wie oben erwähnt (N. 12), ergibt sich aus der gemeinsamen Lektüre der Artikel 174, 178 Abs. 1er und 187 Abs. 1er lit. a BV, dass die dem Bundesrat übertragene allgemeine Leitungsbefugnis **sowohl die zentrale als auch die dezentrale** Verwaltung umfasst. Denn Da der Bundesrat gegenüber der Bundesversammlung für die Bundesverwaltung verantwortlich ist, muss er über die Führungs- und Aufsichtsinstrumente verfügen, die es ihm ermöglichen, diese Verantwortung uneingeschränkt wahrzunehmen. Aus den genannten Artikeln geht auch hervor, dass diese Weisungsbefugnis nicht gegenüber allen Verwaltungseinheiten mit derselben Intensität ausgeübt werden kann, schon weil die Verfassung für Organe und Einheiten ausserhalb der Zentralverwaltung den Begriff «Aufsicht» verwendet. Allerdings enthält die Verfassung weder nähere Angaben zum Begriff der Leitung noch zu den konkreten Instrumenten zu deren Umsetzung.

15 Der Begriff «leiten» ist semantisch mit «**führen, lenken oder leiten**» verbunden. Er symbolisiert das Wirken einer bestimmten treibenden Kraft in eine bestimmte Richtung. Der Bundesrat ist somit verfassungsrechtlich beauftragt, die Bundesverwaltung bei der Erfüllung ihrer Aufgaben zu **leiten**. Daraus folgt, dass er diese Aufgaben grundsätzlich nicht selbst ausführt, sondern die Grundzüge für deren Ausführung festlegt. Damit erfolgt eine

Trennung zwischen den strategischen Aspekten, für die der Bundesrat zuständig ist und die sich oft mit den politischsten oder politisierten Fragen überschneiden, und den operativen Aspekten, die der Verwaltung übertragen sind. Die Grenze zwischen Politik und Verwaltung ist jedoch oft nicht klar gezogen, da die Art und Weise, wie die Verwaltung ihre Aufgaben erfüllt, tendenziell «nach oben» wirkt und die (strategischen) Entscheidungen des Regierungscollegiums beeinflusst. Die in Art. 178 Abs. 1^Abs. 1 BV vorgesehene Weisungsbefugnis umfasst auch die Befugnis, die Verwaltung zu **organisieren** und *nachträglich* zu **überwachen**. Diese beiden Elemente sind im zweiten Satz dieses Absatzes ausdrücklich erwähnt: Der Bundesrat hat für eine zweckmässige Organisation der Verwaltung und für die ordnungsgemässe Erfüllung der ihr übertragenen Aufgaben zu sorgen; Darauf wird weiter unten in den N. 19 ff. und N. 22 ff. näher eingegangen.

16 Die genaue Ausgestaltung der Leitung im weiteren Sinne und die dafür eingesetzten Instrumente variieren je nach Autonomiegrad der mit der Aufgabe betrauten Stelle. **Innerhalb der Zentralverwaltung** (N. 7) ist die Weisungsbefugnis des Bundesrates in die dortige Hierarchie eingebettet, die in der Regel als mehrstufige Pyramide dargestellt wird. Diese Struktur setzt voraus, dass jede Einheit einer bestimmten Stufe angehört und der nächsthöheren Einheit unterstellt ist. Sie ist gekennzeichnet durch eine Arbeitsteilung und eine Abfolge von Delegationen von Geschäften und Handlungsmitteln entlang der Stufen entsprechend ihrer Bedeutung. Dieser hierarchische Rahmen umfasst für den Bundesrat spezifische Weisungsbefugnisse und Führungsmittel, die in der Regel unter dem Begriff **Hierarchische Weisungsbefugnis** zusammengefasst werden. Die hierarchische Weisungsbefugnis umfasst insbesondere die folgenden Befugnisse, die durch andere Verfassungsartikel oder die Spezialgesetzgebung eingeschränkt werden können:

- **Die Weisungsbefugnis** gegenüber den nachrangigen Ebenen bei der Erfüllung ihrer Aufgaben, insbesondere durch Verwaltungsverordnungen unterschiedlichster Bezeichnung – allgemeine Weisungen, Richtlinien, Rundschreiben, Dienstanweisungen usw. Diese Verordnungen haben keine unmittelbare Rechtswirkung gegenüber den Bürgern, sondern richten sich ausschliesslich an die Departemente, ihre Unterabteilungen und ihre Bediensteten, für die sie aufgrund des hierarchischen Unterordnungsverhältnisses verbindlich sind. Verwaltungsverordnungen

können sowohl allgemeine Ziele und Grundsätze als auch genaue Vorgaben für die Bearbeitung von Geschäften enthalten.

- Die **Kontrollbefugnis** oder **Aufsichtsfunktion**, die es dem Bundesrat ermöglicht, nicht nur die ordnungsgemässe Anwendung der Gesetze (Gültigkeitskontrolle) und die Ausführung seiner Weisungen (Zweckmässigkeitskontrolle) zu überprüfen, sondern im Rahmen seiner Weisungs- und strategischen Leitungsfunktion auch die Wirksamkeit und Zweckmässigkeit des gesamten Verwaltungshandelns zu überwachen.
- Die **Ermächtigung zur Entziehung** ermöglicht es dem Bundesrat grundsätzlich, anstelle einer mit einer Angelegenheit betrauten Verwaltungseinheit deren Entscheidungsbefugnisse auszuüben. Diese Befugnis ist jedoch in bestimmten Fällen eingeschränkt, insbesondere wenn die Entziehung zur Folge hat, dass den Bürgern ein Rechtsmittel vor einer unabhängigen Instanz verwehrt wird. Die **Widerrufskompetenz** ermöglicht es dem Bundesrat, alle Handlungen der Bundesverwaltung aufzuheben.

17 Die Weisungsbefugnis des Bundesrats ist hingegen **gegenüber den Einheiten der dezentralen Verwaltung** weniger einschneidend, da diese über eine grössere Autonomie verfügen und keiner hierarchischen Weisungsbefugnis unterstehen. So kann der Bundesrat **Steuerungsinstrumente** *ex ante* (z. B. Genehmigung von Statuten, Reglementen oder anderen spezifischen Erlassen oder Beschlüssen, Festlegung strategischer Ziele, insbesondere in einem Leistungsvertrag) oder **Aufsichtsinstrumente und -mittel** *ex post* (z. B. durch Informationspflicht, Genehmigung von Tätigkeitsberichten, Rechnungen, Entlastung von Organen, Vertretungsrecht in den Organen der dezentralen Einheit oder die Schaffung eines wirksamen Rechtsschutzes gegen Entscheidungen der dezentralen Einheit) aber in der Regel nicht befugt, den dezentralen Einheiten besondere Weisungen zu erteilen. Es ist anzumerken, dass bestimmte Mittel der Leitung und Aufsicht über die dezentrale Verwaltung im Namen des New Public Management auch in der Zentralverwaltung eingeführt wurden (z. B. Budget- oder Zielmanagement).

18 Zu beachten ist auch, dass Art. 169 Abs. 1[Abs. 1] BV der Bundesversammlung die «Oberaufsicht über den Bundesrat und die Bundesverwaltung» überträgt. Im Gegensatz zur Aufsicht über den Bundesrat ist diese **Oberaufsicht** kein Mittel der Verwaltungsführung und entspricht daher nicht der

Weisungsbefugnis nach Art. 178 Abs. 1^{1} BV. Sie dient lediglich der Konkretisierung der politischen Verantwortung des Bundesrats. In der Praxis richtet sich die parlamentarische Kontrolle übrigens nur an diesen als oberstes Exekutivorgan.

2. Eine zweckmässige Organisation der Bundesverwaltung

Das erste in Art. 178 Abs. 1^{2} Satz 2 BV ausdrücklich genannte Kernelement der Weisungsbefugnis ist die Aufgabe, für eine zweckmässige Organisation der Bundesverwaltung zu sorgen. Diese Befugnis ist jedoch **streng umschrieben**. 19

Einerseits ist der Bundesrat an die **organisatorischen Anforderungen** gebunden, die ausdrücklich in der Verfassung festgelegt sind, nämlich die Departementsaufteilung (Art. 178 Abs. 2 BV; siehe unten N. 25 ff) und das Erfordernis einer formellen gesetzlichen Grundlage für die Auslagerung von Verwaltungsaufgaben (Art. 178 Abs. 3 BV; siehe unten N. 29 ff.). Andererseits ist der Gesetzgeber befugt, die grundlegenden Bestimmungen über die Organisation der Bundesbehörden zu erlassen (Art. 164 Abs. 1 Bst. g BV). Da der Verfassungsgeber nicht näher präzisiert hat, was als grundlegend zu betrachten ist, bleibt in der Praxis nur das in der Zuständigkeit des Bundesrats, was der Gesetzgeber ihm zu belassen geglaubt hat. Wir können erwähnen, dass die derzeit geltende Gesetzgebung, obwohl dies nicht verfassungsrechtlich vorgeschrieben ist, dem Bundesrat insbesondere die Befugnis einräumt, Ämter zu schaffen, ihnen Aufgaben und Zuständigkeiten zuzuweisen und sie nach vom Gesetzgeber festgelegten Kriterien auf die Departemente zu verteilen (Art. 43 Abs. 2 und 3 VOG). Die Zuständigkeit für die Strukturierung der Ämter liegt hingegen bei der untergeordneten Ebene, d. h. bei den Departementsvorsteherinnen und Departementsvorstehern (Art. 43 Abs. 4 RVOG). 20

Der Verfassungsgeber präzisiert zudem, dass die vom Bundesrat geschaffene Organisation **zweckmässig («appropriata»)** sein muss. Die Vorarbeiten enthalten keine näheren Angaben zu diesen Begriffen. Aus verschiedenen französischen, deutschen und italienischen Wörterbüchern lässt sich ableiten, dass die in den drei Sprachversionen verwendeten Begriffe sich auf das beziehen, was logisch, den Umständen angemessen, zweckmässig, vernünftig, dem gesunden Menschenverstand entsprechend, adäquat und auf einer guten Methode beruhend erscheint. Bei der Festlegung der Organisation der Verwaltung wird sich der Bundesrat daher bemühen, das Organisationsmodell 21

zu wählen, das die Verwaltung am besten in die Lage versetzt, ihre Ziele zu erreichen, oder, mit anderen Worten, die effizienteste Organisation.

3. Die ordnungsgemässe Erfüllung der Aufgaben der Bundesverwaltung

22 Die zweite in Art. 178 Abs. 1 Satz 2 ist eng mit der zweckmässigen Organisation verbunden: Der Bundesrat sorgt für die gute Erfüllung der Aufgaben der Verwaltung (siehe N. 33 zum Begriff der Aufgaben der Verwaltung). Da die ihm hierfür zur Verfügung stehenden Instrumente, die insbesondere in den Bereich der Aufsicht fallen, bereits oben erwähnt wurden (N. 16 und 17), soll hier näher auf **die Art und Weise der Erfüllung der Verwaltungsaufgaben** eingegangen werden. Da die drei Sprachfassungen erheblich voneinander abweichen («bonne exécution», «zielgerichtete Erfüllung», «corretto adempimento»), muss eine Bedeutung der Verfassungsbestimmung gefunden werden, die allen Fassungen gerecht wird.

23 Die italienische Fassung beauftragt unserer Ansicht nach den Bundesrat, dafür zu sorgen, dass die Verwaltung ihre Aufgaben in Übereinstimmung mit dem Grundsatz der Rechtmässigkeit und den anderen klassischen Grundsätzen der Rechtsstaatlichkeit erfüllt. Der deutsche Begriff hingegen besagt, dass die Aufgaben der Verwaltung in erster Linie unter Berücksichtigung der festgelegten Ziele zu erfüllen sind; und führt damit eine Effizienzdimension ein. Der in der französischen Fassung verwendete Begriff bezieht sich unserer Meinung nach auf den Begriff der **«guten Verwaltung»**, der insbesondere in mehreren ausländischen Rechtsordnungen sowie in der Rechtsordnung der Europäischen Union bekannt ist und darauf abzielt, die Anforderungen der Rechtmässigkeit und der Effizienz des staatlichen Handelns in Einklang zu bringen. Die französische Fassung fasst somit die italienische und die deutsche Fassung zusammen und kann als Grundlage für einen echten Grundsatz der guten Verwaltung dienen. Daraus lässt sich schließen, dass die Aufgaben der Verwaltung unter Beachtung **sowohl des Grundsatzes der Rechtmäßigkeit als auch des Grundsatzes der Effizienz** wahrzunehmen sind, ohne den ersten Grundsatz zugunsten des zweiten zu vernachlässigen. Die Botschaft des Bundesrates bestätigt diese Auslegung und fügt den Begriff der Wirtschaftlichkeit hinzu, der sich jedoch nicht aus dem Verfassungstext ergibt und unserer Meinung nach keine Anforderung an die Erfüllung der Verwaltungsaufgaben darstellen sollte.

B. Absatz 2

Art. 178 Abs. 2 BV hält fest, dass die Bundesverwaltung **in Departemente** gegliedert ist und dass jedes Departement von einem Mitglied des Bundesrates geleitet wird. Damit knüpft er an Art. 177 Abs. 2 BV an, und es lässt sich eine gewisse Redundanz zwischen diesen beiden Artikeln nicht übersehen. 24

Art. 178 Abs. 2 BV hat jedoch den Vorteil, dass er die **Spannung** zwischen dem **Kollegialprinzip** einerseits und dem **Departementsprinzip** andererseits deutlich macht: Jedes Mitglied des Bundesrats ist nämlich gleichzeitig Mitglied des Regierungscollegiums und Vorsteherin oder Vorsteher ihres eigenen Departements. Es obliegt ihr oder ihm somit, die Vorschläge ihres Departements vor dem Kollegium individuell zu vertreten und als Mitglied des Bundesrats zu diesen Vorschlägen Stellung zu nehmen. In der Praxis besteht die Gefahr, dass jedes Mitglied des Regierungscollegiums den anderen stillschweigend Handlungsfreiheit zugesteht, um seine eigene zu wahren, sodass sich de facto eine gewisse Vorrangstellung der Departementalisierung gegenüber der Kollegialität herausbildet. Diese Tendenz spiegelt sich auch in der Verteilung der politischen Zuständigkeiten wider: Der Bundesrat ist zwar als Kollegium gegenüber der Bundesversammlung verantwortlich (Art. 169 Abs. 1 und Art. 187 Abs. 1 Bst. b BV), doch sind es oft seine Mitglieder, die öffentlich und individuell für die Misserfolge und Versäumnisse ihrer Departemente geradestehen müssen. Das Zusammenspiel dieser beiden Prinzipien sorgt jedoch für ein gewisses Gleichgewicht. 25

Konkret liegt die Zuständigkeit für die **Schaffung dieser Departemente** als grundlegende Bestimmung über die Organisation der Bundesverwaltung bei der Bundesversammlung (Art. 164 Abs. 1 Bst. g BV). Da die Verfassung die Zahl der Bundesratsmitglieder auf sieben festlegt (Art. 175 Abs. 1[1] BV) und jedes von ihnen ein Departement führt, schreibt der Verfassungsgeber formell eine Mindestzahl von **sieben Departementen** vor. Es ist nicht zu diskutieren, ob die Verfassung die Möglichkeit einer Erhöhung der Anzahl Departemente vorsieht, da deren zugrunde liegende Struktur flexibel ist: Der Bundesrat kann durch die Schaffung und Verteilung von Ämtern unter den Departementen Aufgaben und Zuständigkeiten frei zuweisen und dabei auf deren sachliche und politische Ausgewogenheit achten (Art. 43 Abs. 3 VOG). Diese zahlenmäßige Stabilität führt jedoch dazu, dass unterschiedliche Aufgaben, 26

die in Nachbarländern üblicherweise auf mehrere *Ministerien* verteilt sind, in einem einzigen Departement zusammengefasst sind. So ist das Eidgenössische Departement des Innern (EDI) beispielsweise für Kultur, Gesundheitswesen, Statistik, Lebensmittelsicherheit und Sozialversicherungen zuständig.

27 Es sei noch darauf hingewiesen, dass die Verfassung keine Angaben zur **konkreten Aufteilung der Departemente** auf die Mitglieder des Bundesrats enthält. Es ist üblich, dass dieser darüber entscheidet, wobei jedes Mitglied in der Reihenfolge seines Dienstalters seinen Wunsch äußert.

28 Schliesslich enthält Art. 178 Abs. 2 BV auch keine Angaben dazu, was die **Leitung eines Departements** beinhaltet. Hier ist auf die obigen Ausführungen zur Weisungsbefugnis des Bundesrates gegenüber der zentralen Bundesverwaltung (N. 14 ff.) zu verweisen: In ähnlicher Weise und da das Prinzip der hierarchischen Unterordnung die gesamte zentrale Bundesverwaltung durchdringt, leitet das Mitglied des Bundesrats sein Departement mit Hilfe der Weisungs-, Weisungs-, Aufsichts- und gegebenenfalls Abberufungs- und Entlassungsbefugnisse. Es ist jedoch zu beachten, dass diese Leitung innerhalb des Rahmens erfolgt, der von der übergeordneten Instanz, d. h. dem Bundesrat, der die gesamte Bundesverwaltung leitet, vorgegeben ist (N. 14 ff.).

C. Absatz 3

29 Absatz 3 des Art. 29 Abs. 3 **legt die Voraussetzungen fest, unter denen die Zentralverwaltung auf die eigene Erfüllung der** ihr übertragenen Aufgaben verzichten und diese entweder an vom Bund kontrollierte Stellen, d. h. an die dezentrale Verwaltung im engeren Sinne (Dezentralisierung der Aufgabenausführung, *Ausgliederung*), oder an Privatpersonen im eigentlichen Sinne (Privatisierung der Aufgabenausführung oder funktionale Privatisierung von Aufgaben; *Auslagerung; Beleihung*). Art. 178 Abs. 3 BV befasst sich hingegen nicht mit der Privatisierung der Aufgabe selbst, d. h. der Aufgabe von Verwaltungsaufgaben.

30 Nach einer kurzen thematischen Einführung (1.) die Aufgabe der Verwaltung (2.), werden die möglichen Adressaten (3.) ermittelt und die Voraussetzungen für eine Auslagerung (4.) behandelt.

1. Ziele der Dezentralisierung im weiteren Sinne und Systematisierungsbestrebungen

In den letzten Jahrzehnten hat die Bundesverwaltung eine relativ starke Dezentralisierungs- und funktionale Privatisierungsbewegung erfahren, insbesondere im Namen des New Public Management (siehe Fußnote 39). Dieser Wandel begann zwar bereits vor der Verabschiedung der Bundesverfassung von 1999, doch gibt diese weder Aufschluss über das Ausmaß des Wandels noch zu den Gründen, die ihn erforderlich machen oder zumindest rechtfertigen, noch zu den möglichen Rechtsformen der dezentralisierten Einheiten. Die **Ziele**, die allgemein für die Auslagerung von Verwaltungsaufgaben angeführt werden, sind jedoch vielfältig: Effizienz, Wettbewerbsfähigkeit, Bürgernähe, Zusammenarbeit zwischen Staat, Privatwirtschaft und Bürgern, Flexibilität oder Reaktionsfähigkeit. Nachdem die Strömung des New Public Management ihren Höhepunkt überschritten hat, kommen in der Lehre Zweifel auf, ob die Auslagerung von Verwaltungsaufgaben all diese Versprechen einhalten kann. Ein kürzlich veröffentlichter Bericht über die Unangemessenheit der privatrechtlichen Aktiengesellschaftsform für die RUAG MRO Holding AG könnte ein Vorbote für einen Trend zur Re-Internalisierung sein. 31

Was die Wahl der **Rechts- und Organisationsform** einer dezentralen Einheit betrifft, hatte sich der Bundesrat um die Wende zum 20. Jahrhundert, ebenfalls beeinflusst vom New Public Management, auf das sogenannte Vier-Kreise-Modell bezogen. Dieses – «rein deskriptive» – Modell unterteilt die verschiedenen dezentralen Formen entsprechend ihrem Autonomiegrad in vier Kreise. Im Bericht zur Unternehmensführung von 2006 und dessen Ergänzung von 2009 hat der Bundesrat dieses Modell verfeinert und eine Typologie staatlicher Aufgaben vorgeschlagen, die als Leitfaden für die Dezentralisierung dienen und diese rationalisieren sollte. Diese Systematisierungsbemühungen haben jedoch nicht zu den erhofften Ergebnissen geführt. Das Rezept gegen die «wachsende Unzufriedenheit» mit dem Fehlen einheitlicher Kriterien für die Dezentralisierung ist noch nicht gefunden. Vielmehr muss festgestellt werden, dass die Wahl der Organisations- oder Rechtsform nach wie vor oft nach ideologischen oder psychologischen Kriterien oder nach aktuellen Trends in der Verwaltungswissenschaft erfolgt. Insbesondere im Namen einer verstärkten Flexibilisierung, einer größeren Verwaltungsautonomie, einer Entpolitisierung 32

der Aufgabenwahrnehmung oder einer «besseren Marktorientierung» wird auch heute noch eine Präferenz für privatrechtliche Formen bevorzugt, obwohl öffentlich-rechtliche Formen die gleichen Ziele erreichen können. In der Schweiz gibt es daher heute keinen allgemeinen theoretischen Rahmen und keine Systematik für die Dezentralisierung.

2. Die Aufgabe der Verwaltung: Gegenstand der Auslagerung

33 In Ermangelung einer verfassungsrechtlichen Definition der Aufgaben der Verwaltung, die Gegenstand der in Art. 178 Abs. 3 BV vorgesehenen Auslagerung sind, sind diese als alle **Aufgaben zu definieren, die dem Staat durch die Verfassung oder das Gesetz übertragen sind und weder der Legislative noch der Judikative** zugewiesen sind. Aus der Auslegung des Gesetzes lässt sich ableiten, dass eine bestimmte Aufgabe eine Aufgabe der Verwaltung darstellt. Die Schaffung oder das Bestehen einer solchen Aufgabe beinhaltet für die Verwaltung zudem die Verpflichtung und Verantwortung, diese selbst auszuführen oder ihre Ausführung zu delegieren.

34 Die Aufgaben der Verwaltung lassen sich auf die klassische Exekutivtätigkeit, d. h. die Anwendung von Rechtsnormen auf konkrete Sachverhalte, zusammenfassen. Sie können jedoch auch **normative Tätigkeiten** umfassen, was die Frage aufwirft, ob diese ausgelagert werden können. Die Antwort ist *a priori* positiv: Weder Art. 178 Abs. 3 BV noch andere Bestimmungen der Verfassung, insbesondere Art. 164 Abs. 2 BV, schliessen die Auslagerung normativer Tätigkeiten aus. Die Rechtsprechung und die Lehre lassen dies jedoch nur für sekundäre Normen zu, d. h. für Bestimmungen von untergeordneter Bedeutung, die in einer Ausführungsverordnung enthalten sein könnten.

35 Für die Einstufung als Verwaltungsaufgabe ist unerheblich, *wie*, d. h. mit welchen Mitteln und Instrumenten des öffentlichen Handelns, die Aufgabe ausgeführt wird oder werden soll. Es ist auch nicht wichtig, die Art der Aufgabe zu kennen oder sie einer der im Bericht über die Unternehmensführung definierten Kategorien zuzuordnen (vgl. N. 32). Die spezifischere Art der Aufgabe kann hingegen gegebenenfalls Einfluss auf die Wahl der zu treffenden Überwachungsmaßnahmen haben, insbesondere bei Aufgaben wirtschaftlicher Art.

Anschließend stellt sich zwangsläufig die Frage, ob bestimmte Aufgaben, obwohl sie „Verwaltungsaufgaben" sind, **von der Auslagerung**, insbesondere von der Übertragung an Privatpersonen im eigentlichen Sinne, ausgeschlossen sind. Während die Verfassung selbst keine ausdrücklichen materiellen Grenzen für die Auslagerung von Verwaltungsaufgaben setzt, scheint sich die Lehre ziemlich einhellig dafür auszusprechen, dass es Aufgaben gibt, die so untrennbar mit dem Staat verbunden sind – insbesondere solche, die mit dem Monopol der legitimen Gewalt verbunden sind –, dass sie nicht delegierbar sind, ohne dass jedoch ein Konsens über die konkreten nicht delegierbaren Aufgaben besteht. Diese Theorie wird jedoch in der Praxis oft nicht befolgt, die in Bezug auf auslagerbare Aufgaben liberaler zu sein scheint. So wurden beispielsweise die Zuständigkeit für die Verhängung von Ordnungsbussen, die Überwachung des Luftverkehrs oder die Aufgabe der Unterbringung von Asylsuchenden ausgelagert. 36

Zu erwähnen ist noch, dass die Bundesverfassung neben dem Begriff der Verwaltungsaufgaben an anderer Stelle von «staatlichen Aufgaben» (Art. 5*a*, 43*a* BV) und «Aufgaben des Staates» (Art. 6, 35 Abs. 2, 43*a* Abs. 5 BV) oder auch von «Aufgaben des Bundes» (Art. 187 I a BV). Die Bundesgesetzgebung enthält noch weitere **terminologische Varianten**, insbesondere «Verwaltungsaufgabe», «öffentliche Aufgabe» und «öffentlich-rechtliche Aufgabe». Nachdem oben der Begriff der Verwaltungsaufgabe gemäss Art. 178 Abs. 3 BV definiert wurde, ist es hier nicht erforderlich, die Beziehungen und Überschneidungen zwischen den verschiedenen Begriffen im Detail zu untersuchen. Es genügt, die Zusammenhänge zwischen Art. 178 Abs. 3 und den Art. 35 Abs. 2 und 187 Abs. 1 Bst. a BV. So ist der Begriff «Aufgabe der Verwaltung», wenn er nicht als Synonym verstanden wird, zumindest Teil des in Art. 35 Abs. 2 BV verwendeten Begriffs «staatliche Aufgabe»: Denn ist unbestritten, dass jede dezentrale Stelle und jede mit einer öffentlichen Aufgabe betraute Person verpflichtet ist, die Grundrechte zu achten und zu ihrer Verwirklichung beizutragen (siehe unten N. 47). Ebenso ist der Bundesrat nach Art. 187 Abs. 1 Bst. a BV zweifellos befugt, die Organe und Personen zu beaufsichtigen, denen Verwaltungsaufgaben übertragen sind, auch wenn dieser Artikel von Aufgaben des Bundes spricht. 37

Schliesslich ist die Verwaltungsaufgabe von anderen, teilweise verwandten Begriffen zu unterscheiden. Wenn der Staat beschliesst, Güter oder Dienstleistungen (z. B. IT-Ausrüstung, Reinigungsdienste oder juristische 38

Dienstleistungen) zu erwerben, stellt die *Produktion* der Güter oder die *Erbringung* der Dienstleistungen durch den Auftragnehmer eine **Verwaltungshilfstätigkeit** (*Hilfstätigkeit*, *Bedarfsverwaltung*) und keine Verwaltungsaufgabe dar. Die Abgrenzung zwischen Verwaltungsaufgaben und Hilfstätigkeiten ist zwar theoretisch mehr oder weniger nachvollziehbar, in der Praxis jedoch nicht so eindeutig. Zweitens erfolgt die Auslagerung der Ausübung monopolistischer Tätigkeiten in der Regel durch **Konzessionen**. Die so konzessionierten Tätigkeiten können, müssen aber nicht öffentliche Aufgaben darstellen. Im ersten Fall spricht die Lehre von einer Konzession für öffentliche Dienstleistungen; die Bedingungen für die Auslagerung von Verwaltungsaufgaben gelten dann in vollem Umfang. Schließlich gibt die Gewährung einer **Subvention** an eine Privatperson für die Wahrnehmung einer bestimmten Aufgabe noch keinen Aufschluss über die Art dieser Aufgabe: Es kann sich um eine an den Privatsektor delegierte Verwaltungsaufgabe handeln, aber ebenso um eine Aufgabe von öffentlichem Interesse, bei der sich die Intervention des Staates auf die Gewährung der Subvention beschränkt.

3. Die Empfänger der Auslagerung von Verwaltungsaufgaben

39 Art. 178 Abs. 3 BV befasst sich mit der Auslagerung von Aufgaben an Stellen oder Personen, die «der Bundesverwaltung nicht angehören». Diese Formulierung ist unglücklich: Sobald sie Verwaltungsaufgaben wahrnehmen, sind alle Organe oder Personen, unabhängig davon, ob sie öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich organisiert sind, staatlich kontrolliert oder nicht, «Inhaber von Verwaltungsbefugnissen» , also *Verwaltungsträger* (siehe oben N. 6), und gehören somit zur dezentralen Verwaltung im weiteren Sinne. Aus Gründen der Klarheit hätte daher präzisiert werden müssen, dass die in Art. 178 Abs. 3 BV genannten Stellen und Personen der *zentralen* Bundesverwaltung nicht angehören (siehe oben N. 11).

40 Wie bereits erwähnt, wird bei den Adressaten der Auslagerung von Verwaltungsaufgaben im Allgemeinen zwischen **den vom Bund kontrollierten Stellen** (dezentrale Verwaltung im engeren Sinne) und Privatpersonen im eigentlichen Sinne unterschieden. Zu ersteren ist anzumerken, dass die Verfassung die Möglichkeit ihrer Schaffung nicht ausdrücklich vorsieht; Ihre Existenz ist jedoch an mehreren Stellen der Verfassung implizit vorgesehen, insbesondere in Art. 178 Abs. 3 BV. Es besteht

zudem kein Zweifel, dass die Schaffung dezentralisierter Einheiten ebenso wie die Auslagerung von Verwaltungsaufgaben an diese Einheiten der Grundvoraussetzung der gesetzlichen Grundlage unterliegt. Es ist im Übrigen durchaus denkbar, dass eine Verwaltungsaufgabe durch dasselbe Gesetz geschaffen wird, das die dezentrale Einrichtung begründet und ihr die Aufgabe überträgt; Art. 178 Abs. 3 BV verlangt also keineswegs, dass eine Verwaltungsaufgabe zunächst von der Zentralverwaltung wahrgenommen werden muss, bevor sie übertragen werden kann. Schliesslich verweisen wir für die Formen der dezentralen Einheiten auf die N. 8 ff. oben.

Wenn die Einheit nicht vom Staat kontrolliert wird, spricht man von einer Übertragung von Verwaltungsaufgaben an **Privatpersonen im eigentlichen Sinne** (*Auslagerung; Beleihung*). Hier stellt sich eine andere Frage, da die privaten Beauftragten in der Regel bereits vor der Übertragung der Aufgaben existieren. Diese Form der Auslagerung wirft jedoch andere Fragen auf, insbesondere die bereits angesprochenen Fragen der Ausführung von Aufgaben, die untrennbar mit dem Staat verbunden sind, oder von normativen Aufgaben (N. 34 und N. 36). *A priori* kann jede natürliche oder juristische Person mit Verwaltungsaufgaben betraut werden. In der Regel werden jedoch juristische Personen (alle Arten von Gesellschaften, Vereinigungen oder privatrechtlichen Stiftungen) mit einer solchen Aufgabe betraut, schon allein deshalb, weil dies in den einschlägigen Rechtsvorschriften vorgesehen ist. 41

4. Voraussetzungen für die Auslagerung von Verwaltungsaufgaben

a. Formelle Rechtsgrundlage

Art. 178 Abs. 3 BV sieht vor, dass jede Auslagerung durch «Gesetz» vorgesehen sein muss. Das Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage gilt unabhängig von der Rechtsform des Auslagerungsempfängers und davon, ob dieser vom Bund kontrolliert wird oder nicht. Über den Verfassungstext hinaus spiegelt das Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage nach Ansicht des Bundesgerichts «**ein allgemeiner Grundsatz des öffentlichen Rechts**» wider, der in der gesamten schweizerischen Rechtsordnung gilt. 42

Die Auslagerung von Verwaltungsaufgaben muss mindestens auf einem **Gesetz im formellen Sinne**, d. h. einem Bundesgesetz oder einer Verfassungsbestimmung, beruhen. Der Verfassungsgeber wollte damit sicherstellen, dass jede Auslagerung von der Bundesversammlung diskutiert 43

und genehmigt und einem fakultativen oder sogar obligatorischen Referendum unterstellt wird. Diese strenge Anforderung einer formellen Rechtsgrundlage ist dadurch gerechtfertigt, dass bei einer Auslagerung sowohl die Bundesversammlung als auch der Bundesrat einen Teil ihrer Kontrollbefugnisse verlieren: Die Bundesversammlung wird in ihrer Aufsichtsfunktion über die Regierung eingeschränkt, und der Bundesrat verliert die hierarchische Kontrolle über die beauftragte Stelle. Das Volk behält seinerseits die Möglichkeit, sich einer Auslagerung durch ein Referendum zu widersetzen. Das Erfordernis einer formellen Rechtsgrundlage gewährleistet somit eine starke demokratische Legitimität für jede Auslagerung von Verwaltungsaufgaben.

44 Bei den Vorarbeiten zur neuen Verfassung wurde **eine Lockerung der Grunderfordernis diskutiert**. Konkret hatten die politischen Institutionen der beiden Kammern eine Fassung von Art. 178 Abs. 3 BV vorgeschlagen. – die bereits im Expertenbericht «Müller» vorgeschlagen worden war und vorsah, dass die Bundesversammlung ein Rahmengesetz erlässt, das es dem Bundesrat ermöglicht, Verwaltungsaufgaben per Verordnung auszulagern. Dieser Vorschlag wurde jedoch in den Beratungen nicht angenommen, sodass die ursprüngliche Fassung des Bundesrates in die aktuelle Verfassung aufgenommen wurde. Obwohl die Theorien des New Public Management damals auf dem Höhepunkt ihrer Popularität standen, fanden sie somit keinen Eingang in Art. 178 Abs. 3 BV.

45 Nach Rechtsprechung und Lehre muss die gesetzliche Grundlage **hinreichend präzise und speziell** sein, d. h. sie muss sich auf einen bestimmten Rechtsbereich beziehen. Aus dem Verfassungstext ergibt sich ohne Weiteres, dass die gesetzliche Grundlage als Mindestinhalt den Grundsatz der Auslagerung – der oft eher in einer Ermächtigung, einer *Kann-Bestimmung*, als in einer Verpflichtung zur Auslagerung besteht – sowie die Aufgabe der Verwaltung, die ausgelagert werden soll, enthalten muss. Was die auszulagernde Aufgabe betrifft, so verlangen der Grundsatz der Rechtmäßigkeit und der sich daraus ergebende Grundsatz der Spezialität, dass sie hinreichend beschrieben und abgegrenzt ist. Damit soll vermieden werden, dass eine Stelle außerhalb der Zentralverwaltung zu viele Zuständigkeiten erhält und zu einem eigenständigen Machtzentrum wird. Über diesen Mindestinhalt hinaus hängt die von der Verfassung geforderte **normative Dichte** der einschlägigen Rechtsgrundlage von der Art der

auszulagernden Aufgabe ab. Generell gelten höhere Anforderungen, wenn die Aufgabe mit hoheitlichen Befugnissen verbunden ist oder Grundrechte oder Rechte und Pflichten der Bürger betrifft. So sind die Anforderungen an die Rechtsgrundlage bei der Übertragung von Polizeiaufgaben besonders hoch. Auch wenn der Empfänger befugt sein muss, Verwaltungsentscheidungen zu treffen – ein Hoheitsprivileg der öffentlichen Gewalt –, muss die Rechtsgrundlage dies grundsätzlich ausdrücklich vorsehen; nach der Rechtsprechung kann eine solche Befugnis jedoch ausnahmsweise durch Auslegung des Textes abgeleitet werden. Eine solche Ableitung durch Auslegung sollte unserer Meinung nach jedoch nur in äußerst engen Grenzen zulässig sein, um die Rechtssicherheit zu gewährleisten. Über diese verfassungsrechtlichen Anforderungen hinaus wäre es wünschenswert, dass die Rechtsgrundlage alle weiteren Elemente enthält, die der Gesetzgeber im konkreten Fall für erforderlich hält, wie beispielsweise Grundsätze oder Durchführungsbestimmungen. Anschließend kann der **Adressat** direkt in der Rechtsgrundlage angegeben werden: Dies wird häufig der Fall sein, wenn die Auslagerung an dezentrale Stellen unter der Kontrolle des Bundes erfolgt, die gegebenenfalls durch denselben Gesetzestext geschaffen wurden. Wird die Aufgabe der Verwaltung an eine Privatperson übertragen, enthält das (formelle) Gesetz oft nur die Möglichkeit, die Aufgabe an einen Dritten zu delegieren. Nach der Auswahl der Privatperson wird deren Identität in einem Verwaltungsbeschluss oder einem Vertrag festgehalten. Schliesslich schliesst das Erfordernis einer formellen Rechtsgrundlage nicht aus, dass der Gesetzgeber unter Beachtung von Art. 164 Abs. 2 BV die Befugnis zum Erlass von Rechtsvorschriften über die Einzelheiten der Auslagerung, insbesondere über die auszulagernden Aufgaben, aus.

Enthält das formelle Gesetz nicht genügend Elemente für die Auslagerung von Verwaltungsaufgaben, insbesondere hinsichtlich der Modalitäten der Aufgabenausführung, wird es **in der Regel durch einen Verwaltungsbeschluss, eine Konzession oder einen Vertrag** ergänzt; letzterer wird häufig als Auftrag oder Dienstleistungsvertrag bezeichnet. 46

b. Weitere Voraussetzungen

47 Während Art. 178 Abs. 3 BV die formelle Rechtsgrundlage als einzige Voraussetzung für die Auslagerung von Verwaltungsaufgaben vorsieht, ergeben sich weitere Voraussetzungen aus dem Verfassungstext.

- So muss die Auslagerung durch ein **öffentliches Interesse** gerechtfertigt sein (Art. 5 Abs. 2 Cst.), eine Bedingung, die insbesondere dann zu Interessenkonflikten führen kann, wenn der Empfänger eine (auch) gewinnorientierte Handelsgesellschaft ist.
- Sie muss **im Verhältnis zum angestrebten Ziel** stehen (Art. 5 Abs. 2 Cst.). Dies bedeutet insbesondere, dass der ausgewählte Empfänger die Erfüllung der Verwaltungsaufgaben während der gesamten erforderlichen Dauer gewährleisten kann.
- Der Empfänger der Auslagerung muss unter Wahrung des Grundsatzes der **Wettbewerbsneutralität des Staates** (Art. 94 BV) sowie des Grundsatzes der **Gleichbehandlung** der Wettbewerber (Art. 27 BV) ausgewählt werden.
- Bei einer Auslagerung von Verwaltungsaufgaben muss die zentrale Verwaltung sicherstellen, dass die **Grundrechte** (Art. 35 Abs. 2 BV), darunter insbesondere die **allgemeinen Verfahrensrechte** (Art. 29 BV) und der **Zugang zu einer gerichtlichen Instanz** (Art. 29a BV), bei der Erfüllung der Aufgaben durch den Empfänger gewährleistet sind.
- Schliesslich werden bei einer Auslagerung von Verwaltungsaufgaben diese von Stellen ausgeführt, die keiner hierarchischen Weisungsgewalt unterstehen. Eine **angemessene Aufsicht** über die Empfänger und die Art und Weise, wie sie die Aufgaben ausführen (Art. 187 Abs. 1 lit. a BV), muss daher gewährleistet sein.

Über die Autoren

Dominique Hänni ist assoziierte Professorin für Verwaltungsrecht am Institut für höhere Studien in öffentlicher Verwaltung (IDHEAP) der Universität Lausanne und Gerichtsschreiberin am I. Publiz- und Privatrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts (dominique.haenni@unil.ch).

Marine Albertini ist Rechtsanwältin und Doktorandin am Institut für höhere Studien in öffentlicher Verwaltung (IDHEAP) der Universität Lausanne (marine.albertini@unil.ch).

EMPFOHLENE WEITERFÜHRENDE LEKTÜRE

Biaggini Giovanni, Commentaire de l'art. 178 Cst., in : Ehrenzeller Bernhard et al. (édit.), Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4e éd., Zürich 2023 (SGK-Biaggini, Art. 178 Cst.).

Elser Dominik, Die privatisierte Erfüllung staatlicher Aufgaben, Thèse, Zürich 2020.

Favre Anne-Christine, La délégation d'activités non économiques ou « à caractère ministériel », in : Favre Anne-Christine/Martenet Vincent/Poltier Etienne (édit.), La délégation d'activités étatiques au secteur privé, Genève/Zurich/Bâle 2016, pp. 145-192.

Moor Pierre/Bellanger François/Tanquerel Thierry, Droit administratif, Vol. III : L'organisation des activités administratives. Les biens de l'État, 2e éd., Berne 2018.

Müller Markus, Commentaire de l'art. 178 Cst., in : Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (édit.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Bâle 2015 (BSK-Müller, Art. 178 Cst.).

Poltier Etienne, Commentaire de l'art. 178 Cst., in : Martenet Vincent/ Dubey Jacques (édit.), Commentaire romand de la Constitution fédérale, Bâle 2021 (CR-Poltier, Art. 178 Cst.).

Tschannen Pierre, Zentral, dezentral, ausserhalb – oder: Wie zeichne ich das Organigramm der Bundesverwaltung ?, in : Rüssli Markus/Hänni Julia/Häggi-Furrer Reto (édit.), Festschrift für Tobias Jaag, Zürich 2012, pp. 517-531 (Tschannen, Zentral).

Tschannen Pierre, Hoheitliches Handeln von Privaten, in : Boillet Véronique / Favre Anne-Christine / Martenet Vincent (édit.), Mélanges en l'honneur du Professeur Etienne Poltier, Genève/Bâle/Zurich 2020, pp. 781-798 (Tschannen, Hoheitlich).

Tschannen Pierre/Müller Markus/Kern Markus, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5e éd., Berne 2022.

Vogel Stefan, Einheit der Verwaltung – Verwaltungseinheiten, Zürich 2008.

LITERATURVERZEICHNIS

Biaggini Giovanni, Commentaire de l'art. 178 Cst., in : Ehrenzeller Bernhard et al. (édit.), Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4e éd., Zürich 2023 (SGK-Biaggini, Art. 178 Cst.).

Carrel Matthieu, Commentaire de l'art. 177 Cst., in : Martenet Vincent/Dubey Jacques (édit.), Commentaire romand de la Constitution fédérale, Bâle 2021 (CR-Carrel, Art. 177 Cst.)

Ehrenzeller Bernhard, Commentaire de l'art. 174 Cst., in : Ehrenzeller Bernhard et al. (édit.), Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4e éd., Zürich 2023 (SGK-Ehrenzeller, Art. 174 Cst.).

Ehrenzeller Bernhard, Commentaire de l'art. 177 Cst., in : Ehrenzeller Bernhard et al. (édit.), Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4e éd., Zürich 2023 (SGK-Ehrenzeller, Art. 177 Cst.).

Ehrenzeller Kaspar, Commentaire de l'art. 169 Cst., in : Ehrenzeller Bernhard et al. (édit.), Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4e éd., Zürich 2023 (SGK-Ehrenzeller, Art. 169 Cst.).

Elser Dominik, Die privatisierte Erfüllungstaatlicher Aufgaben, Thèse, Zürich 2020.

Favre Anne-Christine, La délégation d'activités non économiques ou « à caractère ministériel », in : Favre Anne-Christine/Martenet Vincent/Poltier Etienne, La délégation d'activités étatiques au secteur privé, Genève/Zurich/Bâle 2016, pp. 145-192.

Grisel Etienne, Gouvernement suisse, Berne 2010.

Häfelin Ulrich/Müller Georg/Uhlmann Felix, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8e éd., Zurich/St-Gall 2020.

Hänni Dominique, Vers un principe d'intégrité de l'administration publique : la prévention de la corruption en droit administratif, Thèse, Genève 2019.

Häggi Furrer Reto/Merker Michael, Commentaire de l'art. 169 Cst., in : Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (édit.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Bâle 2015 (BSK-Häggi Furrer/Merker, Art. 169

Cst.).Martenet Vincent, La Constitution et l'économie, in : Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (édit.), Droit constitutionnel suisse Vol. III, Zurich 2020, pp. 2061-2090.

Moor Pierre, Les états du droit administratif, in : Piotet Denis/Tappy Denis (édit.), Recueil de travaux en l'honneur du Professeur Suzette Sandoz, Genève 2006, pp. 69-84.

Moor Pierre/Poltier Etienne, Droit administratif, Vol. II : Les actes administratifs et leur contrôle, 3e éd., Berne 2011.

Moor Pierre/Flückiger Alexandre/Martenet Vincent, Droit administratif, Vol. I : Les fondements généraux, 3e éd., Berne 2012.

Moor Pierre/Bellanger François/Tanquerel Thierry, Droit administratif, Vol. III : L'organisation des activités administratives. Les biens de l'État, 2e éd., Berne 2018.

Müller Georg/Vogel Stefan, Rechtsgutachten betreffend Aufsicht und Oberaufsicht über verselbständigte Träger von öffentlichen Aufgaben, insbesondere Regionale Spitalzentren, in : SVVOR 2011, p. 5 s.

Müller Markus, Commentaire de l'art. 174 Cst., in : Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (édit.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Bâle 2015 (BSK-Müller, Art. 174 Cst.).

Müller Markus, Commentaire de l'art. 177 Cst., in : Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (édit.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Bâle 2015 (BSK-Müller, Art. 177 Cst.).

Müller Markus, Commentaire de l'art. 178 Cst., in : Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (édit.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Bâle 2015 (BSK-Müller, Art. 178 Cst.).

Müller Markus, Commentaire de l'art. 187 Cst., in : Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (édit.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Bâle 2015 (BSK-Müller, Art. 187 Cst.).

Müller Markus/Friederich Ueli, Aufsicht und Oberaufsicht über «andere Träger öffentlicher Aufgaben» : Ausgewählte Fragen zur Beaufsichtigung staatlicher Aktiengesellschaften, am Beispiel des Kantons Bern, in :

Verwaltungsorganisationsrecht – Staatshaftungsrecht – öffentliches Dienstrecht, Berne 2022, pp. 67-91.

Neuenschwander Anouk, Commentaire de l'art. 169 Cst., in : Martenet Vincent/Dubey Jacques (édit.), Commentaire romand de la Constitution fédérale, Bâle 2021 (CR-Neuenschwander, Art. 169 Cst.).

Poltier etienne, La surveillance des entités décentralisées, in : Bellanger François/Tanquerel Thierry (édit.), Surveillance et contrôles de l'administration, Genève/Zürich 2008, pp. 67-109 (Poltier, Surveillance).

Poltier Etienne, L'évolution du droit administratif suisse, in : Hertig Randall/ Flückiger Alexandre (édit.), Etudes en l'honneur du Professeur Thierry Tanquerel, Genève 2019, pp. 251-258 (Poltier, Evolution).

Poltier Etienne, Commentaire de l'art. 178 Cst., in : Martenet Vincent/ Dubey Jacques (édit.), Commentaire romand de la Constitution fédérale, Bâle 2021 (CR-Poltier, Art. 178 Cst.).

Rütsche Bernhard, Was sind öffentliche Aufgaben ?, *recht* 4 (2013), pp. 153-162.

Sägesser thomas, Commentaire de l'art. 8 RVOG, 2e éd., Berne 2022.

Schedler Kuno/Müller Roland/Sonderegger Roger, Führung, Steuerung und Aufsicht von öffentlichen Unternehmen, 3e éd., Berne 2016.

Soguel Nils/Bundi Pirmin/Mettler Tobias/Weerts Sophie, Modèle IDHEAP d'administration publique : vue d'ensemble, in : Soguel Nils/Bundi Pirmin/ Mettler Tobias/Weerts Sophie (édit.), Comprendre et concevoir l'administration publique, Lausanne 2023.

Schibli Robert, Der öffentliche-rechtliche Auftrag, Thèse, Zürich 2023.

Stöckli Andreas, Behördenmitglieder in den obersten Führungs- und Aufsichtsgremien von öffentlichen Unternehmen, Berne 2012, pp.118-123 (stöckli, Behördenmitglieder).

Stöckli andreas, Bundesrat und Bundesverwaltung, in : Maya Hertig Randall/ Benjamin Schindler/Oliver Diggelmann (édit.), Droit constitutionnel suisse, Vol. III, Zürich/Bâle/Genève 2020, pp. 1723-1756 (stöckli, Bundesrat).

Tanquerel Thierry, Manuel de droit administratif, 2e éd., Zürich 2018.

Tschannen Pierre, Zentral, dezentral, ausserhalb – oder: Wie zeichne ich das Organigramm der Bundesverwaltung ?, in : Rüssli Markus/Hänni Julia/Häggi-Furrer Reto (édit.), Festschrift für Tobias Jaag, Zürich 2012, pp. 517-531 (Tschannen, Zentral).

Tschannen Pierre, Hoheitliches Handeln von Privaten, in : Boillet Véronique / Favre Anne-Christine / Martenet Vincent (édit.), Mélanges en l'honneur du Professeur Etienne Poltier, Genève/Bâle/Zurich 2020, pp. 781-798 (Tschannen, Hoheitlich).

Tschannen Pierre, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 5e éd., Berne 2021 (Tschannen, Staatsrecht).

Tschannen Pierre/Müller Markus/Kern Markus, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5e éd., Berne 2022.

Vogel Stefan, Einheit der Verwaltung – Verwaltungseinheiten, Zürich 2008.

Waldmann Bernhard/Küng Martin D., Beleihung und Konzession, in : Boillet Véronique/Favre Anne-Christine/Martenet Vincent, Le droit public en mouvement. Mélanges en l'honneur du Professeur Etienne Poltier, Genève/Bâle/Zurich 2020, pp. 799-814.

MATERIALIENVERZEICHNIS

Assemblée fédérale, Arrêté fédéral sur la révision totale de la constitution fédérale du 3. 6. 1987, FF 1987 II 977.

Débats au Conseil national, Bulletin Officiel de l'Assemblée fédérale, 1997, BO 1997 CN 302-318, BO 1996 CE 931-947, BO 1997 CN 302-318.

Débats au Conseil des Etats, Bulletin Officiel de l'Assemblée fédérale, 1996, BO 1996 CE 931-847.

Débats au Conseil national, Bulletin Officiel de l'Assemblée fédérale, 1998, tiré à part, BO CN 111-113.

Débats au Conseil des Etats, Bulletin Officiel de l'Assemblée fédérale, 1998, tiré à part, BO CN 144.

Dumermuth Martin, Welche Rechtsform für die RUAG? Eine Auslegeordnung. Gutachten zu Handen des Eidgenössischen Departements für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport (VBS), Bern 18. 11. 2024.

Conseil fédéral, Message relatif à une nouvelle constitution fédérale du 20.11.1996, FF 1997 I (Message Cst. 1996).

Conseil fédéral, Avis sur le rapport de la Commission d'enquête parlementaire concernant les problèmes relatifs à l'organisation et à la conduire de la CFP du 13. 11. 1996, FF 1997 III 103.

Rapport sur le gouvernement d'entreprise, FF 2006 7899.

Rapport du Conseil fédéral complétant le rapport sur le gouvernement d'entreprise, FF 2009 2299.

Rapport de la commission d'experts instituée par les Commissions des institutions politiques des Chambres fédérales du 15. 12. 1995, « La répartition des compétences entre l'Assemblée fédérale et le Conseil fédéral », FF 1996 II 413 (Rapport d'experts « Müller »).

Rapport complémentaire des Commissions des institutions politiques des Chambres fédérales du 6.3.1997 relatif à la réforme de la constitution, intitulé « Assemblée fédérale. Organisation, procédure, rapports avec le Conseil fédéral », FF 1997 II 243.

Réforme de la Constitution fédérale. Projets des Commissions de la révision constitutionnelle des Chambres fédérale, FF 1998 I 286, 347 ss (CN) et p. 411 ss (CE).

ACHTUNG: Diese Version des Kommentars ist eine automatische maschinelle Übersetzung des Originals. Die Originalversion ist französisch. Die Übersetzung wurde mit www.deepl.com durchgeführt. Nur die Originalversion ist autoritativ. Die übersetzte Form des Kommentars kann nicht zitiert werden.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 189 BV

Eine Kommentierung von Jérôme Gurtner

ZITIERVORSCHLAG

Jérôme Gurtner, Kommentierung zu Art. 189 BV, in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (Hrsg.), Onlinekommentar zur Bundesverfassung

Kurzzitat: OK-Gurtner, Art. 189 BV N. XXX.

Art. 189 Zuständigkeiten des Bundesgerichts

[1] Das Bundesgericht beurteilt Streitigkeiten wegen Verletzung:

a. von Bundesrecht;

b. von Völkerrecht;

c. von interkantonalem Recht;

d. von kantonalen verfassungsmässigen Rechten;

e. der Gemeindeautonomie und anderer Garantien der Kantone zu Gunsten von öffentlich-rechtlichen Körperschaften;

f. von eidgenössischen und kantonalen Bestimmungen über die politischen Rechte.

[1bis] ...

[2] Es beurteilt Streitigkeiten zwischen Bund und Kantonen oder zwischen Kantonen.

[3] Das Gesetz kann weitere Zuständigkeiten des Bundesgerichts begründen.

[4] Akte der Bundesversammlung und des Bundesrates können beim Bundesgericht nicht angefochten werden. Ausnahmen bestimmt das Gesetz.

GLIEDERUNG

I. Entstehungsgeschichte ... 1736
II. Hintergrund ... 1737
III. Eigentliche Kommentierung ... 1738
A. Gerichtsbarkeit und Kognition des Bundesgerichts (Abs. 1) ... 1739
1. Allgemeines ... 1739
2. Bundesrecht (Bst. a) ... 1742
3. Internationales Recht (Bst. b) ... 1745
4. Interkantonales Recht (Buchstabe c) ... 1751
5. Kantonale Verfassungsrechte (Bst. d) ... 1752
6. Gemeindeautonomie und andere kantonale Garantien (Buchstabe e) ... 1754
7. Politische Rechte (Bst. f) ... 1756
B. Zuständigkeit des Bundesgerichts bei Streitigkeiten zwischen Bund und Kantonen oder zwischen Kantonen (Abs. 2) ... 1757
1. Allgemeines ... 1757
2. Streitigkeiten ... 1759
a. Zwischen Bundes- und Kantonsbehörden ... 1759
b. Zwischen den Kantonen ... 1761
3. Einige Bemerkungen zur Rechtsprechung ... 1763
4. Verfassungsmässigkeit von Art. 120 Abs. 2 BGG ... 1764
C. Weitere Zuständigkeiten (Abs. 3) ... 1765
D. Handlungen der Bundesversammlung und des Bundesrates (Abs. 4) ... 1767
1. Grundsatz: Nichtanfechtbarkeit (erster Satz) ... 1767
2. Ausnahmen: Anfechtbarkeit (zweiter Satz) ... 1770
Empfohlene weiterführende Lektüre ... 1775
Literaturverzeichnis ... 1775

I. ENTSTEHUNGSGESCHICHTE

1 Die Zuständigkeiten des Bundesgerichts waren bereits in der Bundesverfassung von 1848 (Art. 101 bis 105 aBV) und später in derjenigen von 1874 (Art. 110 bis 114bis aBV) . Im Rahmen der Totalrevision der Bundesverfassung in den 1990er-Jahren legte der Bundesrat nacheinander mehrere Entwürfe vor, die mit den Buchstaben A, B und C bezeichnet wurden. Diese Methode sollte ein schrittweises Vorgehen ermöglichen: Der Entwurf A bestand aus einer Aktualisierung der Verfassung, der Entwurf B befasste sich mit bestimmten institutionellen Reformen, insbesondere den Volksrechten, und der Entwurf C zielte auf die Reform der Justiz ab. Der **Entwurf A** des Bundesbeschlusses sah **drei Bestimmungen** zu den Zuständigkeiten des Bundesgerichts vor (Art. 177 bis 179 des Entwurfs): Art. 177 betraf die Verfassungsgerichtsbarkeit, Art. 178 die Zivil-, Straf- und Verwaltungsgerichtsbarkeit und Art. 179 die eidgenössischen Schwurgerichte. Allerdings wurden nur die ersten beiden Bestimmungen in die Verfassung von 1999 aufgenommen, da Art. 179 als Teil der ordentlichen Gesetzgebung angesehen wurde. Der Text der neuen Verfassung, der von der Bundesversammlung auf der Grundlage des Entwurfs A verabschiedet wurde, wurde am 18. April 1999 in einer Volksabstimmung angenommen und trat am 1. Januar 2000 in Kraft. Zu diesem Zeitpunkt waren die Zuständigkeiten des Bundesgerichts weiterhin in **zwei Bestimmungen** aufgeteilt: Sie waren in Art. 189 aCst. («Verfassungsgerichtsbarkeit») und Art. 190 aCst. («Zivil-, Straf- und Verwaltungsgerichtsbarkeit») aufgeführt.

2 Die Aktualisierung durch die Verfassung von 1999 stellte jedoch nur eine Übergangsphase dar. Im Rahmen des **Entwurfs C** des Bundesbeschlusses über **die Reform der Justiz** schlug der Bundesrat vor, die Zuständigkeiten des Bundesgerichts in einer **einzigen Bestimmung** (Art. 177 des Entwurfs) zusammenzufassen, in der die Beschwerdegründe ohne Unterscheidung zwischen den verschiedenen Rechtsgebieten aufgezählt wurden. Die Bundesversammlung übernahm diese Bestimmung, nahm jedoch **zwei Änderungen** vor. Die erste Änderung war redaktioneller Natur und bestand darin, den Verweis auf «die Garantien, die die Kantone den Gemeinden gewähren» (Art. 177 Abs. 1 Bst. e des Entwurfs) durch einen ausdrücklichen Verweis auf «die Autonomie der Gemeinden» zu ersetzen » (Art. 189 Abs. 1 Bst. e BV). Die zweite Änderung war inhaltlicher Natur und betraf Art. 177 Abs. 4

des Entwurfs: Zu der Regel, wonach «[d]ie Handlungen der Bundesversammlung und des Bundesrates nicht vor das Bundesgericht gebracht werden können», fügten die eidgenössischen Räte einen zweiten Satz hinzu, der präzisiert, dass «[A]usnahmen werden durch Gesetz bestimmt» (Art. 189 Abs. 4 BV). In dieser geänderten Fassung wurde Art. 189 BV in der Volksabstimmung vom 12. März 2000 angenommen und trat am 1. Januar 2007 in Kraft.

Die Entwicklung von Art. 189 BV war anschliessend von einer gescheiterten Revision geprägt, die mit der Einführung der allgemeinen Volksinitiative in die Verfassung zusammenhing. Am 9. Februar 2003 nahmen Volk und Stände den Bundesbeschluss über die Revision der Volksrechte an. Dieser führte ein neues Instrument in die Verfassung ein, die **allgemeine Volksinitiative** (Art. 139*a* BV) eingeführt, die es 100'000 stimmberechtigten Bürgerinnen und Bürgern ermöglicht hätte, einen allgemein formulierten Entwurf für eine Verfassungs- oder Gesetzesänderung vorzuschlagen. Gemäss Art. 189 Abs. 1bis BV hätten Beschwerden wegen Nichtbeachtung des Inhalts und der Ziele einer allgemeinen Volksinitiative durch die Bundesversammlung vor das Bundesgericht gebracht werden können. Am 27. September 2009 haben das Volk und die Kantone jedoch einen neuen Bundesbeschluss zur Abschaffung der allgemeinen Volksinitiative angenommen, deren Umsetzung als zu komplex erachtet wurde. Diese Bestimmungen sind daher nie in Kraft getreten. 3

II. HINTERGRUND

Art. 189 BV ist in Kapitel 4 («Bundesgericht und andere Gerichtsbehörden») von Titel 5 («Bundesbehörden») der Bundesverfassung enthalten, der sieben Bestimmungen umfasst (Art. 188 bis 191*c* BV). Unter der Überschrift «Zuständigkeiten des Bundesgerichts» («Compétences du Tribunal fédéral», «Competenze del Tribunale federale») werden die **gerichtlichen** Zuständigkeiten dieser Behörde festgelegt. Seine Platzierung unmittelbar nach Art. 188 BV, der das Bundesgericht als «oberste richterliche Behörde der Eidgenossenschaft» (Abs. 1) festlegt, unterstreicht die besondere Bedeutung, die ihm der Verfassungsgeber beimessen wollte. 4

Bevor die Zuständigkeiten des Bundesgerichts im Einzelnen geprüft werden, sei daran erinnert, dass diese durch **drei wichtige Einschränkungen** 5

begrenzt sind, von denen zwei aus anderen Bestimmungen als Art. 189 Abs. 4 BV stammen:

- Einerseits können Handlungen der Bundesversammlung und des Bundesrates nicht vor das Bundesgericht gebracht werden (Art. 189 Abs. 4 BV). (vgl. N. 78 ff. *infra*);
- zum anderen sind das Bundesgericht und die anderen Behörden verpflichtet, die Bundesgesetze und das Völkerrecht anzuwenden (Art. 190 BV) (vgl. N. 79 ff. *infra*);
- Schliesslich kann der Zugang zum Bundesgericht, obwohl er durch die Bundesverfassung garantiert ist, durch den Gesetzgeber eingeschränkt werden (Art. 191 BV), indem ein Mindeststreitwert eingeführt, bestimmte Bereiche ausgeschlossen oder ein vereinfachtes Verfahren für offensichtlich unbegründete Beschwerden eingeführt wird.

6 Es ist noch anzumerken, dass sich diese Bestimmung, mit Ausnahme von Art. 189 Abs. 4 erster Satz BV, in erster Linie an den **Bundesgesetzgeber** richtet, der für ihre Umsetzung sorgen muss. So wurden Verfahrensfragen – wie Mindeststreitwerte, Vorinstanzen, Beschwerdelegitimation, Form und Inhalt der Schriftsätze oder auch die Beschwerdefristen – im BGG geregelt.

III. EIGENTLICHE KOMMENTIERUNG

7 Die Zuständigkeiten des Bundesgerichts sind **positiv definiert** (Abs. 1 und 2: Das Bundesgericht «ist zuständig für Streitigkeiten»; vgl. N. 12 ff. und N. 55 ff. *infra*), durch eine **Delegationsnorm** (Abs. 3: «Das Gesetz kann ihm weitere Zuständigkeiten übertragen»; vgl. N. 73 ff. *infra*) sowie **negativ** (Abs. 4: Bestimmte Handlungen «können nicht» vor das Bundesgericht gebracht werden; vgl. N. 78 ff. *infra*) festgelegt.

8 Absatz 1 zählt die **Gründe für** eine Beschwerde auf, aufgrund derer «Streitigkeiten» («contestations», «controversie») vor das Bundesgericht gebracht werden können. Diese betreffen die Verletzung von Bundesrecht, Völkerrecht, interkantonalem Recht, kantonalen Verfassungsrechten, der Gemeindeautonomie und der politischen Rechte (vgl. N. 17 ff. *infra*). Diese Beschwerdegründe sind im BGG aufgeführt, einige davon in einer anderen Reihenfolge (Art. 95 BGG), während die Verletzung der Gemeindeautonomie

in die Bestimmung über die Beschwerdelegitimation (Art. 89 Abs. 2 Bst. c BGG) verbannt wurde.

Absatz 2 präzisiert, dass das Bundesgericht über **Streitigkeiten** zwischen dem Bund und den Kantonen oder zwischen den Kantonen entscheidet (vgl. N. 55 ff. *infra*). Diese Bestimmung wird in Art. 120 BGG konkretisiert, wonach das Bundesgericht mit diesen Streitigkeiten «im einzigen Instanzverfahren» befasst wird (Abs. 1 Bst. a und b BGG), sofern nicht ein anderes Bundesgesetz eine Behörde ermächtigt, über solche Streitigkeiten zu entscheiden (Abs. 2). 9

Der in den Absätzen 1 und 2 festgelegte Katalog der Zuständigkeiten des Bundesgerichts ist nicht abschliessend; Absatz 3 ermöglicht es dem Gesetzgeber nämlich, ihm **weitere Zuständigkeiten** zu übertragen (vgl. N. 73 ff. *infra*). 10

Abs. 4 **schränkt** schliesslich die Möglichkeit ein, Handlungen der Bundesversammlung und des Bundesrates vor dem Bundesgericht anzufechten (vgl. N. 78 ff. *infra*). 11

A. Gerichtsbarkeit und Kognition des Bundesgerichts (Abs. 1)

1. Allgemeines

Bevor im Detail auf die Gründe für Beschwerden vor dem Bundesgericht eingegangen wird, sind vier allgemeine Vorbemerkungen anzubringen. 12

Der einleitende Satz von Absatz 1 präzisiert, dass das Bundesgericht für die Beurteilung von «**Anfechtungen** ». Diese sind rechtlicher Natur, auch wenn das Gesetz dies nicht ausdrücklich erwähnt. Daraus ergeben sich drei Konsequenzen. Erstens ist das Bundesgericht nicht zuständig für die Prüfung abstrakter oder theoretischer Fragen (vgl. N. 77 *infra*): Es muss sich um einen konkreten Rechtsstreit zwischen zwei oder mehreren Parteien handeln. Im ursprünglichen Sinne wird der Begriff «Streitigkeit» als «Anfechtung, die zu einem Gerichts- oder Schiedsverfahren führt» definiert. Zweitens wird das Bundesgericht nicht von Amts wegen tätig, wie es eine Aufsichtsbehörde für Rechtsanwälte tun würde, die Kenntnis von Tatsachen erhält, die einen Verstoss gegen die Berufsregeln darstellen könnten, sondern nur auf Antrag einer der Konfliktparteien. Drittens ist das Bundesgericht mangels gesetzlicher Grundlage nicht befugt, eine Schlichtungsverhandlung im Sinne eines formellen, vom Richter geleiteten Verfahrens zur aktiven Annäherung 13

der Parteien durchzuführen. Auch wenn es im Laufe des Verfahrens zu gütlichen Einigungen zwischen den Parteien kommen kann, handelt es sich dabei nicht um eine gerichtliche Schlichtung im eigentlichen Sinne.

14 Als oberstes Gericht ist das Bundesgericht Richter in **Rechtsfragen**, wie Absatz 1 bestätigt. Dagegen sind Rügen, die sich auf Tatsachen beziehen, vor ihm grundsätzlich unzulässig. Es entscheidet auf der Grundlage der von der Vorinstanz festgestellten Tatsachen (Art. 105 Abs. 1 BGG), vorbehaltlich der in Art. 105 Abs. 2 BGG vorgesehenen Fälle. Die beschwerdeführende Partei kann die in der angefochtenen Entscheidung enthaltenen Tatsachenfeststellungen nur beanstanden, wenn diese unter Verletzung des Rechts im Sinne von Art. 95 BGG (vgl. N. 8 *oben*) oder in offensichtlich unrichtiger Weise, d. h. willkürlich, getroffen wurden und wenn die Korrektur des Mangels geeignet ist, den Ausgang des Verfahrens zu beeinflussen (Art. 97 Abs. 1 BGG). Die Beschwerdeführerin muss ausführlich darlegen, inwiefern diese Voraussetzungen erfüllt sind. Andernfalls ist es dem Bundesgericht nicht möglich, einen Sachverhalt zu berücksichtigen, der von dem in der angefochtenen Verfügung enthaltenen Sachverhalt abweicht. Eine weitere Ausnahme von der Unzulässigkeit von Sachbeschwerden besteht, wenn die angefochtene Entscheidung die Gewährung oder Verweigerung von Geldleistungen der Unfallversicherung oder der Militärversicherung betrifft; in diesen Fällen ist das Bundesgericht nicht an die von der Vorinstanz festgestellten Tatsachen gebunden (Art. 97 Abs. 2 und 105 Abs. 3 BGG). Die Prüfungsbefugnis des Bundesgerichts erstreckt sich grundsätzlich auch nicht auf die Zweckmässigkeit der ihm vorgelegten Entscheidung. Die Botschaft zur neuen Bundesverfassung ist in dieser Hinsicht eindeutig. Sie präzisiert zunächst, dass «vorbehaltlich weniger Ausnahmen jede Anfechtung künftig erst nach Vorbehandlung durch eine *vorhergehende Gerichtsinstanz* an die oberste Gerichtsbehörde gebracht werden kann», und fügt hinzu, dass dies «die Voraussetzung dafür ist, dass sich das Bundesgericht auf die Rechtskontrolle beschränken kann, ohne sich mit Sach- und Beurteilungsfragen zu befassen, deren Prüfung sehr zeitaufwendig ist». Die Prüfung der für das Bundesverwaltungsgericht (BVGer) und die kantonalen Gerichte geltenden Verwaltungsverfahrensvorschriften veranschaulicht den Unterschied zwischen der Kognitionsbefugnis der vorgenannten Behörden und derjenigen des Bundesgerichts. Neben der Rechtsverletzung, einschliesslich der Überschreitung oder des Missbrauchs der Ermessensbefugnis, können die Beschwerdeführer vor dem BVGer und den

kantonalen Gerichten grundsätzlich zwei weitere Gründe geltend machen: die unrichtige oder unvollständige Feststellung des massgebenden Sachverhalts sowie die Unangemessenheit (u. a. Art. 49 VwVG; Art. 76 VwVG/VD; Art. 80 JStG/BE; Art. 122 JStG/JU). Eine solche Beschwerde, mit der diese drei Kategorien von Rügen geltend gemacht werden können, wird manchmal als «vollständiges Rechtsmittel» bezeichnet.

15 Das Bundesgericht hat eine doppelte Rolle: einerseits als Hüter des Bundesrechts und andererseits als Hüter der Bundesverfassung und der Kantonsverfassungen. Vorbehaltlich der in Art. 189 Abs. 1 lit. c, d, e und f BV nicht auf das Recht **der Kantone** oder **Gemeinden** als solches. Wie das Bundesgericht jedoch häufig betont, kann eine fehlerhafte Anwendung des kantonalen oder kommunalen Rechts einen Verstoss gegen das Bundesrecht darstellen, insbesondere wenn sie willkürlich im Sinne von Art. 9 BV ist oder gegen andere Verfassungsrechte verstösst. Die Verletzung kantonaler Rechtsvorschriften kann auch eine Verletzung des Völkerrechts im Sinne von Art. 189 Abs. 1 Bst. b BV darstellen . Darüber hinaus ist anzumerken, dass das Bundesgericht, wenn es das kantonale Recht unabhängig von einer Verletzung eines Grundrechts prüft, den Grundsatz der Verhältnismässigkeit nicht frei, sondern nur unter dem Gesichtspunkt der Willkür überprüft. Was die Überprüfung des kantonalen Rechts unter dem Gesichtspunkt der Willkür betrifft, bleiben die Erfolgsaussichten einer solchen Beschwerde jedoch «sehr begrenzt». Wie François Chaix betont, «ist es eine der Folgen des Föderalismus, dass man nicht zu stark in die Zuständigkeitsbereiche der Kantone eingreift».

16 Absatz 1 schreibt dem Bundesgesetzgeber kein spezifisches Rechtsmittelsystem vor. Es ist jedoch zu betonen, dass die Revision der Bundesrechtspflege die Arbeit der Prozessparteien vereinfacht hat, indem die zahlreichen bestehenden Rechtsmittel durch ein **einheitliches Rechtsmittel** in jedem Rechtsbereich ersetzt wurden: ein Rechtsmittel in Zivilsachen, ein Rechtsmittel in Strafsachen und ein Rechtsmittel in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten. Nach diesem Konzept „ darf es nur einen einzigen Rechtsweg vor dem Bundesgericht geben, um eine Handlung einer untergeordneten Behörde anzufechten, unabhängig von den Beschwerdegründen oder der Art der Behörde".

2. Bundesrecht (Bst. a)

17 Das Bundesgericht ist in erster Linie für die Beurteilung von Streitigkeiten über Verstösse gegen Bundesrecht zuständig (Art. 189 Abs. 1 Bst. a BV; siehe auch Art. 95 Bst. a BGG). Gemäss der Botschaft des Bundesrates zu einer neuen Bundesverfassung vom 20. November 1996 ist der Begriff «Bundesrecht» im **weiten Sinne** zu verstehen. Er umfasst alle Rechtsnormen, die von den Organen des Bundes auf allen Ebenen erlassen wurden, insbesondere die Bundesverfassung, die Bundesgesetze und die verschiedenen Arten von Verordnungen (der Bundesversammlung, des Bundesrates, der Bundesverwaltung und der Bundesgerichte) in allen Rechtsbereichen (insbesondere Zivilrecht, Strafrecht, Verwaltungsrecht, Betreibungsrecht und Sozialversicherungsrecht).

18 Der Begriff des Bundesrechts umfasst auch die **Verfassungsrechte des Bundes**, was aus dem Verfassungstext nicht ausdrücklich hervorgeht, da dort nur die Verfassungsrechte der Kantone erwähnt werden (Art. 189 Abs. 1 lit. d BV). In der Botschaft zur neuen Bundesverfassung wird erläutert, dass die Rüge der Verletzung der Verfassung und die Rüge der Verletzung des Bundesrechts nun zu einer einzigen Rüge der Verletzung des «Bundesrechts» zusammengefasst wurden, «um den Gedanken einer einzigen Beschwerde zum Ausdruck zu bringen». Malinverni et Abs. bezeichnen diese Verkürzung zu Recht als «unglücklich»: Die Rechtsuchenden könnten nämlich fälschlicherweise annehmen, dass vor dem Bundesgericht nur die Verletzung kantonaler Verfassungsrechte geltend gemacht werden kann. Diese Ungenauigkeit ist bedauerlich, da sie nicht juristisch vorgebildete Rechtssuchende in die Irre führen könnte, zumal die Hinzuziehung eines Anwalts für Verfahren vor dem Bundesgericht nicht obligatorisch ist.

19 Weder die Bundesverfassung noch das BGG definieren den Begriff der Verfassungsrechte. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts gehören zu dieser Kategorie Verfassungsbestimmungen, die den Bürger vor staatlichen Eingriffen schützen sollen oder die, obwohl sie in erster Linie im öffentlichen Interesse erlassen wurden, auch individuelle Interessen schützen. Um das Vorliegen von Verfassungsrechten zu bestimmen, stützt sich das Bundesgericht insbesondere auf das **Interesse am Rechtsschutz** und die **Justiziabilität**. Manchmal bezieht es sich auch auf den Begriff der unmittelbaren Anwendbarkeit, auch wenn dieses Kriterium häufiger im Völkerrecht verwendet wird (vgl. N. 26 ff. *infra*). Eine Verfassungsbestimmung

ist unmittelbar anwendbar (oder justiziabel), wenn die Tatsachen und Rechtsfolgen so präzise formuliert sind, dass sie die Grundlage für eine richterliche Entscheidung bilden können. Im innerstaatlichen Recht handelt es sich um Normen, die «nicht durch Ausführungsbestimmungen konkretisiert werden müssen, wie bestimmte in der Verfassung verankerte Grundrechte» . Laut Mathias Kaufmann bezeichnet die Justiziabilität die Rechtmäßigkeit der gerichtlichen Überprüfung einer von einer Privatperson geltend gemachten Rechtsnorm. Mit anderen Worten geht es darum, festzustellen, ob die geltend gemachte Norm subjektiven Charakter hat, sodass ihre Verletzung einen zulässigen Beschwerdegrund darstellen kann. Der Autor betont zudem, dass eine Rechtsnorm niemals teilweise justiziabel ist: Sie ist entweder in ihrer Gesamtheit justiziabel oder gar nicht. Schließlich sind die unmittelbare Anwendbarkeit und die Justiziabilität zwei „allgemeine und abstrakte" Merkmale von Normen, die nicht von den Umständen des Einzelfalls abhängen. In diesem letzten Punkt schließen wir uns der Position von Kaufmann an.

Per definitionem sind zumindest grundsätzlich alle im Katalog der Art. 7 bis 36 BV aufgeführten Grundrechte **justiziabel**, insbesondere der Grundsatz der Gleichheit vor dem Gesetz (Art. 8 Abs. 1 BV), der Schutz vor Willkür und der Schutz von Treu und Glauben (Art. 9 BV), der Schutz von Kindern und Jugendlichen in seiner Komponente des Schutzes vor staatlichen Eingriffen (Art. 11 Abs. 1 *ab initio* BV), das Recht auf Nothilfe (Art. 12 BV), der Schutz der Privatsphäre (Art. 13 BV), die Glaubens- und Gewissensfreiheit (Art. 15 BV), die Meinungs- und Informationsfreiheit (Art. 16 BV), die Medienfreiheit (Art. 17 BV), die Sprachfreiheit (Art. 18 BV), das Recht auf Grundschulbildung (Art. 19 BV), die Wissenschaftsfreiheit (Art. 20 BV), die Kunstfreiheit (Art. 21 BV), die Versammlungsfreiheit (Art. 22 BV), die Vereinigungsfreiheit (Art. 23 BV), Niederlassungsfreiheit (Art. 24 BV), Schutz vor Ausweisung, Auslieferung und Zurückweisung (Art. 25 Abs. 1 und 2 BV), Eigentumsgarantie (Art. 26 Abs. 1 BV), Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV), die Gewerkschaftsfreiheit (Art. 28 BV), die Verfahrensgarantien (Art. 29 ff. BV) und der Grundsatz der Verhältnismässigkeit (Art. 36 Abs. 3 BV). Weitere verfassungsrechtliche Rechte und Grundsätze sind ebenfalls direkt anwendbar, wie beispielsweise das Legalitätsprinzip (Art. 5 BV), der Grundsatz des Vorrangs des Bundesrechts (Art. 49 BV), der (ungeschriebene) Grundsatz der Gewaltenteilung oder das Verbot der interkantonalen Doppelbesteuerung (Art. 127 Abs. 3 BV). Nach der Lehre ist das in Art. 72 Abs. 3 BV vorgesehene Verbot des Baus von Minaretten 20

direkt anwendbar. Das Bundesgericht hat ebenfalls festgestellt, dass Art. 75*b* Abs. 1 in Verbindung mit Art. 197 Ziff. 9 Abs. 2 BV ein sofort anwendbares Bauverbot für Zweitwohnungen in Gemeinden vorsieht, in denen der Anteil von 20 % bereits erreicht oder überschritten ist.

21 Nicht **justiziabel** sind hingegen organisatorische Vorschriften oder rein programmatische Bestimmungen. Die Bundesverfassung schliesst zudem die Justiziabilität sozialer Ziele ausdrücklich aus (Art. 41 Abs. 4 BV), was vom Bundesgericht in Bezug auf Art. 41 Abs. 1 Bst. e BV bestätigt wurde. In einer Rechtssache, in der der Beschwerdeführer eine Verletzung von Art. 121 BV geltend machte, entschied das Bundesgericht, dass diese Bestimmung «eine programmatische Norm ist, die einer Umsetzung durch den Gesetzgeber bedarf und dem Beschwerdeführer daher kein verfassungsmässiges Recht einräumt, das ihm eine Beschwerde ermöglicht». Art. 121*a* BV ist nicht direkt anwendbar. Das Gleiche gilt für den Grundsatz der nachhaltigen Entwicklung in Art. 73 BV: Nach Ansicht des Bundesgerichts «hat dieses Konzept – dessen Inhalt und Konturen noch unscharf sind – derzeit einen im Wesentlichen programmatischen Charakter und keinen Wert als Verfassungsrecht, das als solches direkt vor Gericht geltend gemacht werden könnte». Die Grundsätze des staatlichen Handelns, die einer starken Konkretisierung bedürfen (z. B. Art. 5*a* und 6 BV) sind ebenfalls nicht justiziabel. Ebenso hat das Bundesgericht festgestellt, dass Art. 106 BV über Geldspiele keine direkt anwendbaren Bestimmungen enthält.

22 Der Begriff des Bundesrechts umfasst natürlich die **Bundesgesetze**. Gemäss Art. 164 Abs. 1 BV müssen alle wichtigen Bestimmungen, die Rechtsnormen festlegen, in Form eines Bundesgesetzes erlassen werden. Zu dieser Kategorie gehören insbesondere die grundlegenden Bestimmungen zu den in Art. 164 Abs. 1 zweiter Satz Bst. a bis g BV ausdrücklich genannten Bereichen. So müssen beispielsweise nach der Rechtsprechung wesentliche Verfahrensvorschriften wie die sachliche Zuständigkeit der Gerichte und die Rechtsmittel in einem formellen Gesetz erlassen werden. Die Bundesversammlung kann jedoch auch weniger wichtige Rechtsvorschriften in Form eines Bundesgesetzes erlassen (Art. 22 Abs. 2 ParlG).

23 Die **Verordnungen mit** Gesetzescharakter («*Rechtsverordnungen*»), die sich an alle Behörden und Privatpersonen richten und Rechtsvorschriften enthalten, sind Bundesrecht (Art. 22 Abs. 2 ParlG; Art. 7 und 48 RVOG) . Dies gilt hingegen nicht für Verwaltungsverordnungen

(«*Verwaltungsverordnungen*»), die grundsätzlich keine Rechtswirkungen entfalten und keine Rechte und Pflichten für Privatpersonen begründen; sie dienen lediglich als Arbeitshilfe und Unterstützung für die Behörden. Nach Ansicht des Bundesgerichts handelt es sich bei dem Rundschreiben Nr. 26 der Eidgenössischen Steuerverwaltung (ESTV) vom 16. Dezember 2009 über die Neuerungen bei der selbständigen Erwerbstätigkeit infolge der Verabschiedung des Gesetzes über die Unternehmenssteuerreform II um eine Verwaltungsverordnung, die keine Gesetzeskraft hat. Das bedeutet, dass das Gericht davon abweichen kann, wenn es der Ansicht ist, dass es gegen das Gesetz oder die Verordnung verstösst. Das Gleiche gilt für die vom Staatssekretariat für Migration (SEM) erarbeiteten Richtlinien und Kommentare, das vom Bundesamt für Zivilluftfahrt (BAZL) erlassene Nationale Sicherheitsprogramm für die Zivilluftfahrt, die von der Wettbewerbskommission (WEKO) verabschiedeten Mitteilungen zur Beurteilung vertikaler Vereinbarungen oder Broschüren und andere Weisungen, die die Eidgenössische Steuerverwaltung (ESTV) im Bereich der Mehrwertsteuer erlässt – auch wenn diese eine externe Wirkung entfalten.

Normen, die von **privatrechtlichen Vereinigungen** erlassen werden, stellen ebenfalls kein Bundesrecht dar. Dies gilt beispielsweise für den Schweizerischen Verhaltenskodex (SVK), der von der Schweizerischen Anwaltsvereinigung (SAV) erlassen wurde. 24

Das **Gewohnheitsrecht** (Art. 1 Abs. 2 ZGB), das derzeit äusserst selten ist, kann schliesslich ebenfalls Bundesrecht darstellen. 25

3. Internationales Recht (Bst. b)

Das Bundesgericht ist auch für die Beurteilung von Streitigkeiten wegen Verletzung des Völkerrechts zuständig (siehe auch Art. 95 Bst. b BGG). In der Botschaft zur neuen Bundesverfassung wird erläutert, dass es gerechtfertigt ist, die Rüge der Verletzung des Völkerrechts **gesondert zu** erwähnen, da sie sich nicht einfach mit der Rüge der Verletzung des Bundesrechts deckt. Denn die von den Kantonen mit dem Ausland abgeschlossenen Verträge (Art. 56 BV) sind zwar nicht Teil des Bundesrechts, fallen aber ebenso wie die von der Eidgenossenschaft abgeschlossenen Verträge unter den Begriff des Völkerrechts. 26

27 Nach schweizerischer Auffassung sind die von der Schweiz abgeschlossenen internationalen Verträge **integraler Bestandteil** der schweizerischen Rechtsordnung, ohne dass sie speziell in innerstaatliches Recht umgesetzt werden müssen (monistisches System). Die Bundesverfassung schreibt auch dem Bundesgericht und den anderen Behörden vor, das Völkerrecht anzuwenden (Art. 190 BV).

28 Der Begriff **Völkerrecht** wird klassischerweise unter Bezugnahme auf Art. 38 Abs. 1 des Statuts des Internationalen Gerichtshofs vom 26. Juni 1945 (SR 0.193.501) definiert: Es hat seinen Ursprung in allgemeinen oder besonderen internationalen Übereinkommen, im Völkergewohnheitsrecht und in den von zivilisierten Nationen anerkannten allgemeinen Rechtsgrundsätzen; Gerichtsentscheidungen und die Rechtslehre sind Hilfsmittel zur Bestimmung der Rechtsnormen. Diese Bestimmung nennt die traditionellen Quellen des Völkerrechts. Darüber hinaus gehören auch die für die Schweiz verbindlichen Beschlüsse internationaler Organisationen, die in Art. 38 Abs. 1 des genannten Statuts nicht erwähnt sind, zum Völkerrecht. Nicht dazu gehören hingegen internationale Normen, die nur den Status von «Soft Law» haben, wie Empfehlungen oder Kommentare.

29 Die Bestimmungen des Völkerrechts können in konkreten Streitfällen nur geltend gemacht werden, wenn sie **individuelle Rechte** verleihen, was voraussetzt, dass der Inhalt der geltend gemachten Norm so präzise und klar ist, dass sie als Grundlage für eine Entscheidung in einem konkreten Fall dienen kann. Dies bedeutet auch, dass die Rechte und Pflichten der Einzelnen beschrieben sind und dass die Norm an die mit der Anwendung des Rechts betrauten Behörden gerichtet ist. Das Kriterium der direkten Anwendbarkeit entspricht dem Erfordernis der Justiziabilität (vgl. N. 19 *oben*). Im Allgemeinen ist eine Norm unmittelbar anwendbar, wenn die folgenden drei Bedingungen kumulativ erfüllt sind: (1) Die betreffende Norm legt Rechte und Pflichten für natürliche und juristische Personen fest; (2) sie ist hinreichend präzise und klar, ohne dass für ihre Umsetzung interne Durchführungs- oder Konkretisierungsmaßnahmen erforderlich sind; und (3) sie richtet sich an die mit der Anwendung des Rechts betrauten Behörden. Wie Ammann betont, erwähnt das Bundesgericht in bestimmten Fällen nur einige dieser Voraussetzungen, was ihrer Meinung nach in Bezug auf Vorhersehbarkeit, Klarheit und Kohärenz problematisch ist. Vor diesem Hintergrund ist zu unterscheiden zwischen direkt anwendbaren Normen (sogenannten «self-

executing»-Normen) (vgl. N. 30 *infra*), die von einer Privatperson vor Gericht geltend gemacht werden können, und Normen, die nicht direkt anwendbar sind (sogenannten «non-self-executing»-Normen; vgl. N. 31 *infra*), die von einer Privatperson nicht vor Gericht geltend gemacht werden können, ohne dass sie durch die Verabschiedung von Normen des Schweizer Rechts, die sie justiziabel machen, in innerstaatliches Recht umgesetzt werden. Das Bundesgericht tritt nicht auf Beschwerden ein, deren Rügen auf Normen beruhen, die nicht unmittelbar anwendbar sind.

30 Das Bundesgericht hat insbesondere folgende Rechte als **unmittelbar anwendbar** angesehen, d. h. als Rechte, die jede Person unmittelbar vor jeder nationalen Verwaltungs- oder Justizbehörde geltend machen kann:

- die durch die Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK; SR 0.101) garantierten Rechte;
- die durch den Internationalen Pakt vom 9. Mai 2022 über bürgerliche und politische Rechte (UNO-Pakt II; SR 0.103.2) garantierten Rechte;
- mehrere Bestimmungen des Abkommens vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (FZA; SR 0.142.112.681) ;
- Art. 12 des Übereinkommens vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes (KRK; SR 0.107), das das Recht des Kindes auf Anhörung garantiert;
- Art. 14 Abs. 1 Bst. b des Übereinkommens vom 16. Mai 2005 zur Bekämpfung des Menschenhandels (SR 0.311.543), wonach jede Vertragspartei den Opfern eine verlängerbare Aufenthaltsgenehmigung erteilt, wenn die zuständige Behörde der Ansicht ist, dass ihr Aufenthalt aufgrund ihrer Zusammenarbeit mit den zuständigen Behörden zum Zwecke einer Ermittlung oder eines Strafverfahrens erforderlich ist;
- Art. 24 Abs. 1 Bst. b des Abkommens vom 28. Juli 1951 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge (SR 0.142.30), wonach die Vertragsstaaten den in ihrem Hoheitsgebiet rechtmässig anwesenden Flüchtlingen in Bezug auf die soziale Sicherheit (insbesondere die gesetzlichen Bestimmungen über die Invalidität) die gleiche Behandlung wie ihren Staatsangehörigen gewähren; unter bestimmten Vorbehalten gemäss den Buchstaben i und ii;

- Art. 1 Abs. 1 des Abkommens vom 22. November 1950 über die Einfuhr von Gegenständen erzieherischen, wissenschaftlichen oder kulturellen Charakters (SR 0.631.145. 141), der festlegt, dass die Vertragsstaaten sich verpflichten, keine Zölle und andere Abgaben bei der Einfuhr oder anlässlich der Einfuhr auf Gegenstände zu erheben, die unter das Abkommen fallen.

31 Das Bundesgericht hat hingegen **die unmittelbare Anwendbarkeit** folgender Bestimmungen **verneint**:

- mehrere Bestimmungen des UNO-Pakts I;
- Bestimmungen der KRK, wie z. B. Art. 2 KRK, der die Nichtdiskriminierung und den Schutz aller Kinder vor jeder Form der Diskriminierung unabhängig von ihren persönlichen Merkmalen oder denen ihrer Eltern oder gesetzlichen Vertreter gewährleisten soll, Art. 3 Abs. 1 KRK, wonach das Wohl des Kindes bei allen es betreffenden Entscheidungen vorrangig zu berücksichtigen ist, und Art. 26 KRK, dessen Ziel es ist, das Recht jedes Kindes auf soziale Sicherheit, einschließlich Sozialversicherungen, zu gewährleisten, indem die Vertragsstaaten verpflichtet werden, die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, um die Verwirklichung dieses Rechts im Einklang mit den innerstaatlichen Rechtsvorschriften sicherzustellen;
- Art. 2 Ziff. 1 Bst. a des Pariser Abkommens (Klimaschutzabkommen) vom 12. Dezember 2015 (SR 0.814.012), dessen Ziel es ist, den Anstieg der globalen Durchschnittstemperatur deutlich unter 2 °C gegenüber dem vorindustriellen Niveau zu halten und gleichzeitig die Bemühungen fortzusetzen, diesen Anstieg auf 1,5 °C zu begrenzen;
- Art. 5 Abs. 3 der Übereinkommens vom 13. Dezember 2006 über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (SR 0.109), wonach die Vertragsstaaten zur Förderung der Gleichstellung und zur Beseitigung von Diskriminierung alle geeigneten Massnahmen treffen, um sicherzustellen, dass angemessene Vorkehrungen getroffen werden;
- Art. 22 Abs. 2 des Abkommens vom 28. Juli 1951 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge (SR 0.142.30), der kurz gesagt festlegt, dass die Vertragsstaaten Flüchtlingen in Bezug auf die Sekundar- und Hochschulbildung eine mindestens ebenso günstige Behandlung gewähren müssen wie Ausländern im Allgemeinen;

- Art. 15 des Übereinkommens des Europarats vom 16. Mai 2005 zur Bekämpfung des Menschenhandels (SR 0.311.543) und insbesondere dessen Abs. 3, der vorsieht, dass die Vertragsparteien in ihrem innerstaatlichen Recht ein Recht der Opfer auf Entschädigung durch die Täter vorsehen müssen;
- das Übereinkommen vom 14. November 1970 über Massnahmen zum Verbot und zur Verhütung der unrechtmässigen Einfuhr, Ausfuhr und Übereignung von Kulturgut (SR 0.444.1; UNESCO-Übereinkommen), da es die Vertragsstaaten verpflichtet, zur Umsetzung dieses Übereinkommens Rechtsvorschriften zu erlassen und es in ihr nationales Recht umzusetzen;
- Art. 5 Abs. 1 Bst. b des Übereinkommens der Vereinten Nationen vom 20. Dezember 1988 gegen den unerlaubten Verkehr mit Suchtstoffen und psychotropen Stoffen, wonach jede Vertragspartei die erforderlichen Massnahmen trifft, um insbesondere die Einziehung von Suchtstoffen und psychotropen Stoffen zu ermöglichen. Diese Bestimmung enthält lediglich einen Auftrag an die Vertragsstaaten und begründet keine direkten Rechte oder Pflichten für Privatpersonen;
- Art. 22 Ziff. 3 des Übereinkommens vom 21. Februar 1971 über psychotrope Stoffe (SR 0.812.121.02), wonach alle psychotropen Stoffe, sonstigen Stoffe und Materialien, die zur Begehung einer Straftat im Sinne des Übereinkommens verwendet wurden oder verwendet werden sollten, beschlagnahmt und eingezogen werden können.

Es ist eine **besondere Kategorie** von Verpflichtungen zu erwähnen, die nicht unter die üblichen Kategorien der direkten oder indirekten Anwendbarkeit von Normen fällt, anhand der folgenden beiden Beispiele: 32

- Das Übereinkommen vom 3. Oktober 1985 zum Schutz des architektonischen Erbes Europas (SR 0.440.4) verlangt die Verabschiedung geeigneter Bestimmungen zum Schutz historischer Denkmäler und verpflichtet jede Vertragspartei, geeignete Kontroll- und Genehmigungsverfahren einzuführen. Nach Ansicht des Bundesgerichts handelt es sich hierbei nicht um Bestimmungen, die sich an die mit der Anwendung des Rechts betrauten Behörden richten, sondern um gesetzgeberische Aufträge. Es hat auch klargestellt, dass der Gesetzgeber, selbst wenn er über einen Ermessensspielraum verfügt und eine direkte Anwendung der einschlägigen übergeordneten Normen in einem

bestimmten Fall ausgeschlossen ist, verpflichtet sein kann, im Einklang mit diesen Normen zu handeln. Es hat auch betont, dass die Gesetzgebung auf einem politischen Prozess beruht, der Zeit braucht und dessen Inhalt variieren kann. Seiner Ansicht nach ist ein gerichtliches Eingreifen daher nur dann gerechtfertigt, wenn die Handlungspflicht des kantonalen Gesetzgebers aufgrund des Völkerrechts oder des Verfassungsrechts inhaltlich und zeitlich hinreichend präzise und messbar erscheint. Ist dies der Fall, kann ihre Einhaltung im Rahmen einer abstrakten Kontrolle der kantonalen Normen geltend gemacht werden. Er präzisierte, dass dies nicht nur dann gelte, wenn der kantonale Gesetzgeber nicht innerhalb der gesetzten Fristen handle, sondern auch, wenn er handle, ohne das übergeordnete Recht ausreichend zu konkretisieren. Vor diesem Hintergrund hat das Bundesgericht eine Bestimmung des kantonalen Gesetzes des Kantons Zug über die Denkmalpflege, die Archäologie und den Kulturgüterschutz (RS/ZG 423.11) als unvereinbar mit der oben genannten Konvention beurteilt;

- Art. 34 des Abkommens vom 28. Juli 1951 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge (SR 0.142.30) sieht insbesondere vor, dass die Vertragsstaaten die Assimilation und Einbürgerung von Flüchtlingen so weit wie möglich erleichtern. Das Bundesgericht hat entschieden, dass ein Flüchtling gemäss Art. 34 dieser Konvention keinen individuellen Anspruch auf Einbürgerung hat. Es hat jedoch präzisiert, dass dies nicht ausschliesst, dieser Bestimmung eine entscheidende Bedeutung beizumessen, in dem Sinne, dass sie bei der Prüfung der Einbürgerungsvoraussetzungen in einem konkreten Fall als Auslegungs- und Beurteilungshilfe zu berücksichtigen ist.

33 Schliesslich ist zu beachten, dass das Erfordernis der unmittelbaren Anwendbarkeit oder Justiziabilität massgebend ist, wenn sich der Rechtsuchende auf eine Norm stützt, um daraus im Rahmen eines konkreten Rechtsstreits ein Recht abzuleiten. Diese Situation ist von einer Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten zu unterscheiden, die sich gegen einen **normativen Akt des Kantons** richtet (abstrakte Normenkontrolle). Das Bundesgericht hat dies in einem Urteil bekräftigt, dessen Streitfall sich in folgendem Kontext ereignete. Die Beschwerdeführer bestritten die Vereinbarkeit einer Änderung einer Bestimmung der Genfer Weinverordnung mit den Bestimmungen von Anhang 7 des Abkommens vom 21. Juni 1999

zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Handel mit landwirtschaftlichen Erzeugnissen (SR 0.916.026.81; im Folgenden: bilaterales Abkommen). Der Genfer Staatsrat argumentierte seinerseits, dass sich die Beschwerdeführer nicht über einen Verstoss gegen das bilaterale Abkommen und dessen Anhang beschweren könnten, da diese nicht direkt anwendbar seien. Das Bundesgericht wies darauf hin, dass gemäss Art. 5 Abs. 4 BV Bund und Kantone das Völkerrecht zu beachten haben. Seiner Ansicht nach ist die Frage, ob die einschlägigen Bestimmungen des Abkommens unmittelbar anwendbar sind, im vorliegenden Fall nicht entscheidend, da es nicht darum geht, Rechte oder Pflichten zu erörtern, die die Beschwerdeführer unmittelbar vor Gericht geltend machen könnten, sondern eine kantonale Regelung im Lichte des betreffenden Abkommens zu prüfen.

4. Interkantonales Recht (Buchstabe c)

34 Das Bundesgericht ist für die Prüfung der Verletzung des interkantonalen Rechts zuständig (siehe auch Art. 95 Bst. e BGG). Es handelt sich um den ersten konkreten Fall, in dem die Verletzung des kantonalen Rechts als solche vor dem Bundesgericht geltend gemacht werden kann. In der Botschaft zur neuen Bundesverfassung wird präzisiert, dass es sich dabei um eine «Dienstleistung» des Bundes zugunsten der Kantone handelt. Nach Ansicht des Bundesgerichts ist diese Zuständigkeit dadurch gerechtfertigt, dass es in Ermangelung einer überkantonalen Gerichtsbarkeit als zweckmässig erschien, dass das Bundesgericht eine **einheitliche Auslegung** der interkantonalen Vereinbarungen vornehmen kann, «um zu vermeiden, dass diese von Kanton zu Kanton unterschiedlich angewendet werden, was zu interkantonalen Spannungen führen könnte». Es kontrolliert dessen Anwendung frei, im Gegensatz zum kantonalen Recht, das unter dem Gesichtspunkt der Willkür überprüft wird (vgl. N. 15 *oben*).

35 Das interkantonale Recht umfasst die **interkantonalen Vereinbarungen** (Art. 48 Abs. 1 BV) und die Rechtsnormen, die von interkantonalen Organisationen oder durch interkantonale Vereinbarungen geschaffenen Institutionen erlassen werden. Hinzu kommt das interkantonale Gewohnheitsrecht. Interkantonale Vereinbarungen dürfen weder dem Recht und den Interessen des Bundes noch dem Recht anderer Kantone zuwiderlaufen; sie müssen zudem dem Bund zur Kenntnis gebracht werden

(Art. 48 Abs. 3 BV) . In diesem Zusammenhang hat das Bundesgericht entschieden, dass das Lateinische Konkordat vom 29. Oktober 2010 über den Anbau und Handel mit Hanf gegen den in Art. 49 Abs. 1 BV verstösst und daher für nichtig zu erklären ist, da es die gleichen Ziele verfolgt wie die Bundesgesetzgebung in den Bereichen Landwirtschaft und Betäubungsmittel.

36 Wie Andreas Auer betont, sind interkantonale Vereinbarungen keineswegs unbedeutend: Schätzungen zufolge gab es 2016 **fast 800** davon. Zu nennen sind beispielsweise die Interkantonale Vereinbarung vom 8. und 9. Mai 2012 über den Datenschutz und die Transparenz in den Kantonen Jura und Neuenburg (CPDT-JUNE; RSN 150.30), die Interkantonale Vereinbarung vom 25. Oktober 2007 über die Zusammenarbeit im Bereich der Sonderpädagogik (AICPS), die Interkantonale Vereinbarung vom 18. Februar 1993 über die Anerkennung von Abschlusszeugnissen, die Interkantonale Vereinbarung vom 18. Juni 2009 über die Harmonisierung der Stipendienregelungen, die Brandschutznorm vom 1. Januar 2015 (VKF-Norm), erlassen von der Vereinigung Kantonaler Feuerversicherungen, oder auch die Interkantonale Vereinbarung vom 22. September 2005 über die Harmonisierung der Terminologie im Bauwesen (IVHB).

37 Privatpersonen können sich nur auf **unmittelbar anwendbare** interkantonale Rechtsnormen berufen, was insbesondere für die CPDT-JUNE, Art. 2 Bst. b AICPS und die VKF-Norm gilt.

38 Streitigkeiten zwischen Kantonen über interkantonales Recht können mittels **Klage** vor das Bundesgericht gebracht werden (Art. 189 Abs. 2 BV; Art. 120 Abs. 1 Bst. b BGG) (vgl. N. 55 ff. *infra*).

5. Kantonale Verfassungsrechte (Bst. d)

39 Die Verletzung kantonaler Verfassungsrechte ist der zweite Sonderfall, in dem die Verletzung des kantonalen Rechts vor dem Bundesgericht eigenständig geltend gemacht werden kann (siehe auch Art. 95 lit. c BGG). Wie oben dargelegt (vgl. N. 15 *supra*), übernimmt das Bundesgericht auch die Rolle des **Hüters** der kantonalen Verfassungen.

40 Nach Ansicht des Bundesgerichts erstreckt sich der Begriff der kantonalen Verfassungsrechte im Sinne von Art. 95 lit. c BGG nicht auf jede beliebige Bestimmung der kantonalen Verfassung, sondern nur auf diejenigen, die **individuelle Rechte** garantieren. Dies lässt sich auch aus der Verwendung

des Plurals («Verfassungsrechte») ableiten, , der darauf hindeutet, dass hier nicht die kantonale Verfassung als Ganzes gemeint ist, sondern nur die Bestimmungen, die Rechte garantieren. Kantonale Verfassungsrechte haben nur dann eine eigene Tragweite, wenn sie einen umfassenderen Schutz gewähren als die entsprechenden Garantien der Bundesverfassung oder der EMRK.

Direkt vor Gericht geltend gemacht werden können insbesondere Art. 17 Cst./ZH (SR 131.211), wonach jede Person das Recht hat, amtliche Dokumente einzusehen, sofern nicht ein überwiegendes öffentliches oder privates Interesse entgegensteht, sowie Art. 40 Abs. 1 Cst./ZH, wonach jede Person, die in kantonalen Angelegenheiten stimmberechtigt ist, in die obersten Gerichte des Kantons wählbar ist; oder auch § 75 Abs. 1 Cst./AG (RS 131.227), der insbesondere vorsieht, dass der Kanton und die Gemeinden für Schäden haften, die Dritten durch ihre Behörden oder durch ihre Beamten oder andere Mitarbeiter in Ausübung ihrer amtlichen Tätigkeit unrechtmässig zugefügt werden. Gleiches gilt für Art. 17 Abs. 2 Cst./FR (SR 131.219), der vorsieht, dass sich jeder, der sich an eine Behörde wendet, deren Zuständigkeit sich auf den gesamten Kanton erstreckt, in der Amtssprache seiner Wahl äußern kann. Nach Ansicht des Bundesgerichts berechtigt diese Bestimmung einen Rechtsuchenden, sich unabhängig von der Verfahrenssprache in der Amtssprache seiner Wahl an das Kantonsgericht zu wenden. Schließlich scheinen auch die in Art. 21A Abs. 2 Cst./GE (RS 131.234) und Art. 10a Abs. 2 Cst./NE (RSN 101) genannten Rechte auf ein Leben offline und auf Vergessenwerden einklagbar zu sein. 41

Dagegen sind § 35 Cst./LU (RS 131.213), wonach die Behörden die Öffentlichkeit rechtzeitig über ihre Ziele und Tätigkeiten informieren müssen, und Art. 60 Cst./SO (RS 131.221), wonach öffentliche Ämter den am besten qualifizierten Personen übertragen werden müssen und bei der Zuteilung der Ämter den verschiedenen Bevölkerungsgruppen, insbesondere den verschiedenen Regionen und politischen Strömungen, soweit möglich bei der Vergabe der Ämter die verschiedenen Bevölkerungsgruppen, insbesondere die verschiedenen Regionen und politischen Richtungen, angemessen zu berücksichtigen sind, **stellen keine Verfassungsbestimmungen dar, die direkt vor Gericht geltend gemachte Rechte** begründen. 42

Die Rechtsprechung schliesst die Existenz einer **verfassungsrechtlichen Gewohnheit** nicht aus. In einem Urteil von 2012 zum Kanton Genf verneinte 43

das Bundesgericht die Existenz einer solchen Gewohnheit, die es dem Staatsrat ermöglicht hätte, seine Gesetzgebungskompetenzen auf den Bereich der vereidigten Übersetzer auszuweiten. Hingegen entschied es in einem Urteil von 2010 zum Kanton Zug, dass es zulässig sei, kleinen Gemeinden auf der Grundlage einer kantonalen Gewohnheitsregel ein Mindestrecht von zwei Sitzen im Kantonsparlament zu gewähren.

6. Gemeindeautonomie und andere kantonale Garantien (Buchstabe e)

44 Das Bundesgericht befasst sich mit Anfechtungen wegen Verletzung der Gemeindeautonomie und anderer Garantien, die die Kantone den öffentlich-rechtlichen Körperschaften gewähren (siehe auch Art. 89 Abs. 2 Bst. c BGG in Verbindung mit der Beschwerdelegitimation). Dies ist der dritte Sonderfall, in dem eine Verletzung des kantonalen Rechts als solche geltend gemacht werden kann. Die Beschwerde wegen Verletzung der Gemeindeautonomie war zwar in der alten Bundesverfassung vom 29. Mai 1874 nicht erwähnt, doch hatte das Bundesgericht ihre Existenz in ständiger Rechtsprechung anerkannt. Buchstabe e stellt somit eine **Kodifizierung der Rechtsprechung** dar.

45 Die in Buchstabe e genannten Garantien sind in der Liste der Beschwerdegründe in Art. 95 BGG nicht ausdrücklich aufgeführt. Die Möglichkeit einer solchen Beschwerde wird jedoch nicht in Frage gestellt, wie aus dem Wortlaut von Art. 89 Abs. 2 Bst. c BGG hervorgeht. Das Bundesgericht ist zudem der Ansicht, dass die Gemeindeautonomie zu den **kantonalen Verfassungsrechten** im Sinne von Art. 95 Bst. c BGG gehört.

46 Die **Bundesverfassung** garantiert die Gemeindeautonomie «innerhalb der Grenzen des kantonalen Rechts» (Art. 50 Abs. 1 BV). Die meisten Kantonsverfassungen garantieren sie ebenfalls. Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts sind die Gemeinden in einem bestimmten Bereich autonom, wenn das kantonale Recht diesen nicht abschliessend regelt, sondern die Regelung ganz oder teilweise an die Gemeinden delegiert und ihnen einen relativ grossen Entscheidungsspielraum einräumt. Wie in der Botschaft zur neuen Bundesverfassung erläutert, unterscheidet sich die Beschwerde wegen Verletzung der Gemeindeautonomie « von der Beschwerde wegen Verletzung von Verfassungsrechten durch die Eigenschaft des Beschwerdeführers (die Beschwerde wird von einer öffentlichen Körperschaft und nicht von einer Privatperson eingereicht) und durch die Art der geltend gemachten Beschwerde (auch wenn die Autonomie der

Gemeinden und anderer öffentlich-rechtlicher Körperschaften die Funktion hat, eine Freiheit zu garantieren, stellt sie dennoch kein Grundrecht von Privatpersonen gegenüber dem Staat dar) ».

47 Der **Umfang der kommunalen Selbstverwaltung** variiert von Kanton zu Kanton erheblich. Die Rechtsprechung hat beispielsweise anerkannt, dass Gemeinden, die sich in ihrer Selbstverwaltung durch einen kantonalen Richtplan beeinträchtigt fühlen, diesen – im Gegensatz zu Privatpersonen – direkt oder unter bestimmten Umständen präjudiziell auf der Grundlage von Art. 89 Abs. 2 lit. c BGG. Sie sind somit zur Beschwerde berechtigt, um die Verletzung ihrer Autonomie geltend zu machen. In einem anderen Urteil hat das Bundesgericht entschieden, dass Art. 84 Abs. 2 Cst./ZH, wonach die Auflösung einer Schulgemeinde – die wie eine politische Gemeinde eine autonome öffentliche Körperschaft ist (Art. 83 Abs. 3 Cst./ZH) – mit der Mehrheit der Stimmen innerhalb dieser Gemeinde beschlossen werden kann, den Schulgemeinden eine kantonale Rechtsgarantie gewährt. Diese Garantie, die sich aus der vom Bund garantierten Kantonsverfassung ergibt, wird vom Bund geschützt. Die Schulgemeinden können somit gegebenenfalls geltend machen, dass eine dieser Garantie widersprechende kantonale Rechtsvorschrift gegen das übergeordnete Recht verstösst (Art. 89 Abs. 2 Bst. c BGG). Im Kanton Freiburg hingegen ermächtigt die kantonale Gesetzgebung die Gemeinden, die Bereiche der Trinkwasserversorgung und der Erhebung einer Anschlussgebühr auf ihrem Gebiet zu regeln, oder verpflichtet sie sogar dazu. Sie können sich somit in diesem Bereich einer gewissen Autonomie rühmen.

48 Der Schutz der Verfassungsrechte, der den Gemeinden zur Verteidigung ihrer Autonomie gewährt wird, wurde nur auf bestimmte **Körperschaften des öffentlichen Rechts** ausgedehnt, wie beispielsweise die Evangelische Kirche des Kantons St. Gallen, deren Organisation mit der einer Gemeinde vergleichbar ist, und die Universität Lausanne. Er wurde hingegen insbesondere den Services industriels genevois, dem Hospice général desselben Kantons, dem Kanton Waadt (CHUV), der kantonalen Versicherungs- und Präventionsanstalt des Kantons Neuenburg, dem Kanton Genf und dem Internationalen Flughafen Genf verweigert.

7. Politische Rechte (Bst. f)

49 Das Bundesgericht ist zuständig für die Prüfung von Beschwerden wegen Verletzung von Bundes- und Kantonsbestimmungen über die politischen Rechte. Dies ist der letzte Fall, in dem die Verletzung des kantonalen Rechts eigenständig geltend gemacht werden kann (siehe auch Art. 95 lit. d BGG) . Wie Pascal Mahon in einem separaten Schreiben betont, war dieser Grund für die Anrufung des Bundesgerichts nicht unbedingt notwendig, da die politischen Rechte durch **Art. 34 BV** geschützt sind, eine Bestimmung, die Bundesrecht im Sinne von Art. 189 lit. a darstellt (vgl. N. 17 ff. *oben*).

50 Gemäss Art. 34 Abs. 1 BV sind die politischen Rechte garantiert. Diese Garantie schützt die **freie Meinungsbildung** der Bürgerinnen und Bürger und die **getreue und sichere** Willensäusserung (Art. 34 Abs. 2 BV). Der Begriff der politischen Rechte umfasst das aktive und passive Wahlrecht, die Vorbereitung und Durchführung von Abstimmungen und Wahlen, das Initiativ- und Referendumsrecht sowie andere Formen der demokratischen Mitbestimmung. Die Beschwerde in politischen Angelegenheiten schützt nicht nur die individuellen politischen Rechte jedes Bürgers, sondern auch das reibungslose Funktionieren des demokratischen Entscheidungsprozesses.

51 Interessant ist, dass das Bundesgericht unter der alten Bundesverfassung nur marginale Zuständigkeiten im Bereich der politischen Rechte in Bundesangelegenheiten hatte. Mit der Justizreform wurde eine Beschwerde in politischen Angelegenheiten auf Bundesebene eingeführt. Buchstabe f sieht somit eine «**wesentliche Neuerung**» vor », indem die Zuständigkeiten, die zuvor dem Bundesrat und dem Nationalrat übertragen waren, nun vom Bundesgericht wahrgenommen werden (siehe Art. 80 BPR).

52 Wenn laut der Botschaft zur neuen Bundesverfassung das Ziel darin bestand, «den politischen Rechten in Bundesangelegenheiten denselben *gerichtlichen* Schutz zu gewähren wie in Kantonsangelegenheiten», so wurde dieses Ziel, wie François Chaix zu Recht betont, nicht erreicht: Es besteht nämlich **keine Parallelität**, da die Beschwerde gegen die Handlungen der Bundesversammlung in Bezug auf die Gültigkeit einer Volksinitiative (Art. 139 Abs. 3 BV) (vgl. N. 83 *infra*) und der Information der Stimmberechtigten durch den Bundesrat (Art. 10*a* BPR) durch Art. 189 Abs. 4 BV ausgeschlossen ist (vgl. N. 84 *infra*).

Das BPR sieht kein Rechtsmittel vor, mit dem Unregelmässigkeiten geltend gemacht werden können, die erst nach einer eidgenössischen Abstimmung bekannt werden. Das Bundesgericht hat jedoch in seiner Rechtsprechung festgestellt, dass eine «nachträgliche gerichtliche Kontrolle» mit Art. 189 Abs. 1 Bst. f BV verbunden ist . Es ist somit in letzter Instanz zuständig für Beschwerden, in denen die Verfassungs- und Gesetzeskonformität einer eidgenössischen Abstimmung aufgrund später entdeckter schwerwiegender Unregelmässigkeiten in Frage gestellt wird (zu dieser Frage siehe auch N. 92 *infra*). 53

Nach Ansicht des Bundesgerichts müssen Unregelmässigkeiten bei einer eidgenössischen Abstimmung gemäss Art. 77 BPR zunächst bei der **kantonalen Regierung** angefochten werden, auch wenn die getroffenen Feststellungen oder die beanstandeten Tatsachen die Zuständigkeit der kantonalen Behörde überschreiten, die in solchen Fällen eine Unzulässigkeitsentscheidung erlässt. Diese Situation ist nicht zufriedenstellend; unserer Meinung nach sollte aus Gründen der Verfahrensökonomie die Einreichung einer *omisso medio*-Beschwerde (oder «Sprungbeschwerde») direkt beim Bundesgericht zugelassen werden. Es ist anzumerken, dass die Botschaft vom 30. April 2025 zur Änderung des Bundesgesetzes über die politischen Rechte dieses Problem berücksichtigt. Der Bundesrat schlägt nämlich vor, die Kantone zu entlasten, indem in solchen Fällen die Möglichkeit vorsieht, direkt beim Bundesgericht Beschwerde einzulegen, was auch eine Anpassung des BGG erfordern würde. Diese Revision ist zu begrüssen. Es sei auch erwähnt, dass das Bundesgericht in einer Rechtssache, die eine Beschwerde gegen die Rückweisung einer Volksinitiative betraf, entschieden hat, dass wichtige Gründe die analoge Anwendung von Art. 80 Abs. 2 und 3 BPR anzuwenden und die Möglichkeit einer direkten Beschwerde beim Bundesgericht zuzulassen. 54

B. Zuständigkeit des Bundesgerichts bei Streitigkeiten zwischen Bund und Kantonen oder zwischen Kantonen (Abs. 2)

1. Allgemeines

Die Zuständigkeit des Bundesgerichts für die Entscheidung von Streitigkeiten zwischen Bund und Kantonen oder zwischen Kantonen hätte aus Art. 189 Abs. 1 BV, insbesondere aus den Buchstaben a und c, abgeleitet werden. Sie 55

wurde als so wichtig erachtet, dass sie in der Verfassung gesondert erwähnt wurde. Wie in der Botschaft zur neuen Bundesverfassung erläutert, ist es «für einen Bundesstaat wichtig, dass Konflikte zwischen ihm und den Mitgliedstaaten oder zwischen den Mitgliedstaaten untereinander im Rahmen eines ordentlichen Gerichtsverfahrens behandelt werden». Es ist logischerweise Aufgabe des Bundesgerichts, über diese Streitigkeiten zu entscheiden, die ihm auf dem Rechtsweg vorgelegt werden, sofern kein Rechtsmittel eingelegt werden kann.

56 Art. 189 Abs. 2 BV ist ein Auftrag an den Gesetzgeber. Er wird in Art. 120 BGG konkretisiert (zum Verhältnis zwischen diesen beiden Bestimmungen vgl. N. 71 ff. *infra*). Diese Bestimmung zählt in Abs. 1 die Streitigkeiten auf, die Gegenstand einer Klage vor dem Bundesgericht in **einziger Instanz** sein können. Dabei handelt es sich um Zuständigkeitskonflikte zwischen Bundesbehörden und Kantonsbehörden (Bst. a) sowie um zivil- oder öffentlich-rechtliche Streitigkeiten zwischen Bund und Kantonen oder zwischen Kantonen (Bst. b). Art. 120 Abs. 1 Bst. a BGG (der Zuständigkeitskonflikte behandelt) ist eine Unterkategorie von Art. 120 Abs. 1 Bst. b BGG (der zivil- oder öffentlich-rechtliche Streitigkeiten betrifft). Buchstabe c von Art. 120 Abs. 1 BGG hat eine andere Tragweite: Er betrifft Haftungsklagen gegen den Staat, die in die Kategorie der übrigen Zuständigkeiten des Bundesgerichts fallen (Art. 189 Abs. 3 BGG; N. 75 ff. *infra*).

57 Die Klage ist **unzulässig**, wenn ein anderes Bundesgesetz eine Behörde ermächtigt, über solche Streitigkeiten zu entscheiden (Art. 120 Abs. 2 BGG). Mit anderen Worten: Die Subsidiarität der Beschwerde im Sinne von Art. 120 Abs. 2 BGG verhindert direkte Verfahren vor dem Bundesgericht. Ist hingegen das Klageverfahren zulässig, ist kein Platz mehr für das Beschwerdeverfahren. Zu erwähnen ist zudem, dass die Klage auch unzulässig ist, wenn sie von Privatpersonen eingereicht wird, da Art. 189 Abs. 2 BV und Art. 120 Abs. 1 Bst a und b BGG eindeutig auf den Bund und die Kantone verweisen.

58 Die Besonderheit der Klage besteht darin, dass das Bundesgericht nicht wie üblich als letzte Rechtsmittelinstanz nach Ausschöpfung aller Rechtsmittel angerufen wird, sondern als einzige Instanz. Es ist somit verpflichtet, die Fälle selbst zu untersuchen und den Sachverhalt festzustellen, was nicht seiner traditionellen Rolle als oberstes Gericht entspricht (Art. 188 Abs. 1 BV), und kann auch zu seiner Überlastung beitragen. Eines der Ziele der Justizreform

(Revision der Bundesverfassung) und der Totalrevision der Bundesrechtspflege war gerade die **Entlastung des** Bundesgerichts von diesen direkten Verfahren. So «soll es nur noch in Fällen als einzige Instanz fungieren, in denen allgemeine politische Gründe dies erfordern [...]», namentlich in den in Art. 120 Abs. 1 BGG aufgeführten Streitigkeiten.

Das Klageverfahren gemäss Art. 120 Abs. 1 Bst. a und b BGG wird **selten angewendet**. Anstatt eine Klage einzureichen, versuchen die Föderalstaaten vielmehr, ihre Differenzen auf informellem Wege auf der Grundlage von Art. 44 Abs. 3 BV beizulegen. Diese Bestimmung sieht vor, dass Streitigkeiten zwischen den Kantonen oder zwischen den Kantonen und dem Bund so weit wie möglich durch Verhandlungen oder Mediation beigelegt werden. 59

2. Streitigkeiten

Wie bereits erwähnt, können Streitigkeiten im Sinne von Art. 189 Abs. 2 BV Kompetenzkonflikte oder zivil- oder öffentlich-rechtliche Streitigkeiten betreffen. Diese Streitigkeiten sind aus verfassungsrechtlicher Sicht **von Bedeutung**. Bei Kompetenzkonflikten besteht die Aufgabe des Bundesgerichts darin, zu prüfen, ob die Kompetenzverteilung innerhalb des Bundesstaates eingehalten wurde, bzw. zu bestimmen, welche Körperschaft in einem bestimmten Bereich handlungsberechtigt ist. Streitigkeiten im Sinne von Art. 189 Abs. 2 BV haben die Besonderheit, dass sie zwischen dem Bund und den Kantonen (Bst. a) oder zwischen den Kantonen untereinander (Bst. b) bestehen. 60

a. Zwischen Bundes- und Kantonsbehörden

Im Verhältnis zwischen Bundes- und Kantonsbehörden gibt es zahlreiche Bundesgesetze im Sinne von Art. 120 Abs. 2 BGG, die eine Bundesbehörde ermächtigen, einen Kompetenzkonflikt oder eine Anfechtung durch eine beschwerdefähige Entscheidung zu entscheiden. In verfahrensrechtlicher Hinsicht besteht die Hauptschwierigkeit darin, die relevanten Rechtsgrundlagen zu identifizieren und gegebenenfalls auszulegen, um zu bestimmen, ob die Klage zugelassen werden muss oder ob der Rechtsweg vorzuziehen ist. Generell ist das Bundesgericht in Bezug auf das Verhältnis zwischen Bundes- und Kantonsbehörden der Ansicht, dass die Klage nur **restriktiv** zulässig sein sollte und dass **der Rechtsweg vorzuziehen ist**. Im Folgenden werden drei Urteile vorgestellt, in denen das Bundesgericht mit 61

einem Streitfall zwischen einer Bundesbehörde und einer Kantonsbehörde befasst war (vgl. N. 62 bis 64).

62 Das BGE 136 IV 139 betraf einen negativen Kompetenzkonflikt zwischen dem Kantonsgericht Tessin und dem Bundesstrafgericht (BStGer), die sich beide für unzuständig erklärt hatten, über einen Antrag der Tessiner Staatsanwaltschaft auf Aufhebung der Beschlagnahme von Dokumenten aus einer Anwaltskanzlei zu entscheiden. Das Bundesgericht, das vom BStGer mit einer Klage befasst worden war, trat nicht auf die Sache ein, da es der Ansicht war, dass der Kompetenzkonflikt durch eine **Entscheidung über die Unzulässigkeit** des BStGer hätte gelöst werden müssen, die vor dem Bundesgericht im Sinne von Art. 120 Abs. 2 BGG angefochten werden kann (vgl. N. 57 *oben*).

63 In einem nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlichten Urteil ist das Bundesgericht **auf einen Zuständigkeitskonflikt** über die Festsetzung einer einheitlichen Netzanschlussgebühr eingetreten, bei dem die Schweizerische Eidgenossenschaft (Klägerin), vertreten durch das Eidgenössische Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK), vertreten durch die Eidgenössische Elektrizitätskommission (ElCom), und dem Kanton Luzern (der Beklagten). In der Sache hatte das Bundesgericht **die Klage** mit der Begründung zugelassen, dass die ElCom nicht für die Festsetzung oder Kontrolle der Netzanschlusskosten und Netzbeteiligungen zuständig sei; diese Aufgabe obliege den kantonalen Behörden. Folglich war der Kanton Luzern für die Prüfung der vom Netzbetreiber gegenüber einem Endverbraucher geltend gemachten Forderung zuständig.

64 Das BGE 150 II 273 befasst sich mit einer öffentlich-rechtlichen Streitigkeit zwischen dem Bund und einem Kanton (Art. 120 Abs. 1 lit. b BGG). Der Streitfall geht auf einen Entscheid des Staatssekretariats für Migration (SEM), keine Pauschalentschädigungen mehr an die Republik und den Kanton Neuenburg im Zusammenhang mit der Betreuung eines Asylbewerbers zu zahlen, mit der Begründung, dass der Kanton seiner Pflicht zur Durchführung der sogenannten «Dublin»-Überstellung dieses Asylbewerbers innerhalb der gesetzten Frist nicht nachgekommen sei. Zur Frage seiner Zuständigkeit erinnert das Bundesgericht daran, dass sich aus Art. 120 BGG ergibt, dass die Klage vor dem Bundesgericht grundsätzlich den ordentlichen Rechtsweg in Streitigkeiten zwischen dem Bund und den Kantonen darstellt; Sie wird hingegen subsidiär zum Beschwerdeverfahren in öffentlich-rechtlichen

Angelegenheiten (Art. 82 ff. BGG), wenn ein Spezialgesetz einer anderen Behörde als dem Bundesgericht die Zuständigkeit für die Entscheidung über einen solchen Streitfall durch Beschluss überträgt. Es betont, dass die Rechtsprechung bereits Gelegenheit hatte, anzuerkennen, dass es Aufgabe des Bundesamtes für Migration, heute SEM, , **mittels Entscheid** über die Rückerstattung der Kosten zu entscheiden, die den Kantonen für die Unterbringung von Asylsuchenden durch den Bund entstanden sind. Das SEM verfügt gemäss Art. 16 des Bundesgesetzes vom 5. Oktober 1990 über Finanzhilfen und Abgeltungen (SuG; SR 616.1) über eine solche Zuständigkeit. Das Bundesgericht stellt daher fest, dass es sich um eine Situation handelt, in der ein Bundesgesetz eine Verwaltungsbehörde, in diesem Fall das SEM, ermächtigt, über eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit zwischen dem Bund und einem Kanton zu entscheiden, so dass diese Streitigkeit nicht Gegenstand einer Klage vor dem Bundesgericht im Sinne von Art. 120 Abs. 1 Bst. b BGG, sondern nur einer letztinstanzlichen Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten im Sinne von Art. 120 Abs. 2 BGG. Es hält auch fest, dass die Beschwerde nach Art. 120 Abs. 2 BGG lediglich die Voraussetzungen des 4. Kapitels BGG erfüllen muss und dass die Voraussetzungen der Art. 83 und 89 BGG nicht zu prüfen sind. Die Entscheidung des Bundesgerichts ist insbesondere damit begründet, dass ein auf Art. 83 oder 89 BGG gestütztes Unzulässigkeitsurteil zur Folge hätte, dass das höchste Gericht des Landes nicht mehr über bestimmte Arten von Streitigkeiten zwischen dem Bund und den Kantonen oder zwischen Kantonen entscheiden könnte, was im Widerspruch zu Art. 189 Abs. 2 BV.

b. Zwischen den Kantonen

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass das BGG in Art. 120 Abs. 1 lit. a BGG 65
nur Kompetenzkonflikte zwischen dem Bund und den Kantonen erwähnt, kann das Bundesgericht auch mit einem interkantonalen Kompetenzkonflikt durch **eine Klage** im Sinne von Art. 120 BGG befasst werden, wenn keine andere Behörde zuständig ist, die eine vor ihm anfechtbare Entscheidung trifft. Dies geht aus dem Wortlaut von Art. 189 Abs. 2 BV hervor und aus der Tatsache, dass ein Kompetenzkonflikt, wie bereits erwähnt, nichts anderes als eine Streitigkeit ist. Anschliessend ist festzuhalten, dass die Entscheidungsbefugnisse in den Beziehungen zwischen den Kantonen heikler zu sein scheinen als in den Beziehungen zwischen den Bundes- und Kantonsbehörden (vgl. N. 61 *oben*). Es ist nämlich schwer vorstellbar, dass ein

Kanton im Rahmen einer Streitigkeit mit einem anderen Kanton befugt ist, eine für den anderen Kanton verbindliche Entscheidung zu treffen. Diese Situation wird durch die beiden nachstehend dargestellten Urteile veranschaulicht (vgl. N. 66 und 67). Wie jedoch das zuletzt genannte Urteil zeigt (vgl. N. 68 *infra*), ist zu beachten, dass eine Bundesbehörde im Rahmen einer Streitigkeit zwischen zwei Kantonen befugt sein kann, eine für einen Kanton verbindliche Entscheidung zu treffen.

66 In BGE 141 III 84 befasste sich das Bundesgericht mit der Bezeichnung der interkantonal zuständigen Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (nachfolgend: KESB). Der Kanton St. Gallen und die VKS dieses Kantons (nachfolgend: Beschwerdeführer) hatten beim Bundesgericht Beschwerde gegen einen Entscheid des Obergerichts des Kantons Schaffhausen eingereicht, das festgestellt hatte, dass die VKS Schaffhausen nicht zuständig sei, eine Beistandschaft zugunsten von A. einzurichten und die Sache zur weiteren Prüfung an die VOK des Kantons St. Gallen zurückgewiesen hatte. In ihren Schlussanträgen beantragten die Beschwerdeführer, das Bundesgericht möge feststellen, dass die VOK des Kantons St. Gallen nicht zuständig sei; hilfsweise beantragten sie, ihre Beschwerde als Klage des Kantons St. Gallen gegen den Kanton Schaffhausen zu behandeln. Im vorliegenden Fall entschied das Bundesgericht, dass Art. 444 Abs. 4 ZGB nicht als eine Bundesermächtigung im Sinne von Art. 120 Abs. 2 BGG angesehen werden könne, die es der Rechtsmittelinstanz eines Kantons ermögliche, mit bindender Wirkung über die Zuständigkeit einer EVG eines anderen Kantons zu entscheiden, wodurch eine Klage in interkantonalen Zuständigkeitskonflikten zwischen EVG unzulässig werde. Es kam zum Schluss, dass, wenn sich APEA in verschiedenen Kantonen nicht über ihre Zuständigkeit einigen können, ihre Streitigkeit auf dem Weg einer **Klage** im Sinne von Art. 120 Abs. 1 lit. b BGG beigelegt werden muss (Erwägung 4.7). Es trat daher nicht auf die Beschwerde ein. Da es die Frage offen liess, ob eine Klage und eine Beschwerde in derselben Schriftsatz eingereicht werden können oder ob sie getrennt einzureichen sind, trat es auch nicht auf die Klage ein, da weder der Kläger (vertreten durch den Vorsteher des Departements des Innern des Kantons St. Gallen) noch der Beklagte (vertreten durch die APEA des Kantons Schaffhausen) ihre Befugnis zur Vertretung der betroffenen Kantone ausdrücklich begründet hatten.

Das Bundesgericht bestätigte die im BGE 141 III 84 vertretene Lösung in einem Urteil aus dem Jahr 2022. Es präzisierte, dass wenn die in erster Instanz mit der Sache befasste APEA die Frage ihrer Zuständigkeit gemäss Art. 444 Abs. 4 ZGB der gerichtlichen Beschwerdeinstanz vorlegt, zwei Ergebnisse möglich sind. Erstens: Wenn die gerichtliche Beschwerdeinstanz der Ansicht ist, dass eine ausserkantonale APEA im Sinne von Art. 444 Abs. 4 ZGB für zuständig hält, liegt ein negativer interkantonaler Zuständigkeitskonflikt vor, und der einzige mögliche Rechtsweg ist die in Art. 120 Abs. 1 lit. b BGG vorgesehene **Klage**; das Bundesgericht tritt auf eine Beschwerde gegen den Entscheid der gerichtlichen Rechtsmittelinstanz nicht ein. Zweitens: Bestätigt die Rechtsmittelinstanz die territoriale Zuständigkeit der APEA, die ihr die Frage ihrer Zuständigkeit vorgelegt hat, besteht kein interkantonaler Zuständigkeitskonflikt mehr, und die APEA ist an den Entscheid der kantonalen Rechtsmittelinstanz gebunden, wie dies bei intrakantonalen Zuständigkeitskonflikten der Fall ist. 67

Das BGE 136 IV 44 zeigt schliesslich, dass im Rahmen einer Streitigkeit zwischen Kantonen immer geprüft werden muss, ob ein Bundesgesetz eine Behörde ermächtigt, über eine solche Streitigkeit zu entscheiden. In diesem Fall hatte der Kanton Bern vor dem Bundesgericht eine Klage gegen den Kanton Appenzell Ausserrhoden wegen der Vollstreckung eines im Ausland ergangenen Strafurteils in der Schweiz. Der Kanton Bern beantragte, festzustellen, dass der Kanton Appenzell Ausserrhoden für die Vollstreckung einer Freiheitsstrafe gegen X zuständig ist, die durch ein Urteil eines Madrider Gerichts verhängt und durch eine Entscheidung eines Berner Gerichts erster Instanz für vollstreckbar erklärt worden war. Das Bundesgericht **lehnte es ab, auf die Klage** einzutreten. Es entschied, dass das Bundesamt für Justiz die Frage der Zuständigkeit auf der Grundlage von Art. 104 Abs. 1 IRSG durch eine Verfügung zu entscheiden habe, gegen die der betroffene Kanton gemäss Art. 120 Abs. 2 BGG beim Bundesgericht Beschwerde einlegen könne. 68

3. Einige Bemerkungen zur Rechtsprechung

Die im vorigen Kapitel erwähnte Rechtsprechung des Bundesgerichts zeigt, dass das Verfahren bei Streitigkeiten im Sinne von Art. 189 Abs. 2 BV für die betroffenen Kantone und Bundesbehörden Schwierigkeiten bereiten kann. Denn die Ermittlung des richtigen Rechtswegs in einem konkreten Fall ist nicht immer offensichtlich, und es kommt häufig zu Fehlern. Im Zweifelsfall 69

empfiehlt es sich, sowohl die Klage als auch die Beschwerde in zwei getrennten Schriftsätzen einzureichen.

70 Was die Prüfung der Zuständigkeit im Sinne von Art. 444 ZGB betrifft, schlagen einige Autoren vor, dass der Gesetzgeber Abs. 4 dieser Bestimmung ergänzt, um ausdrücklich festzuhalten, dass die Entscheidung der Justizbehörde für die anderen Kantone bindend ist. Aus den oben genannten Gründen (vgl. N. 65 *supra*) scheint eine solche Lösung die Souveränität der Kantone wenig zu respektieren. Diese wird gerade durch den Rechtsweg gewahrt, der es den Kantonen ermöglicht, sich vor dem Bundesgericht auf Augenhöhe zu begegnen.

4. Verfassungsmässigkeit von Art. 120 Abs. 2 BGG

71 Gemäss Zheni Luks schreibt Art. 189 Abs. 2 BV **nur die Klage** und nicht die Beschwerde als Verfahren zur Beilegung von Streitigkeiten zwischen dem Bund und den Kantonen oder zwischen den Kantonen vor. Sie leitet dies insbesondere aus der Bedeutung und Art der betreffenden Streitigkeiten ab, die es erfordern, dass nur das Bundesgericht in einem einzigen Instanzverfahren zur Entscheidung über diese Streitigkeiten zuständig ist. Sie ist daher der Ansicht, dass Art. 120 Abs. 2 BGG, wonach die Klage unzulässig ist, wenn ein anderes Bundesgesetz eine Behörde ermächtigt, über solche Streitigkeiten zu entscheiden, und wenn gegen diese Entscheidung in letzter Instanz eine *Beschwerde* beim Bundesgericht zulässig ist, nicht mit Art. 189 Abs. 2 BV. Nach ihrer Auslegung dieser Norm hätte der Verfassungsgeber dem Gesetzgeber somit nicht gestattet, für diese Streitigkeiten einen anderen Rechtsweg als die Klage vorzusehen.

72 Wir teilen diese Auffassung nicht. Es ist Sache des Bundesgesetzgebers, zu entscheiden, ob diese Streitigkeiten im Wege einer Klage oder einer Beschwerde entschieden werden sollen. Es handelt sich um eine Frage der Gerichtsorganisation, die in der Bundesverfassung nichts zu suchen hat und im BGG geregelt werden kann. Die von dieser Autorin vorgeschlagene Lösung, die für die in Art. 120 Abs. 1 Bst. a und b BGG vorgesehenen Streitigkeiten den Rechtsweg befürwortet, bietet zwar mehr Klarheit und verringert die Rechtsunsicherheit. Wie wir jedoch bereits gesehen haben, kann es manchmal schwierig sein, festzustellen, ob ein anderes Bundesgesetz eine Behörde ermächtigt, über solche Anfechtungen zu entscheiden; es kommt nämlich vor, dass das Bundesgericht auf Verfahren, mit denen es befasst ist,

nicht eintritt (vgl. N. 62 und N. 66 *oben*). Der in Art. 120 Abs. 2 BGG vorgesehene Rechtsmittelweg entspricht jedoch dem sowohl in der Botschaft zur neuen Bundesverfassung als auch in der Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege mehrfach zum Ausdruck gebrachten Willen, das Bundesgericht zu entlasten. Art. 120 Abs. 2 BGG steht daher unserer Ansicht nach **im Einklang mit Art. 189 Abs. 2 BV**.

C. Weitere Zuständigkeiten (Abs. 3)

Art. 189 Abs. 3 BV ermöglicht es dem Gesetzgeber, die Zuständigkeiten des Bundesgerichts zu erweitern. Die Lehre ist sich über die Art dieser weiteren Zuständigkeiten 73
nicht einig, was nicht verwunderlich ist, da diese Bestimmung **wenig Anhaltspunkte** liefert. Pascal Mahon ist der Ansicht, dass diese Norm nicht ausschliesslich gerichtliche Zuständigkeiten betrifft, sondern auch andere Zuständigkeiten legislativer oder exekutiver Art. Neben den gerichtlichen Zuständigkeiten scheint Goran Seferovic auch Regelungs- oder Vollzugsbefugnisse nicht auszuschliessen, sofern sie mit gerichtlichen Zuständigkeiten (Art. 189 BV) oder dem Selbstverwaltungsrecht des Bundesgerichts (Art. 188 Abs. 3 BV). Giovanni Biaggini kommt zum gleichen Schluss, erwähnt jedoch nicht die Exekutivbefugnisse.

Der Gesetzgeber hat Abs. 3 im **BGG** sowie in **anderen Bundesgesetzen** 74
angewendet. Er hat dem Bundesgericht die Zuständigkeit übertragen, mit voller Kognitionsbefugnis die Verletzung ausländischen Rechts (Art. 96 BGG) sowie die unvollständige oder fehlerhafte Feststellung des Sachverhalts bei der Gewährung oder Verweigerung von Geldleistungen der Unfallversicherung oder der Militärversicherung (Art. 97 Abs. 2 BGG) zu prüfen. Als weitere Zuständigkeiten, die sich aus Absatz 3 ergeben, ist noch anzumerken, dass das Bundesgericht die einzige Instanz für die Beschwerde und Revision von Schiedssprüchen ist (Art. 191 IPRG), dass es die Aufsicht über die Geschäftsführung des Bundesgerichts, des Bundesverwaltungsgerichts und des Bundespatentgerichts ausübt (Art. 1 Abs. 2 BGG) und dass es die Mitglieder der Schätzungskommissionen ernennt (Art. 59 Abs. 2 erster Satz LEx).

Die Zuständigkeit des Bundesgerichts wurde auch im Rahmen der **direkten** 75
Verfahren erweitert (vgl. N. 55 ff. *oben*) . Es entscheidet im Eininstanzverfahren über Klagen auf Schadenersatz oder Genugtuung, die

sich aus der amtlichen Tätigkeit von Personen gemäss Art. 1 Abs. 1 Bst. a bis c^{bis} des Bundesgesetzes vom 14. März 1958 über die Haftung des Bundes, seiner Behörden und seiner Beamten (LRCF; SR 170.32) (Art. 120 Abs. 1 Bst. c BGG) geltend machen, namentlich die Mitglieder des Bundesrates und der Bundeskanzler, die Mitglieder und Ersatzmitglieder der Bundesgerichte sowie die Mitglieder der Aufsichtsbehörde über die Bundesanwaltschaft. Art. 10 Abs. 2 erster Satz VHG hat denselben Wortlaut wie Art. 120 Abs. 1 Bst. c BGG. In solchen Fällen ist wie folgt vorzugehen. Nach Einreichung eines Entschädigungsgesuchs beim Eidgenössischen Finanzdepartement (Art. 20 Abs. 2 FGG) muss die Person, die sich benachteiligt fühlt, beim Bundesgericht Klage erheben (Art. 120 Abs. 1 Bst. c BGG) Klage beim Bundesgericht erheben, wenn dieser Antrag vom Bund angefochten wird oder wenn dieser nicht innerhalb von drei Monaten Stellung genommen hat. Sie muss dann innerhalb von sechs Monaten eine Klage beim Bundesgericht einreichen (Art. 20 Abs. 3 BGG, Art. 3 der Verordnung vom 30. Dezember 1958 zum Bundesgesetz über die Haftung [OLRCF; SR 170.321]).

76 Seit Inkrafttreten des BGG im Jahr 2007 wurden beim Bundesgericht rund 39 **Haftungsklagen gegen den Bund** auf der Grundlage von Art. 120 Abs. 1 Bst. c BGG eingereicht (Stand: März 2025). Von diesen 39 Urteilen wurden 22 Klagen für unzulässig erklärt, 12 wurden abgewiesen (einschliesslich hinsichtlich ihrer Zulässigkeit), die übrigen wurden aus dem Register gestrichen, weil sie gegenstandslos geworden waren oder durch Rückzug oder gerichtlichen Vergleich beendet worden waren. Bemerkenswert ist die hohe Zahl der für unzulässig erklärten Klagen und das Fehlen von Zulassungen. Die häufigsten Fälle der Unzulässigkeit betreffen Klagen auf Staatshaftung, die von Privatpersonen gegen Mitglieder einer kantonalen Behörde eingereicht wurden und nicht direkt beim Bundesgericht, sondern bei einer kantonalen Behörde hätten eingereicht werden müssen. Weitere Fälle der Unzulässigkeit betreffen Kläger, die sich nicht auf das rechtswidrige Verhalten eines Mitglieds einer Behörde berufen, das zum Kreis der in Art. 1 Abs. 1 Bst. a bis c^{bis} BGG genannten Personen gehört.

77 Die Lehre betont schliesslich, dass die Ausweitung der Zuständigkeiten des Bundesgerichts **Grenzen hat**. Art. 189 BV setzt das Vorliegen einer Anfechtung voraus (vgl. N. 13 *oben*), was bedeutet, dass Absatz 3 keine Rechtsgrundlage darstellt, die es dem Gesetzgeber ermöglichen würde, die Zuständigkeit des Bundesgerichts auf die Abgabe von Rechtsgutachten

auszuweiten. Mehrere Autoren sind daher der Ansicht, dass die Praxis des *obiter dictum*, einer lateinischen Redewendung, die wörtlich «nebenbei bemerkt» bedeutet, d. h. eine für die Streitbeilegung unnötige Meinung, fragwürdig oder sogar unvereinbar mit der Aufgabe des Bundesgerichts ist, nur über Streitigkeiten zu entscheiden, die ihm von den Parteien vorgelegt werden. Untersuchungen zeigen jedoch, dass das Bundesgericht häufig davon Gebrauch macht. Es ist jedoch richtig, dass es in der Praxis manchmal nützlich sein kann, darauf zurückzugreifen, um das zu entscheidende Rechtsproblem umfassend darzulegen, es abzugrenzen oder einem Rechtsuchenden zusätzliche Erklärungen zu geben, auch wenn dabei Zurückhaltung geboten ist.

D. Handlungen der Bundesversammlung und des Bundesrates (Abs. 4)

1. Grundsatz: Nichtanfechtbarkeit (erster Satz)

Gemäss Art. 189 Abs. 4 erster Satz BV können Handlungen der Bundesversammlung und des Bundesrats nicht vor das Bundesgericht gebracht werden. Die französische Fassung dieses Textes weicht von der deutschen und der italienischen Fassung ab, in denen präzisiert wird, dass diese Handlungen nicht «**angefochten**» («contestées», «impugnati») werden können. Dieser Unterschied ist nicht wesentlich; es wäre jedoch präziser gewesen, in Anlehnung an die beiden anderen Sprachfassungen auch in der französischen Fassung das Verb «contester» zu verwenden. 78

Die **Konsequenz** dieser Bestimmung ist folgende: Werden solche Handlungen in einem Einzelfall vor dem Bundesgericht angefochten, muss dieses eine Unzulässigkeitsentscheidung erlassen. Art. 189 Abs. 4 erster Satz BV unterscheidet sich somit von Art. 190 BV. Letztere Bestimmung sieht eine Verpflichtung zur Anwendung der Bundesgesetze und des Völkerrechts vor, nicht aber ein Prüfungsverbot. Nach der Rechtsprechung ist es möglich, die Verfassungswidrigkeit eines Bundesgesetzes im Wege einer Vorabentscheidung zu prüfen; Wird jedoch eine solche Verfassungswidrigkeit festgestellt, muss das Gesetz dennoch angewendet werden. Die Anwendung von Art. 189 Abs. 4 erster Satz BV verbietet hingegen jede materielle Prüfung und kann nur zu einem Nichteintreten des Bundesgerichts führen. 79

80 Diese Einschränkung der Zuständigkeiten des Bundesgerichts beruht auf der Vorstellung, dass die Bundesversammlung und der Bundesrat in erster Linie politische Entscheidungen treffen, die aus Gründen der **Gewaltenteilung** nicht von der Justiz überprüft werden dürfen. In den parlamentarischen Debatten wurde darauf hingewiesen, dass das Bundesgericht nicht über den Bundesrat und die Bundesversammlung gestellt werden dürfe. Abs. 4 zieht somit eine Trennlinie zwischen dem Bundesgericht und den beiden höchsten politischen Organen der Eidgenossenschaft. Es besteht auch eine enge Verwandtschaft zwischen Art. 189 Abs. 4 erster Satz BV und Art. 190 BV, die dasselbe Ziel verfolgen: die Gewährleistung der Gewaltenteilung.

81 Unter «**Handlungen**» der Bundesversammlung und des Bundesrates sind nicht nur einzelne konkrete Entscheide zu verstehen, sondern auch allgemeine und abstrakte Normen (normative Handlungen), d. h. Verordnungen des Bundesrates und Gesetzgebungsakte des Parlaments. Art. 189 Abs. 4 erster Satz BV umfasst auch die Handlungen der Organe der Bundesversammlung (Art. 31 ParlG) und der Delegationen des Bundesrates (Art. 23 RVOG), wobei letztere ohnehin keine Entscheidungsbefugnis haben (Art. 23 Abs. 2 zweiter Satz RVOG).

82 Es ist wichtig zu präzisieren, dass Art. 189 Abs. 4 erster Satz BV eine direkte oder abstrakte Kontrolle der normativen Handlungen der Bundesversammlung oder des Bundesrates unabhängig von ihrer Anwendung ausschliesst. Es ist anzumerken, dass der Nationalrat eine parlamentarische Initiative abgelehnt hat, die die Schaffung von Rechtsgrundlagen forderte, die es den Gerichten ermöglichen würden, eine rasche abstrakte Kontrolle der Normen in Bezug auf die Notverordnungen des Bundesrates (Art. 185 Abs. 3 BV in Verbindung mit Art. 7*d* RVOG) und der Bundesversammlung (Art. 173 Abs. 1 Bst. c BV in Verbindung mit Art. 7*d* Abs. 3 RVOG) zu ermöglichen. Er schliesst jedoch schliesst er nicht aus, dass diese Rechtsakte bei der **Prüfung eines Einzelfalls** einer Kontrolle auf ihre Verfassungs- oder Gesetzeskonformität unterzogen werden können (indirekte oder konkrete Kontrolle). Art. 189 Abs. 4 erster Satz BV ist jedoch in Verbindung mit Art. 190 BV, der vorsieht, dass das Bundesgericht und die anderen Behörden verpflichtet sind, die Bundesgesetze und das Völkerrecht anzuwenden. Diese Bestimmung verbietet es, die Anwendung eines verfassungswidrigen Bundesgesetzes zu verweigern, verhindert jedoch nicht, dessen

Verfassungsmässigkeit zu überprüfen («Anwendungsgebot und kein Prüfungsverbot»).

Gemäss Art. 189 Abs. 4 erster Satz BV und vorbehaltlich eines entgegenstehenden Bundesgesetzes (Abs. 4 zweiter Satz; vgl. N. 86 ff. *infra*) sind somit die Verordnungen der Bundesversammlung oder des Bundesrates vor dem Bundesgericht **nicht anfechtbar** (siehe jedoch die Möglichkeit für die Kantone, diese im Wege der direkten Klage im Sinne von Art. 120 BGG vgl. N. 93 *infra*), Bundesgesetze, Erklärungen des Nationalrats, des Ständerats oder des Bundesrats (Art. 32 und 33 RCN; Art. 27 und 28 RCE), Wahlakte der Bundesversammlung, insbesondere die Wahl der Mitglieder des Bundesrats, des Bundeskanzlers oder der Bundeskanzlerin, der Richter des Bundesgerichts und des Generals (Art. 168 Abs. 1 BV), aber auch die Wahl der Richter des Bundesverwaltungsgerichts, des Bundesstrafgerichts und des Bundespatentgerichts (Art. 168 Abs. 2 BV in Verbindung mit Art. 5 Abs. 1 VGG, 42 Abs. 1 BGG und 9 Abs. 1 BGE), die Genehmigung von völkerrechtlichen Verträgen durch die Bundesversammlung (Art. 166 Abs. 2 BV) und deren Ratifizierung durch den Bundesrat (Art. 184 Abs. 2 erster Satz BV), die Gewährleistung einer Kantonsverfassung durch die Bundesversammlung (Art. 172 Abs. 2 BV), die Erklärung der Gültigkeit oder Ungültigkeit einer Volksinitiative durch die Bundesversammlung (Art. 139 Abs. 3 BV), die Entscheide der Immunitätskommission des Nationalrats (Art. 13*a* NR-Geschäftsordnung) oder der Rechtskommission des Ständerats (Art. 28*a* SR-Geschäftsordnung) über Gesuche um Aufhebung der Immunität von Mitgliedern der Bundesversammlung (Art. 17*a* Abs. 5 ParlG) und Botschaften des Bundesrates zu Entwürfen von Erlassen (Art. 141 Abs. 1 ParlG). 83

Als **immunisierte Handlungen** im Sinne von Art. 189 Abs. 4 erster Satz BV gelten auch die Erläuterungen des Bundesrates zu Volksabstimmungen (Art. 11 Abs. 2 BPR), die von der Bundeskanzlei als Ergänzung zu den Abstimmungserklärungen des Bundesrates veröffentlichten Abstimmungsvideos, sofern sie den vom Bundesrat verabschiedeten Abstimmungserklärungen entsprechen (was einer unzulässigen Überprüfung der Abstimmungserklärungen selbst gleichkäme), die Genehmigung von Richtplänen durch den Bundesrat (Art. 11 RPG), Einreiseverbote oder Ausweisungen, die vom Bundesrat ausgesprochen werden, wenn dies zur Wahrung der Interessen des Landes erforderlich ist (Art. 184 Abs. 3 BV) oder um bestehende oder drohende Unruhen abzuwehren, die die öffentliche 84

Ordnung ernsthaft gefährden, die äussere oder innere Sicherheit (Art. 185 Abs. 3 BV), die Entscheide der Bundesversammlung über die Abberufung von Richterinnen und Richtern des EVG, des StPO oder des Bundespatentgerichts (Art. 40*a* Abs. 1 Bst. a und Abs. 3 ParlG; Art. 10 VGG; Art. 49 BPG; Art. 14 BGE), sowie der Beschluss des Bundesrats, ein Vernehmlassungsverfahren zu eröffnen und die Teilrevision der Jagdverordnung vom 1. November 2023 (AS 2023 622, Ziff. IV S. 4) in Kraft zu setzen.

85 Schliesslich muss man sich bewusst sein, dass eine **Spannung** besteht zwischen dem Grundsatz der Unanfechtbarkeit gemäss Art. 189 Abs. 4 erster Satz BV einerseits und – unter anderem – Art. 6, 13 EMRK und Art. 29*a* BV andererseits besteht. Ersterer verbietet die Anrufung des Bundesgerichts für bestimmte Handlungen, während die beiden letzteren das Recht auf Zugang zu einem Gericht, das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf sowie den Zugang zum Richter garantieren.

2. Ausnahmen: Anfechtbarkeit (zweiter Satz)

86 Art. 189 Abs. 4 zweiter Satz BV ermöglicht es dem Gesetzgeber, **Ausnahmen** von der Unanfechtbarkeit der Handlungen der Bundesversammlung und des Bundesrates vorzusehen. Diese Ausnahme war im Entwurf des Bundesrates nicht enthalten. Sie wurde von der Kommission des Ständerates eingeführt und dann vom Ständerat in seiner Sitzung vom 5. März 1998 angenommen. Der Berichterstatter hatte betont, dass der Bundesgesetzgeber damit die Möglichkeit habe, die Zuständigkeit dort zu belassen, wo er es für politisch richtig halte. Im Übrigen fanden im Nationalrat besonders intensive Debatten statt. Ein Minderheitsantrag, der letztlich nicht angenommen wurde, sah vor, dass einzelne konkrete Entscheide des Bundesrates vom Bundesgericht überprüft werden können. Ein Parlamentarier, der diesen Vorschlag unterstützte, wies darauf hin, dass man sich mit einer Abweichung vom Grundsatz der Gewaltenteilung abfinden müsse, da eine der Grundregeln unseres Rechtsstaats sei, dass die einzelnen und konkreten Handlungen der Exekutive, d. h. die Entscheidungen in Streitfällen, zumindest von einer gerichtlichen Instanz überprüft werden müssten. Ein anderer Parlamentarier argumentierte hingegen, dass es dem Bundesrat möglich sein müsse, rein politische Entscheidungen zu treffen, die keiner Kontrolle unterliegen, was mit dem Minderheitsvorschlag nicht mehr möglich wäre. Letztendlich war wohl die Intervention von Bundesrat Arnold Koller, der versicherte, dass der

Bundesrat grundsätzlich alle richterlichen Aufgaben abgeben wolle, ausschlaggebend dafür, dass der Minderheitsantrag knapp abgelehnt wurde. Es ist darauf hinzuweisen, dass die Ausnahme in Art. 189 Abs. 4 zweiter Satz BV mit der Justizreform in Verbindung gebracht werden, die in einer Volksabstimmung am 12. März 2000 angenommen wurde und insbesondere ein neues Grundrecht auf Zugang zu den Gerichten eingeführt hat (Art. 29*a* BV, in Kraft seit dem 1. Januar 2007).

87 Aus politischen Gründen hat der Gesetzgeber weitgehend darauf verzichtet, Ausnahmen im Sinne von Art. 189 Abs. 4 BV. Als Ausnahme von der Unanfechtbarkeit der Handlungen der Bundesversammlung und des Bundesrates ist **Art. 33 Bst. a und b VGG** zu nennen, wonach bestimmte Entscheide des Bundesrates und der Organe der Bundesversammlung vor dem BVGer angefochten werden können. Dabei handelt es sich insbesondere um Entscheide im Bereich der Arbeitsverhältnisse des Bundespersonals, einschliesslich der Verweigerung der Genehmigung einer Strafverfolgung (Bst. a).

88 Die Beeinträchtigung des Rechts auf Zugang zu den Gerichten (Art. 29*a* BV) wird somit durch die Möglichkeit **abgemildert**, dass der Gesetzgeber Ausnahmen vorsehen kann. Das Bundesgericht hat ebenfalls betont, dass, wenn der Gesetzgeber nicht beabsichtigt, gegen Einreiseverbote des Bundesrats gemäss Art. 189 Abs. 4 zweiter Satz BV Beschwerde beim Bundesgericht einzulegen, es Sache des Bundesrats ist, wenn nach Art.

89 Es ist jedoch klar, dass die oben genannten Mechanismen nicht alle Lücken im Bereich des **gerichtlichen Rechtsschutzes** schliessen können. Einerseits ist es illusorisch zu glauben, dass der Gesetzgeber alle Fälle vorsehen kann, in denen eine Anfechtung vor einer gerichtlichen Instanz möglich sein muss. Andererseits könnte der Bundesrat beschliessen, eine ihm durch die Verfassung übertragene Entscheidungsbefugnis selbst auszuüben und die in erster Instanz dem Departement oder dem Bundesamt für Polizei zu überlassen, weil er fälschlicherweise der Ansicht ist, dass das Völkerrecht in einem bestimmten Fall kein Beschwerderecht vorschreibt. Es ist daher wichtig zu betonen, dass sich aus der Anwendung des Völkerrechts, insbesondere aus Art. 6 Abs. 1 EMRK oder Art. 13 EMRK, auch wenn im Gesetz keine Ausnahme im Sinne von Art. 189 Abs. 4 zweiter Satz BV vorgesehen ist. Wir erwähnen die folgenden drei Beispiele (vgl. N. 90, 91 und 92 *infra*).

90 Im sogenannten «PKK-Urteil» war das Bundesgericht mit einer Beschwerde gegen einen Beschluss des Bundesrats über die Einziehung von Propagandamaterial der Kurdischen Arbeiterpartei befasst. Es stellte sich die Frage, ob das Bundesgericht auf die Beschwerde eintreten konnte, da seine Zuständigkeit gemäss den Bestimmungen des ehemaligen Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1943 über die Organisation der Bundesrechtspflege (OG; RO 60 269) ausgeschlossen war. Das Bundesgericht hatte insbesondere festgestellt, dass die Einziehung von Propagandamaterial aus Gründen der äusseren und inneren Sicherheit Rechte und Pflichten zivilrechtlicher Natur im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK betraf. Es hatte sodann entschieden, dass im Falle eines Konflikts das **Völkerrecht grundsätzlich Vorrang vor dem nationalen Recht** hat, insbesondere wenn die völkerrechtliche Norm den Schutz der Menschenrechte bezweckt. Trotz der Bestimmungen der alten OJ war das Bundesgericht daher der Ansicht, dass es auf die Beschwerde aufgrund von Art. 6 Abs. 1 EMRK eintreten müsse.

91 Die Bundesversammlung ist zuständig für die **Abberufung der Richter der erstinstanzlichen Bundesgerichte** (Art. 10 VGG; Art. 49 VAG; Art. 14 VGG). Wie wir gesehen haben, können die Beschlüsse der Bundesversammlung jedoch gemäss Art. 189 Abs. 4 BV nicht angefochten werden. Der Gesetzgeber hat in diesem Bereich keine Ausnahme vorgesehen. Gemäss den im Urteil *Vilho Eskelinen und andere gegen Finnland* festgelegten Kriterien, die für die Abberufung eines Richters gelten, müssen zwei Bedingungen kumulativ erfüllt sein, um den Schutz von Art. 6 Abs. 1 EMRK ausgeschlossen werden: Erstens muss das innerstaatliche Recht des betreffenden Staates den Zugang zu einem Gericht für die betreffende Position oder Kategorie von Arbeitnehmern ausdrücklich ausgeschlossen haben; zweitens muss diese Ausnahme auf objektiven Gründen beruhen, die mit dem Interesse des Staates zusammenhängen. Die zweite Voraussetzung wird grundsätzlich nicht erfüllt sein. Wie der EGMR bereits in seinem Urteil *Grzęda gegen Polen* festgestellt hat, kann die Unmöglichkeit für einen Richter, „auf eine grundlegende Garantie für den Schutz eines verteidigungswürdigen zivilrechtlichen Anspruchs zurückzugreifen, der eng mit der Wahrung der Unabhängigkeit der Justiz verbunden ist, nicht als im Interesse eines Rechtsstaats liegend angesehen werden". Die Amtsenthebung stellt somit ein Disziplinarverfahren dar, das in den Anwendungsbereich von Art. 6 Abs. 1 EMRK fällt. Die Lehre und die Verwaltungskommission des Bundesgerichts weisen darauf hin, dass diese Feststellung problematisch sein könnte, da die Amtsenthebung eines

Richters unter die nicht justiziablen Handlungen der Bundesversammlung fallen würde. In diesem Fall müsste das Völkerrecht seine volle Wirkung entfalten und das Bundesgericht zwingen, auf eine solche Anfechtung einzutreten. Es ist anzumerken, dass die einzige im geltenden Recht vorgesehene Disziplinarmassnahme gegen Richter der erstinstanzlichen Bundesgerichte deren Amtsenthebung durch die Bundesversammlung ist, was unbefriedigend ist. Angesichts dieser Feststellung hat die Geschäftsprüfungskommission des Ständerates (unterstützt von der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrates) am 23. Januar 2025 eine parlamentarische Initiative eingereicht, die darauf abzielt, die rechtlichen Grundlagen für die Einführung einer disziplinarischen Aufsicht über die Richter der Bundesgerichte zu schaffen. In einem von den Geschäftsprüfungskommissionen in Auftrag gegebenen Rechtsgutachten zur Ermittlung des verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Spielraums für die Einführung einer solchen Aufsicht wurde insbesondere vorgeschlagen, einen Obersten Richterrat zu schaffen, der «die heikle Frage der Beschwerde gegen einen allfälligen Abberufungsentscheid lösen würde».

92 Wie oben dargelegt (vgl. N. 84 *supra*), können die **Erläuterungen des Bundesrates** nicht direkt vor dem Bundesgericht auf der Grundlage von Art. 189 Abs. 4 erster Satz BV angefochten werden. Das Bundesgericht hat jedoch festgestellt, dass «der zum Zeitpunkt einer Volksabstimmung vorherrschende Informationsstand [...] angefochten werden kann». In einem späteren Urteil hat es präzisiert, dass diese Ausnahme nur in Ausnahmefällen gilt, wenn ein rückwirkender Schutz in Form einer erneuten Prüfung möglich ist. Gemäss seiner Rechtsprechung kann ein Recht auf Überprüfung der Ordnungsmässigkeit einer eidgenössischen Abstimmung und auf rückwirkenden Rechtsschutz direkt aus Art. 29 Abs. 1 BV (in Verbindung mit Art. 29*a* BV) abgeleitet werden, «wenn sich nach allfälligen Beschwerdeverfahren und nach dem Gültigkeitsbeschluss des Bundesrates ein massiver und entscheidender Einfluss auf die Volksabstimmung herausgestellt hat». In der Phase der Zulässigkeitsprüfung der Beschwerde muss das Vorliegen eines schwerwiegenden Fehlers glaubhaft gemacht werden. Dennoch hat das Bundesgericht seine gerichtliche Kontrolle im Bereich der politischen Rechte auf diese besondere Rüge ausgedehnt. Gemäss dieser Rechtsprechung ist somit nicht die Erklärung des Bundesrats Gegenstand des Rechtsstreits, sondern der allgemeine Informationsstand zum Zeitpunkt einer Volksabstimmung. Während ein Autor betont, dass das Bundesgericht «die

Grenzen von Art. 189 Abs. 4 BV verschoben» habe, geht ein anderer noch weiter und stellt fest, dass es selbst die Ermessensbefugnis ausgeübt habe, die gemäss Abs. 4 allein dem Bundesgesetzgeber zusteht.

93 Die Mehrheit der Lehre räumt schliesslich ein, dass ein Kanton im Rahmen von **Direktverfahren** (vgl. N. 55 ff. *oben*) eine Entscheidung oder einen Beschluss des Bundesrats oder der Bundesversammlung direkt vor das Bundesgericht bringen kann. Der Grundsatz der Unanfechtbarkeit von Art. 189 Abs. 4 Satz 1 BV würde somit nicht für Direktverfahren gelten. Man könnte nämlich davon ausgehen, dass Art. 189 Abs. 2 BV und Art. 120 Abs. 1 Bst. a und b BGG Ausnahmen im Sinne von Art. 189 Abs. 4 zweiter Satz BV darstellen.

Über den Autor

Jérôme Gurtner hat an der Universität Neuenburg in Rechtswissenschaften promoviert und ein Spezialisierungszertifikat (CAS) in Rechtspflege erworben. Derzeit ist er Gerichtsschreiber am Bundesverwaltungsgericht I. Seine Forschungsarbeiten und Veröffentlichungen befassen sich insbesondere mit dem Anwaltsrecht, der Transparenz in der Verwaltung, dem Recht der neuen Technologien und, im weiteren Sinne, dem öffentlichen Recht. Er unterrichtet im Rahmen des CAS «Recht und künstliche Intelligenz» an der Universität Neuenburg und ist Mitherausgeber des Online-Kommentars zum Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung. Der Autor lädt die Leser ein, ihm ihre Anmerkungen an folgende Adresse zu senden: contact@jeromegurtner.ch.

Der Autor dankt Pascal Mahon, emeritierter Professor der Universität Neuenburg, Jean Perrenoud, Jurist und Dokumentarist, den Herausgebern dieses Kommentars, Odile Ammann und Stefan Schlegel, sowie den beiden anonymen Korrektoren für ihre Vorschläge und ihr sorgfältiges Korrekturlesen.

Diese Veröffentlichung gibt nur die Meinung des Autors wieder und nicht die des Bundesverwaltungsgerichts.

EMPFOHLENE WEITERFÜHRENDE LEKTÜRE

Biaggini Giovanni, art. 189 Cst., in : Biaggini Giovanni (édit.), BV Kommentar, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2e éd., Zurich 2017 (cité : Biaggini).

Chaix François, art. 189 Cst., in : Martenet Vincent/Dubey Jacques (édit.), Constitution fédérale, Commentaire Romand, Bâle 2021.

Mahon Pascal, art. 189 Cst., in : Aubert Jean-François/Mahon Pascal (édit.), Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zurich/Bâle/Genève 2003.

Reich Johannes, art. 189 Cst., in : Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid, Stefan G./Schweizer, Rainer J. (édit.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4e éd., Zurich 2023.

Seferovic Goran, art. 189 Cst., in : Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid, Bundesverfassung, Basler Kommentar, 2e éd., Bâle 2025.

LITERATURVERZEICHNIS

Ammann Odile, Domestic Courts and the Interpretation of International Law – Methods and Reasoning Based on the Swiss Example, Leiden 2019.

Auer Andreas, Staatsrecht der schweizerischen Kantone, Zurich 2016.

Bergamin Florian, Die Stadt im Bundesstaat, Berne 2024.

Biaggini Giovanni, art. 189 Cst., in : Biaggini Giovanni (édit.), BV Kommentar, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2e éd., Zurich 2017 (cité : Biaggini).

Biaggini Giovanni, art. 72 Cst., in : Biaggini Giovanni (édit.), BV Kommentar, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2e éd., Zurich 2017 (cité : Biaggini).

Biaggini Giovanni, art. 9 Cst., in : Biaggini Giovanni (édit.), BV Kommentar, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2e éd., Zurich 2017 (cité : Biaggini).

Bieri Peter/Grosjean Michelle Angela/Wyss Karl-Marc, Altersgrenze und Rechtsschutz bei Richterwahlen, in : « Justice – Justiz – Giustizia » 2021/1.

Bieri-Evangelisti Peter, Die Legitimation bei der abstrakten Normenkontrolle : Braucht es ein aktuelles Rechtsschutzinteresse ? in : recht 2025 p. 36-50.

Boillet Véronique, art. 11 ALCP, in : Amarelle Cesla/Nguyen Minh Son (édit.), Code annoté de droit des migrations – Accord sur la libre circulation des personnes (ALCP), Vol. 3, Berne 2014.

Bolkensteyn Arun, Le contrôle des normes, spécialement par les cours constitutionnelles cantonales, Berne 2014.

Bovey Grégory, art. 95 LTF, in : Girardin Aubry Florence/Donzallaz Yves/Denys Christian/Bovey Grégory/Frésard Jean-Maurice (édit.), Commentaire de la LTF, 3e éd., Berne 2022.

Cavin Pierre, Le Tribunal fédéral suisse, in : Revue internationale de droit comparé, Vol. 30, No 1, 1978, p. 345-362.

Chabloz Isabelle/Copt Corinne, art. 444 CC, in : Pichonnaz Pascal/Foëx Bénédict/Fountoulakis Christiana (édit.), Code civil I, Commentaire Romand, 2e éd., Bâle 2023.

Chaix François, art. 189 Cst., in : Martenet Vincent/Dubey Jacques (édit.), Constitution fédérale, Commentaire Romand, Bâle 2021.

Chaix François, Les motifs du recours en matière de droit public, in : Bohnet François/Tappy Denis (édit.), Dix ans de loi sur le Tribunal fédéral, Neuchâtel/Bâle 2017, p. 187-223 (Les motifs du recours).

Chancellerie fédérale, Guide linguistique des lois et ordonnances de la Confédération, version du 15 juillet 2025, https://perma.cc/XN4Q-TF28, consulté le 27 septembre 2023.

Chappuis Benoît/Gurtner Jérôme, La profession d'avocat, Zurich 2021.

Chatton Gregor T., Vers la pleine reconnaissance des droits économiques, sociaux et culturels, Zurich 2014.

Collette Marlène, Commentaire de l'arrêt du TF 2C_694/2022 du 21 décembre 2023, in : Newsletter IFF 3/2024, https://perma.cc/ZY4Z-GSSF, consulté le 9 mars 2025.

Commission administrative du Tribunal fédéral, Surveillance exercée par le Tribunal fédéral sur les tribunaux fédéraux de première instance – nécessité de légiférer, Lausanne 2023, https://perma.cc/53PR-REZH, consulté le 31 mars 2025 (cité : CA-TF 2023).

Donzallaz Yves, art. 120 LTF, in : Aubry Girardin Florence/Donzallaz Yves/Denys Christian/Bovey Grégory/Frésard Jean-Maurice, Commentaire de la LTF, 3e éd., Berne 2022.

Donzallaz Yves, art. 5 LTF, in : Aubry Girardin Florence/Donzallaz Yves/Denys Christian/Bovey Grégory/Frésard Jean-Maurice, Commentaire de la LTF, 3e éd., Berne 2022.

Donzallaz Yves, La protection judiciaire des juges contre la non élection, la non-réélection ou la révocation, in : De Rossa Federica/Bovey Grégory/Hurni Christoph (édit.), 150 ans Tribunal fédéral, Mélanges, Berne 2025, p. 189-223.

Donzallaz Yves, Loi sur le Tribunal fédéral, Commentaire, Berne 2008.

Dubey Jacques, art. 9 Cst., in : Martenet Vincent/Dubey Jacques (édit.), Constitution fédérale, Commentaire Romand, Bâle 2021.

Dubey Jacques/Zufferey Jean-Baptiste, Droit administratif général, 2e éd., Bâle 2024.

Egli Patricia, Introduction to Public International Law, 3e éd., Zurich 2024.

Gavillet Aurélie, art. 11 Cst., in : Martenet Vincent/Dubey Jacques (édit.), Constitution fédérale, Commentaire Romand, Bâle 2021.

Gonin Luc, Droit constitutionnel suisse, Zurich 2021.

Grodecki Stéphane, art. *29a* Cst., in : Martenet Vincent/Dubey Jacques, Constitution fédérale, Commentaire Romand, Bâle 2021.

Gunjic Ivan/Kords Natascha, Art. 191 Cst., in : Stefan Schlegel/Odile Ammann (édit.), Commentaire en ligne de la Constitution fédérale, version du 29.07.2025, https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/bv191.

Häfelin Ulrich/Haller Walter/Keller Helen/Thurnherr Daniela, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10e éd., Zurich 2020.

Haller Walter, art. 169 Cst., in : Ehrenzeller Bernhard/Schindler, Benjamin/Schweizer, Rainer J./Vallender, Klaus A. (édit.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3e éd., Zurich 2014.

Hertig Randall Maya/Chatton Gregor, Les droits sociaux fondamentaux dans l'ordre juridique suisse, in : Heckendorn Urscheler Lukas (édit.), Rapports suisses présentés au XIXe Congrès international de droit comparé, Vienne, du 20 juillet au 26 juillet 2014, Zurich 2014, p. 289-348.

Hofstetter David, Das Verhältnismässigkeitsprinzip als Grundsatz rechtsstaatlichen Handelns (Art. 5 Abs. 2 BV) – Ausgewählte Aspekte, Zurich 2014.

Jaag Tobias, Kooperativer Föderalismus – Verstärkte Zusammenarbeit im Bundesstaat, in : PJA 2013, p. 774-781.

Jeannerat Eloi, L'organisation régionale conventionnelle à l'aune du droit constitutionnel, Bâle 2018.

Kälin Walter/Epiney Astrid/Caroni Martina/Künzli Jörg/Pirker Benedikt, Völkerrecht, Eine Einführung, Berne 2022.

Kaufmann Mathias, Der öffentlichrechtliche Anspruch – unter besonderer Berücksichtigung seiner Rolle im Prozessrecht, Zurich 2015.

Kaufmann Mathias, Die « Big 4 » vor Bundesgericht, in: Jusletter 15 septembre 2025.

Kaufmann Mathias, Die unmittelbare Anwendbarkeit von Verfassungsnormen, in : Jusletter du 16 octobre 2017.

Kiener Regina/Durrer Beatrice/Fässler Stéphanie/Knüssel Melanie, Verfahren der Amtsenthebung von Richterinnen und Richtern der erstinstanzlichen Gerichte des Bundes, Gutachten im Auftrag der Gerichtskommission der Vereinigten Bundesversammlung, 07.11.2007, in JAAC 2008 n° 25 p. 316.

Kiener Regina/Durrer Beatrice/Fässler Stéphanie/Knüssel Melanie, Verfahren der Erneuerungswahl von Richterinnen und Richtern des Bundes Gutachten im Auftrag der Gerichtskommission der Vereinigten Bundesversammlung, 28.01.2008, in JAAC 2008 n° 26 p. 350.

Kley Andreas, art. 72 Cst., in : Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid, Stefan G./Schweizer, Rainer J. (édit.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4e éd., Zurich 2023.

Kocher Martin, Die bundesgerichtliche Kontrolle von Steuernormen. Grundlagen, Anfechtungsobjekt, Streitgegenstand, Verfahren, Fallstudien, Berne 2018.

Kölz Alfred/Häner Isabelle/Bertschi Martin, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3e éd., Zurich 2013.

Kradolfer Matthias, Art. 29*a* Cst., in : Stefan Schlegel/Odile Ammann (édit.), Commentaire en ligne de la Constitution fédérale, version du 25.07.2023, https://onlinekommentar.ch/fr/kommentare/bv29a.

Lammers Guillaume, La démocratie directe et le droit international – Prise en compte des obligations internationales de la Confédération et participation populaire à la politique extérieure, Berne 2015.

Luks Zheni, Klage an das Bundesgericht bei öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten zwischen Bund und Kantonen oder zwischen Kantonen (Art. 120 BGG), Berne 2022.

Mahaim Raphaël, art. 73 Cst., in : Martenet Vincent/Dubey Jacques (édit.), Constitution fédérale, Commentaire Romand, Bâle 2021.

Mahon Pascal, Les tribunaux dans la nouvelle Constitution fédérale et le rôle du juge, entre indépendance de la justice, État de droit et démocratie, in : «Justice - Justiz - Giustizia» 2025/1 (cité : Les tribunaux).

Mahon Pascal, art. 189 Cst., in : Aubert Jean-François/Mahon Pascal (édit.), Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zurich/Bâle/Genève 2003.

Mahon Pascal, Droit constitutionnel Volume I, Institutions, juridiction constitutionnelle et procédure, 3e éd., Bâle 2014.

Mahon Pascal, Remarques liminaires relatives au Chapitre 4 : Tribunal fédéral et autres autorités judiciaires, in : Aubert Jean-François/Mahon Pascal (édit.), Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zurich/Bâle/Genève 2003 (cité : Remarques liminaires).

Malinverni Giorgio/Hottelier Michel/Hertig Randall Maya/Flückiger Alexandre, Droit constitutionnel suisse, Volume I : l'État, 4e éd., 2021.

Marguin Julien, La justiciabilité : essai critique sur un critère de la démocratie constitutionnelle, Thèse, 2021, https://perma.cc/X9P9-UN5A, consulté le 2 mars 2025.

Martenet Vincent, art. 8 Cst., in : Martenet Vincent/Dubey Jacques (édit.), Constitution fédérale, Commentaire Romand, Bâle 2021.

Martenet Vincent, La reconnaissance de droits fondamentaux non écrits, in : De Rossa Federica/Bovey Grégory/Hurni Christoph (édit.), 150 ans Tribunal fédéral, Mélanges, Berne 2025, p. 671-686.

Martenet Vincent/von Büren Théophile, art. 34 Cst., in : Martenet Vincent/Dubey Jacques (édit.), Constitution fédérale, Commentaire Romand, Bâle 2021.

Message du Conseil fédéral du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle constitution fédérale, FF 1997 I 1, https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1997/1_1_1_1/fr, consulté le 27 septembre 2023.

Message du Conseil fédéral du 28 février 2001 concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale, FF 2001 4000, https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2001/731/fr, consulté le 27 septembre 2023.

Moor Pierre/Flückiger Alexandre/Martenet Vincent, Droit administratif, Volume I : Les fondements généraux, 3e éd., Berne 2012.

Moor Pierre/Poltier Etienne, Droit administratif, Volume II : Les actes administratifs et leur contrôle, 3e éd., Berne 2011.

Mösching Fabian, commentaire de l'art. 75*b* Cst., in : Stefan Schlegel/Odile Ammann (édit.), Commentaire en ligne de la Constitution fédérale, version du 4.11.2023, https://onlinekommentar.ch/fr/kommentare/bv75b.

Moser-Szeless Margit, art. 49 PA, in : Bellanger François/Candrian Jérôme/Madeleine Hirsig-Vouilloz (édit.), Loi fédérale sur la procédure administrative, Commentaire Romand, Bâle 2024.

Müller Markus, Verhältnismässigkeit – Ein Verfassungsprinzip zwischen Rechtsregel und Metaregel, in : Uhlmann Felix (édit.), Verhältnismässigkeit als

Grundsatz in der Rechtsetzung und Rechtsanwendung – 17. Jahrestagung des Zentrums für Rechtsetzungslehre, Zurich 2019, p. 7-32.

Office fédéral de la justice, Guide de législation, Guide pour l'élaboration de la législation fédérale, 5e éd., entièrement révisée et complétée, Berne 2025, https://perma.cc/U84V-XDRG, consulté le 1er mars 2025.

Pellaton Nicolas, Le droit disciplinaire des magistrats du siège, Neuchâtel 2016.

Reich Johannes, art. 189 Cst., in : Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid, Stefan G./Schweizer, Rainer J. (édit.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4e éd., Zurich 2023.

Rhinow René/Koller Heinrich/Kiss Christina/Thurnherr Daniela/Brühl-Moser Denise, Öffentliches Prozessrecht, 4e éd., Bâle 2021.

Rhinow René/Schefer Markus/Uebersax Peter, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3e éd., Bâle 2016.

Seferovic Goran, art. 189 Cst., in : Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid, Bundesverfassung, Basler Kommentar, 2e éd., Bâle 2025.

Tanquerel Thierry, Avis de droit concernant la surveillance exercée par le Tribunal fédéral sur les tribunaux fédéraux de première instance – nécessité de légiférer, le 2 février 2024, https://perma.cc/HAR7-58EH.

Tappy Denis, L'histoire éclaire la loi : les règles actuelles limitant le pouvoir d'examen au sujet des faits du Tribunal fédéral comme autorité de recours et leur histoire, in : « Justice – Justiz – Giustizia » 2025/3.

Thurnherr Daniela, Rechtsgutachten im Rahmen der Inspektion « Aufsicht des Bundesgerichts über die erstinstanzlichen Bundesgerichte – gesetzgeberischer Handlungsbedarf » im Auftrag der Geschäftsprüfungskommissionen von National- und Ständerat, le 29 janvier 2024, https://perma.cc/3RUB-8UXT.

Tschannen Pierre, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 5e éd., Berne 2021.

Waldmann Bernhard, art. 120 LTF, in : Niggli Marcel Alexander/Uebersax Peter/Wiprächtiger Hans/Kneubühler Lorenz (édit.), Bundesgerichtsgesetz, Basler Kommentar, 3e éd., Bâle 2018.

Wüger Daniel, Anwendbarkeit und Justiziabilität völkerrechtlicher Normen im schweizerischen Recht: Grundlagen, Methoden und Kriterien, Berne 2005.

Wurzburger Alain, art. 120 LTF, in : Corboz Bernard/Wurzburger Alain/Ferrari Pierre/Frésard Jean-Maurice/Aubry Girardin Florence (édit.), Commentaire de la LTF, 2e éd., Berne 2014.

Wurzburger Alain, Le Tribunal fédéral – Comprendre son fonctionnement, agir devant ses juges, Genève 2011.

Zen-Ruffinen Piermarco, Droit administratif et procédure administrative, Traité, Vol. I : Partie générale, Bâle 2025.

Zen-Ruffinen Piermarco, Droit administratif et procédure administrative, Traité, Vol. II : Procédure et justice administratives, Bâle 2025.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 191 BV

Eine Kommentierung von Ivan Gunjic / Natascha Kords

ZITIERVORSCHLAG

Ivan Gunjic/Natascha Kords, Kommentierung zu Art. 191 BV, in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (Hrsg.), Onlinekommentar zur Bundesverfassung

Kurzzitat: OK-Gunjic/Kords, Art. 191 BV N. XXX.

Art. 191 Zugang zum Bundesgericht

[1] Das Gesetz gewährleistet den Zugang zum Bundesgericht.

[2] Für Streitigkeiten, die keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung betreffen, kann es eine Streitwertgrenze vorsehen.

[3] Für bestimmte Sachgebiete kann das Gesetz den Zugang zum Bundesgericht ausschliessen.

[4] Für offensichtlich unbegründete Beschwerden kann das Gesetz ein vereinfachtes Verfahren vorsehen.

GLIEDERUNG

I. Entstehungsgeschichte 1785
II. Grundlagen 1786
A. Zweck 1786
B. Verfassungsrechtlicher Kontext 1786
C. Umsetzung im Gesetz 1788
III. Kommentar i.e.S. 1789
A. Gewährleistung des Zugangs (Abs. 1) 1789
B. Streitwertgrenzen (Abs. 2) 1791
1. Grundsatz 1791
2. Ausnahme: Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung 1793
C. Ausschluss von Sachgebieten (Abs. 3) 1795
1. Verfassungsrechtliche Ausgangslage 1795
2. Würdigung des geltenden Rechts 1796
3. Reformbestrebungen 1800
D. Vereinfachtes Verfahren (Abs. 4) 1801
Weitere empfohlene Lektüre 1802
Literaturverzeichnis 1803
Materialienverzeichnis 1805

I. ENTSTEHUNGSGESCHICHTE

Die umfassende Regelung des Zugangs zum Bundesgericht in Art. 191 BV geht auf die **Justizreform** zurück, die am 12. März 2000 von Volk und Ständen angenommen wurde und am 1. Januar 2007 in Kraft getreten ist.[6363] Die Verfassungen 1848 und 1874 wiesen dem Bundesgericht noch ausdrücklich einzelne Sachkompetenzen nach dem Enumerationsprinzip zu.[6364] Nunmehr beauftragt Art. 191 BV den Gesetzgeber, den Zugang zum Bundesgericht zu gewährleisten, und ermächtigt ihn gleichzeitig, Zugangsschranken (zum Begriff N. 3) zu errichten. 1

Art. 191 BV war einer der **umstrittensten** Aspekte der Justizreform und ist das Ergebnis einer Abwägung zwischen den Anliegen, einerseits den Zugang zum Bundesgericht möglichst offen zu halten und es andererseits vor Überlastung zu schützen.[6365] Der Bundesrat schlug ursprünglich vor, den Zugang zum nationalen Höchstgericht nur so weit verfassungsrechtlich zu gewährleisten, als sich Rechtsfragen von grundlegender Bedeutung stellen oder der Verfahrensausgang schwerwiegende Folgen für eine Partei hat.[6366] Die Verfassungskommission des Ständerates wollte den Zugang dagegen nur bei Streitigkeiten über Rechtsfragen von grundlegender Bedeutung gewährleisten.[6367] In die andere Richtung ging die nationalrätliche Verfassungskommission, die dem Gesetzgeber grundsätzlich nur in Fällen von untergeordneter Tragweite oder bei offenkundig aussichtslosen Beschwerden die Befugnis einräumen wollte, den Zugang zum Bundesgericht zu beschränken.[6368] Es bedurfte zweier Differenzbereinigungsverfahren, bis Art. 191 BV schliesslich angenommen wurde.[6369] 2

6363 Bundesratsbeschluss über das Ergebnis der Volksabstimmung vom 12. März 2000; Bundesbeschluss über das vollständige Inkrafttreten der Justizreform.

6364 Art. 101 der Bundesverfassung vom 12.12.1848 (BBl 1849 I 3); Art. 110–114 der Bundesverfassung vom 29.05.1874 (AS 1 1); vgl. auch Art. 189 f. BV in der Fassung vom 1.1.2000 (AS 1999 2556); CR-Aubry Girardin, Art. 191 BV N. 1; BSK-Seferovic, Art. 191 BV N. 1.

6365 Biaggini, Art. 191 BV N. 1; vgl. OK-Kradolfer, Art. 29a BV N. 6.

6366 Botschaft 1996, S. 642.

6367 Art. 178a VK-S Vorlage C.

6368 Art. 178a VK-N Vorlage C.

6369 Eingehend dazu SGK-Kiss/Koller, 3. Aufl., Art. 191 BV N. 1 ff.; BSK-Seferovic, Art. 191 BV N. 3.

II. GRUNDLAGEN

A. Zweck

3 Art. 191 BV bildet den verfassungsrechtlichen Rahmen für die Errichtung von Zugangsschranken zum Bundesgericht durch den Gesetzgeber. **Zugangsschranken** sind verfahrensrechtliche Hürden im Beschwerdeverfahren, die verhindern sollen, dass Rechtsmittelinstanzen mit Streitigkeiten befasst werden, die für die Beurteilung durch die Rechtsmittelinstanz ungeeignet sind oder diese überfordern könnten.[6370] Prozess- und Sachurteilsvorschriften, die gestützt auf Art. 188 Abs. 2 BV erlassen werden – wie etwa formelle Anforderungen an Rechtschriften gemäss Art. 42 BGG – können zwar denselben Zweck erfüllen. Sie dienen aber in erster Linie dazu, das Verfahren vor dem Bundesgericht durch die Festlegung einheitlicher Regeln zu formalisieren. Zugangsschranken haben keine vergleichbare Formalisierungsfunktion. Vielmehr handelt es sich bei ihnen um eigentliche Verfahrenshürden zur Ausscheidung bestimmter Arten von Streitigkeiten vor dem Bundesgericht.

B. Verfassungsrechtlicher Kontext

4 Die Beurteilung der Frage, welche Streitigkeiten für die Behandlung durch das Bundesgericht ungeeignet sind oder dieses überfordern könnten, erfolgt ausgehend von einem Vorverständnis seiner **Funktionen**, das sich aus dem verfassungsrechtlichen Kontext von Art. 191 BV ergibt.[6371] Daran knüpft der Gesetzgeber an, wenn er den Zugang zum Bundesgericht beschränkt.

5 Ausgangspunkt ist die Stellung des Bundesgerichtes als «oberste rechtsprechende Behörde des Bundes» (Art. 188 Abs. 1 BV) und damit seine spezifischen Funktionen als **Höchstgericht**. Mit dieser Bezeichnung weist die Verfassung dem Bundesgericht einerseits eine zentrale Rolle bei der Wahrung der Rechtseinheit und der Rechtsfortbildung zu. Seine Praxis soll also als Richtschnur für das übrige Justizsystem dienen (Leitfunktion). Andererseits folgt aus dieser Bezeichnung, dass das Bundesgericht für den letztinstanzlichen Rechtsschutz im Einzelfall zuständig sein soll. Insbesondere wenn wichtige Rechtsgüter bzw. krasse Rechtsverstösse Gegenstand eines

6370 Kiener/Rütsche/Kuhn, Rz. 1345.
6371 Dazu eingehend SGK-Reich, Art. 191 N. 3 ff.

Verfahrens sind, soll das Bundesgericht korrigierend in individuelle Fälle eingreifen können (Auffangfunktion).[6372] Die Funktionen des Bundesgerichts werden ferner durch seine sachlichen Zuständigkeiten nach Art. 189 BV vorgegeben.[6373]

Im Weiteren kommt dem Bundesgericht als höchster innerstaatlicher Instanz 6
eine besondere Bedeutung bei der Konkretisierung und Durchsetzung der **Grundrechtsordnung** zu.[6374] Da der Gesetzgeber bei der Rechtssetzung zur Verwirklichung der Grundrechte angehalten ist,[6375] hat er diese Funktion des Bundesgerichts bei der Beschränkung des Zugangs zu berücksichtigen. Auch können die speziellen Rechtsweggarantien,[6376] die eigentlich nicht auf Höchstgerichte mit beschränkter Kognition zugeschnitten sind, den Gesetzgeber dazu anhalten, den Zugang zum Bundesgericht offen zu halten, solange das vorinstanzliche Verfahren den entsprechenden Anforderungen nicht genügt. So garantierte die Rechtsmittelgarantie im Strafrecht den Zugang zum Bundesgericht als zweitinstanzliche Bundesstrafgerichtsbehörde, bis die Berufungskammer des Bundesstrafgerichts eingerichtet wurde.[6377]

Die Justizreform beruhte auf der Annahme, dass die Funktionsfähigkeit des 7
Bundesgerichts durch eine zu hohe Geschäftslast gefährdet sei. Eine personelle Aufstockung des Gerichts wurde aber kategorisch abgelehnt. Die Verfassungsgeberin befürchtete, dass andernfalls die Rechtseinheit gefährdet würde und das Bundesgericht zu einer «Rechtsprechungsfabrik» verkommen könnte.[6378] Sie ging davon aus, dass seine höchstrichterlichen Funktionen stattdessen nur durch eine stärkere **Fokussierung** gewährleistet werden könnten.[6379] Art. 191 BV ermöglicht es dem Gesetzgeber, die Aufmerksamkeit des Bundesgerichts auf die in diesem Zusammenhang wesentlichen Streitfälle

6372 Biaggini, Art. 188 BV N. 4; Kiener, in: Staatsrecht, § 21 Rz. 4 und 8; BSK-Koller, Art. 1 BGG N. 37 ff.

6373 Bundesrechtliche Streitigkeiten nach Art. 189 Abs. 2 BV fallen allerdings nicht in den Anwendungsbereich von Art. 191 BV, vgl. SGK-Reich, Art. 191 BV N. 18 m.w.H.

6374 Kiener/Kälin/Wyttenbach, § 8 N. 1 ff. m.w.H.

6375 Art. 35 Abs. 1 und Abs. 2 BV; vgl. bspw. SGK-Schweizer, Art. 35 BV, insb. N. 9.

6376 Art. 31 und Art. 32 BV, Art. 5 Ziff. 4 und Art. 6 Ziff. 1 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101), Art. 9 und Art. 14 des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte (UNO-Pakt II, SR 0.103.2).

6377 Biaggini, Art. 32 BV N. 15.

6378 Vgl. AB SR 1998 256; AB NR 1998 1453 f.

6379 Vgl. Biaggini, Art. 191 N. 1.

zu lenken, und dient damit gleichzeitig dem Interesse an einer wirksamen und wirtschaftlichen Aufgabenerfüllung.

C. Umsetzung im Gesetz

8 Mit dem Erlass des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) – das nach der Annahme der Justizreform ausgearbeitet wurde, aber gleichzeitig mit dieser am 1. Januar 2007 in Kraft trat – hat der Gesetzgeber Zugangsschranken nach Art. 191 BV errichtet.[6380] Wie die Tabelle unten zeigt, beschränkt das BGG den Zugang zum Bundesgericht ausschliesslich im Rahmen der drei **ordentlichen Einheitsbeschwerden** im 3. Kapitel des BGG. Für die Beschwerde in Zivilsachen und in zivilrechtsnahen Bereichen des öffentlichen Rechts sieht es Streitwertgrenzen vor. Bestimmte Sachgebiete werden von der Beschwerde ausgeschlossen, vor allem im Ausschlusskatalog der öffentlich-rechtlichen Beschwerde.

	Beschwerde in Zivilsachen	*Beschwerde in Strafsachen*	*Bes öff.- Ang*
Ausschluss von Sachgebieten	Entscheide gegen Marke im Widerspruchsverfahren (Art. 73)	Entscheide der Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts ...mit Ausnahme von Zwangsmassnahmen (Art. 79)	Kat 83 Inte Rec Stra 84) Inte Amt Steu 84a
Streitwertgrenzen	allgemeine Streitwertgrenze ...mit Sonderregelung für Arbeits- und Mietrecht	-	Staa öff. Arb ...m von

6380 Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17.6.2005 (Bundesgerichtsgesetz [BGG], SR 173.110).

	...mit Ausnahmen (Art. 74)		Rechtsfragen (Art. 85)

Tabelle: Zugangsschranken im BGG

Keine Zugangsschranken bestehen für die subsidiäre Verfassungsbeschwerde im 5. Kapitel des BGG, die überhaupt nur geschaffen wurde, um Rechtsschutzlücken im Rahmen der ordentlichen Beschwerden aufzufangen (dazu N. 27). Für die Klage und die ausserordentlichen Rechtsmittel in den Kapiteln 6 und 7 des BGG sind ebenfalls keine Beschränkungen vorgesehen. Ferner gelten die Schranken der öffentlich-rechtlichen Beschwerde nicht für die abstrakte Normenkontrolle und die Stimmrechtsbeschwerde (Art. 82 lit. b und lit. c BGG).[6381] 9

III. KOMMENTAR I.E.S.

A. Gewährleistung des Zugangs (Abs. 1)

Art. 191 Abs. 1 BV formuliert einen **Auftrag an den Gesetzgeber**, den Zugang zum Bundesgericht zu gewährleisten. Absatz 1 begründet zwar keine Individualansprüche und ist nicht unmittelbar justiziabel.[6382] Die Materialien zeigen aber, dass der Gewährleistungsauftrag den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers durchaus «eingrenzen» sollte.[6383] Es handle sich dabei um einen «materiellen» Auftrag, der eine «gewisse Garantie» biete.[6384] Ursprünglich hätte der Zugang zum Bundesgericht nur bei grundsätzlichen Rechtsfragen und schweren Nachteilen für Verfahrensparteien gewährleistet werden sollen.[6385] Das Parlament erhob den Gewährleistungsauftrag aber alsbald von einer Ausnahme für diese beiden eng mit der Ausübung höchstrichterlicher Funktionen verbundenen Fälle zu einem allgemeinen Grundsatz, ohne gleichzeitig seine Bindungswirkung einzuschränken.[6386] 10

Die praktische Bedeutung des Gewährleistungsauftrags ist in der Lehre umstritten.[6387] Unseres Erachtens folgt daraus in erster Linie ein Grundsatz 11

6381 BGE 148 I 166 E. 1.2; Kiener, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten, S. 234; SHK-Seiler, Art. 82 BGG N. 4 ff.

6382 BSK-Seferovic, Art. 191 BV N. 7; Biaggini, Art. 191 N. 3; SGK-Reich, Art. 191 BV N. 12; wohl a.M. SGK-Schweizer, Einleitung zur Justizverfassung N. 6.

6383 Botschaft 1996, S. 537.

6384 AB SR 1998 267 f.; AB NR 1998 1475.

der **zugangsfreundlichen Auslegung** von Zugangsschranken. Der Auslegungsgrundsatz beruht auf der Annahme, dass der Gesetzgeber den Zugang zum Bundesgericht gewährleistet, solange er nicht eindeutig zum Ausdruck bringt, dass er von seinem Verfassungsauftrag nach Absatz 1 abweichen will. Wenn sich also mit den anerkannten Auslegungsmethoden keine klare Bedeutung von Zugangsschranken im Gesetz ermitteln lässt, sind diese unseres Erachtens so auszulegen, dass der Zugang zum Bundesgericht möglichst offen bleibt. Besondere Bedeutung kommt dem Grundsatz bei der Auslegung des Ausnahmekatalogs nach Art. 83 BGG zu, der mitunter erhebliche Interpretationsspielräume aufweist (dazu N. 25).

12 Ebenfalls umstritten ist, ob der Gesetzgeber den Zugang zum Bundesgericht durch **andere Mittel** als die in Art. 191 Abs. 2 und Abs. 3 BV genannten Streitwertgrenzen und Sachgebietsausschlüsse beschränken darf. Gegen eine solche Befugnis spricht, dass in den Beratungen ein Vorstoss gescheitert ist, der den Gesetzgeber ausdrücklich zum Erlass «besonderer Zugangsvoraussetzungen» ermächtigt hätte.[6388] Ferner war die nationalrätliche Kommission der Auffassung, dass die Absätze 2 und 3 abschliessend zu verstehen seien.[6389] Diese historischen Überlegungen treten unseres Erachtens aber hinter dem funktionalen Argument zurück, wonach für die Zulässigkeit einer Beschränkung in erster Linie deren Wirkung auf den Zugang zum Bundesgericht massgebend sein muss. Andere Mittel zur Beschränkung sind folglich zulässig, sofern sie milder sind als die ausdrücklich zulässigen Sachgebietsausschlüsse, was regelmässig der Fall sein dürfte.[6390]

13 Für zwei spezielle Formen der Zugangsbeschränkung gilt Besonderes. Dies ist zum einen das sog. «**Annahmeverfahren**», bei dem ein Gericht nur Rechtsstreitigkeiten annimmt, die es nach freiem Ermessen oder nach

---

6386 AB SR 1998 267 f.; AB NR 1998 1472 ff. Bundesrat Koller brachte den Gewährleistungsauftrag ausdrücklich mit höchstrichterlichen Funktionen in Verbindung. Nur so könne «das Bundesgericht als oberstes Gericht die Rechtseinheit wahren, die Rechtsfortbildung vorantreiben und auch den Rechtsschutz gewähren» (AB SR 1998 268).

6385 Vgl. Botschaft 1996, S. 642.

6388 AB SR 1998 267 f. Das Scheitern eines Vorstosses, der die Mittel der Zugangsbeschränkung abschliessend aufzählen wollte, ist demgegenüber von untergeordneter Bedeutung. In den Beratungen stand die Befürchtung im Vordergrund, dass durch die Aufzählung auch gewöhnliche Prozessvoraussetzungen ausgeschlossen werden könnten (vgl. AB NR 1999 1011 ff., insb. 1016; BSK-Seferovic, Art. 191 BV N. 7).

6389 AB NR 1999 1020.

6390 Gleich SGK-Kiss/Koller, 3. Aufl., Art. 191 BV N. 29; anders Aeschlimann, S. 398 f.

bestimmten gesetzlichen Kriterien für zulässig erachtet.[6391] Im internationalen Vergleich finden sich einige Höchstgerichte, die grundsätzlich autonom über Eintretensfragen entscheiden, wie etwa der U.S. Supreme Court.[6392] Die gesetzliche Übertragung einer derart weitgehenden Autonomie an das Bundesgericht wäre unseres Erachtens nicht mit Absatz 1 vereinbar, der dem Gesetzgeber – und nicht dem Bundesgericht – den Auftrag erteilt, den Zugang zu gewährleisten. In den Verfassungsberatungen wurde denn auch die Befürchtung geäussert, das Bundesgericht könnte den Zugang stärker einschränken, als in Art. 191 BV beabsichtigt.[6393] Wir sehen aber Raum für die Schaffung eines Annahmeverfahrens im Gesetz, sofern dieses an vordefinierte Eintretenskriterien geknüpft und auf bestimmte Sachbereiche beschränkt wird.[6394] Besonderes gilt zum anderen für das sog. «**Vorlageverfahren**», das untere Gerichte berechtigt oder verpflichtet, einem höheren Gericht bestimmte Rechtsfragen zur Entscheidung vorzulegen, wie es zum Beispiel der Gerichtshof der Europäischen Union kennt.[6395] Die Schaffung eines solchen Verfahrens auf Verfassungsstufe ist in der Schweiz – im Gegensatz zum Annahmeverfahren, das lediglich in der Botschaft als denkbare Option erwähnt, dann aber nicht mehr weiterverfolgt wurde – eingehend geprüft und letztlich verworfen worden.[6396] Eine Einführung im Gesetz scheidet daher aus unserer Sicht aus.[6397] Vorprüfungsverfahren zur Abschreibung offensichtlich unbegründeter Beschwerden sind im Übrigen ohne weiteres zulässig. Sie fallen in den Anwendungsbereich von Art. 191 Abs. 4 BV.

B. Streitwertgrenzen (Abs. 2)

1. Grundsatz

Art. 191 Abs. 2 BV ermächtigt den Gesetzgeber, Streitwertgrenzen – also 14
Mindeststreitwerte – für das Bundesgericht vorzusehen. Der **Streitwert** ist der geldwerte Ausdruck des Streitgegenstandes im Gerichtsverfahren. Zweck

6391 Botschaft 1996, S. 499.
6392 Vgl. Fontana, S. 624 ff.
6393 AB NR 1998 1472 ff.; AB NR 1999 1018.
6394 Gleich SGK-Kiss/Koller, 3. Aufl., Art. 191 BV N. 29 und 35; strenger SGK-Reich, Art. 191 BV N. 21 m.w.H.
6395 Im EU-Recht «Vorabentscheidungsverfahren» genannt, vgl. Oesch, S. 357 ff. m.w.H.
6396 Vgl. Botschaft 1996, S. 537 f.; AB SR 1998 267 f.; AB SR 1999 606 ff.; AB NR 1999 1012 ff. und 2048 ff.; AB SR 1999 979 f.
6397 Anders SGK-Kiss/Koller, 3. Aufl., Art. 191 BV N. 25 ff.; Walter, S. 141.

von Streitwertgrenzen ist der Ausschluss von Streitigkeiten über geringfügige Geldbeträge. Nur vermögensrechtliche Angelegenheiten lassen sich in Geldbeträgen beziffern.[6398] Eine vermögensrechtliche Angelegenheit liegt gemäss Bundesgericht vor, «wenn der Rechtsgrund des streitigen Anspruchs im Vermögensrecht ruht und mit der Beschwerde letztlich und überwiegend ein wirtschaftlicher Zweck verfolgt wird».[6399] Die Verfolgung eines wirtschaftlichen Zwecks setzt kein Begehren auf Bezahlung einer Geldsumme durch die Parteien voraus. Das Bundesgericht kann den Streitwert in solchen Fällen vielmehr nach Ermessen festlegen. Die Berechnung des Streitwerts im Gesetz richtet sich nach Art. 51 BGG.[6400]

15 Verfassungsrechtlich sind Streitwertgrenzen in allen **Rechtsgebieten** zulässig.[6401] Das BGG sieht Streitwertgrenzen aber nur im Zivilrecht und in zivilrechtsnahen Bereichen des öffentlichen Rechts vor. Ein Vorschlag des Bundesrates, Beschwerden wegen geringfügiger Bussen vom Zugang zum Bundesgericht auszuschliessen, wurde vom Parlament abgelehnt.[6402] Streitwertgrenzen im öffentlichen Recht sind tatsächlich nicht unproblematisch. Die öffentliche Rechtspflege dient der Durchsetzung öffentlicher Interessen und erfüllt damit Funktionen, die über die Klärung der jeweiligen Streitsache hinausgehen. Der Streitwert öffentlich-rechtlicher Streitigkeiten lässt sich daher regelmässig gar nicht beziffern. Im Strafverfahren hängt die geldwerte Höhe einer Strafe zudem nicht in jedem Fall mit ihrer Schwere zusammen.[6403]

16 Gemäss Art. 74 Abs. 1 BGG gilt für die Beschwerde in **zivilrechtlichen Angelegenheiten** eine allgemeine Streitwertgrenze in der Höhe von CHF 30'000 (lit. b). Ausgenommen sind arbeits- und mietrechtliche Streitigkeiten, wo die Grenze bei CHF 15'000 angesetzt ist (lit. a). Die Privilegierung dieser

---

6398 SGK-Reich, Art. 191 BV N. 22; vgl. BSK-Heinzmann, Art. 51 BGG N. 9; Frey, Rz. 6 ff.

6399 BGE 144 III 310 E. 1.1; BGE 142 III 145 E. 6.1; BGE 139 II 404 E. 12.1.

6400 Dazu im Einzelnen Commentaire-Frésard zu Art. 51 BGG; BSK-Heinzmann zu Art. 51 BGG.

6401 Die Verfassungsgeberin verzichtete namentlich mit Blick auf Verwaltungs- und Strafverfahren darauf, Streitwertgrenzen nur in bestimmten Rechtsgebieten zuzulassen, vgl. AB NR 1999 1012 ff.; AB SR 1999 608 f.

6402 Vgl. Schweizer, Rz. 4 ff.

6403 Vgl. Kuhn/Jeanneret, Rz. 7; Expertenkommission für die Totalrevision der Bundesrechtspflege, S. 32 f. Besonders stossend an Streitwertgrenzen im Strafrecht ist, dass wohlhabendere Beschuldigte in der Folge erleichterten Zugang zum Bundesgericht hätten, da sich die Höhe von Bussen und Geldstrafen auch nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit bemisst (Art. 34 Abs. 2 und Art. 106 Abs. 3 StGB).

beiden Sachbereiche geht auf den Gedanken des Sozialschutzes zurück.[6404] Nach dem Bundesgericht handelt es sich bei einer «arbeitsrechtlichen Streitigkeit» um einen Disput zwischen Arbeitgeber und -nehmer, der auf einem Arbeitsverhältnis beruht.[6405] «Mietrechtliche Streitigkeiten» umfassen Auseinandersetzungen aus der Miete von Geschäfts- oder Wohnräumen. Nicht erfasst sind hingegen Streitigkeiten aus Pachtverträgen oder aus der Miete von beweglichen Sachen.[6406]

Art. 85 Abs. 1 BGG sieht Streitwertgrenzen für die Beschwerde in **öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten** in den Gebieten der Staatshaftung (CHF 30'000) und der öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisse (CHF 15'000) vor. Unter «Staatshaftung» wird die Haftung öffentlich-rechtlicher Körperschaften für verursachte Schäden verstanden. Das Staatshaftungsrecht ist dem zivilrechtlichen Haftpflichtrecht nachgebildet und umfasst sowohl das allgemeine Staatshaftungsrecht als auch spezialgesetzliche Haftungsbestimmungen.[6407] «Öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnisse» sind Arbeitsbeziehungen, die nicht auf dem Privatrecht, sondern auf dem öffentlichen Personalrecht beruhen.[6408] 17

2. Ausnahme: Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung

Gemäss Art. 191 Abs. 2 BV können Streitwertgrenzen nicht für Streitigkeiten vorgesehen werden, die Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung aufwerfen. Art. 74 Abs. 2 lit. a und Art. 85 Abs. 2 BGG setzen diese Ausnahme um. Verfassung und Gesetz verzichten aber bewusst auf eine Legaldefinition des Begriffs. Auf der Hand liegt immerhin, dass «Rechtsfrage» die strittige Auslegung einer Norm meint, deren Verletzung vor Bundesgericht gerügt werden kann.[6409] Aus der Botschaft zum BGG ergibt sich, dass die Rechtsfrage «grundsätzliche Bedeutung» für die Rechtsordnung im Allgemeinen – und nicht nur für das konkrete Verfahren – haben muss. Eine Grundsatzfrage muss also als **Präjudiz** für viele gleichgelagerte Fälle dienen können, auch wenn 18

6404 Tappy, Rz. 20.
6405 Urteil 4A_535/2009 vom 25.03.2010 E. 1.2.1; vgl. Commentaire-Bovey, Art. 74 BGG N. 28 m.w.H.
6406 BSK-Hänni/Meyer, Art. 74 BGG N. 14; PK-Vock, Art. 74 BGG N. 8.
6407 SHK-Seiler, Art. 85 BGG N. 5 f.; BSK-Hänni/Meyer, Art. 85 BGG N. 11 f.
6408 Urteil 8C_629/2020 vom 3.12.2020 E. 2.2; Commentaire-Donzallaz, Art. 85 BGG N. 60; BSK-Hänni/Meyer, Art. 85 BGG N. 20.
6409 Botschaft 2001, S. 4309.

der Einzelfall als Bagatelle erscheint.[6410] Dagegen ist irrelevant, ob der Entscheid für eine Partei subjektiv hohe Bedeutung hat oder die fragliche Streitwertgrenze knapp nicht erreicht wurde.[6411]

19 Die Botschaft zum BGG unterscheidet **drei Fallgruppen** von Rechtsfragen mit grundsätzlicher Bedeutung. Die erste Fallgruppe umfasse Rechtsfragen, die noch nie vom Bundesgericht beurteilt worden sind. Diese seien dann grundlegend bedeutend für die Einheit der Rechtsordnung, wenn sie von den Vorinstanzen widersprüchlich beurteilt werden oder wenn sie für die Praxis der Vorinstanzen wegweisend sind – sie also voraussichtlich in vielen ähnlich gelagerten Fällen zu beurteilen sein werden. Grundlegende Bedeutung für die Rechtseinheit habe eine Rechtsfrage zweitens, wenn sie die Vorinstanz im Widerspruch zur höchstrichterlichen Praxis entscheidet. Schliesslich habe eine bereits einmal entschiedene Rechtsfrage Grundsatzbedeutung für den materiellen Gehalt der Rechtsordnung, wenn das Bundesgericht Anlass sieht, seine bisherige Praxis zur betreffenden Frage zu überprüfen.[6412]

20 Das Bundesgericht ist in der **Praxis restriktiver**. Grundlegende Bedeutung für die Rechtseinheit hat eine Rechtsfrage demnach nur, «wenn ein allgemeines und dringendes Interesse besteht, dass eine umstrittene Frage höchstrichterlich geklärt wird, um eine einheitliche Anwendung und Auslegung des Bundesrechts herbeizuführen und damit eine erhebliche Rechtsunsicherheit auszuräumen».[6413] Eine Frage ist dagegen nicht schon allein deshalb grundlegend, weil sich das Bundesgericht noch nie dazu geäussert hat[6414] oder Widersprüche in der vorinstanzlichen Rechtsprechung bestehen.[6415] Das Bundesgericht berücksichtigt etwa, ob die Frage in einer Vielzahl weiterer Fälle relevant sein könnte und ob in der Lehre Einigkeit über die Rechtsfrage herrscht.[6416] Anlass zur Überprüfung einer bestehenden Rechtsprechungslinie kann sich insbesondere aus grosser Kritik in der Lehre, Rechtsänderungen oder internationalen Entwicklungen ergeben.[6417]

6410 Botschaft 1996, S. 537.
6411 SHK-von Werdt/Güngerich, Art. 74 BGG N. 11; BSK-Hänni/Meyer, Art. 74 BGG N. 48.
6412 Zum Ganzen Botschaft 2001, S. 4309 f.
6413 BGE 144 III 164 E. 1; BGE 137 III 580 E. 1.1.
6414 Urteil 5A_120/2016 vom 16.05.2016 E. 1.2.
6415 Urteil 4A_2/2018 vom 22.03.2018 E. 1.5; Urteil 5A_224/2008 vom 3.12.2008 E. 1.2.2.
6416 BGE 141 III 159 E. 1.2.1 ff.; BGE 135 III 397 E. 1.2.
6417 BGE 139 II 404 E. 1.3; BGE 135 III 1 E. 1.3; BGE 134 III 115 E. 1.2.

Das Bundesgericht berücksichtigt auch den **hypothetischen Verfahrensgang**. Wenn eine Rechtsfrage im Rahmen einer subsidiären Verfassungsbeschwerde mit gleicher Kognition überprüft werden könnte, kann nach der Rechtsprechung keine Grundsatzfrage vorliegen.[6418] Weiterhin neigt das Bundesgericht dazu, die grundsätzliche Bedeutung einer Rechtsfrage eher zu bejahen, wenn eine sehr geringe Wahrscheinlichkeit besteht, dass die Frage in einem anderen Fall an das Bundesgericht gelangen wird.[6419] Wie die Lehre zutreffend festhält, spricht umgekehrt eine hohe Wahrscheinlichkeit, dass die gleiche Rechtsfrage in Zukunft mit einem höheren Streitwert vor das Bundesgericht kommt, aber nicht gegen ihre grundsätzliche Bedeutung.[6420] 21

Das BGG enthält zwei **besondere Verfahrensvorschriften** für Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung. Zum einen soll das Bundesgericht nicht selbst nach Anhaltspunkten für das Vorliegen einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung suchen müssen, sondern sich auf das Vorbringen der Partei stützen können. Die Partei, die das Vorliegen einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung behauptet, muss daher begründen, warum die Rechtsfrage bedeutsam ist (Art. 42 Abs. 2 BGG).[6421] Zum anderen gelten besondere Regeln für die Spruchkörperbesetzung. Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung werden – mit Ausnahme von Beschwerden gegen Entscheide der kantonalen Aufsichtsbehörden in Schuldbetreibungs- und Konkurssachen – von fünf statt wie üblich von drei Bundesrichterinnen und Bundesrichtern beurteilt (Art. 20 Abs. 2 BGG). 22

C. Ausschluss von Sachgebieten (Abs. 3)

1. Verfassungsrechtliche Ausgangslage

Art. 191 Abs. 3 BV ermächtigt den Gesetzgeber, den Zugang zum Bundesgericht für bestimmte Sachgebiete auszuschliessen. Im BGG werden ausgeschlossene Sachgebiete oft durch Rechtsbegriffe umschrieben, die auf einer einheitlichen materiellen Rechtsquelle aufbauen (z.B. Entscheide über die «Typengenehmigung von Fahrzeugen» nach Art. 12 SVG oder über die «Aufnahme in die Warteliste» für Organtransplantationen nach Art. 21 TPG). 23

6418 BGE 138 I 232 E. 2.3; BGE 134 I 184 E. 1.3.3; BSK-Hänni/Meyer, Art. 74 BGG N. 52.
6419 BGE 139 III 182 E. 1.2; BGE 134 III 267 E. 1.2.3.
6420 SHK-von Werdt/Güngerich, Art. 74 BGG N. 9.
6421 Vgl. Botschaft 2001, S. 4295; Urteil 4A_64/2008 vom 27.05.2008 E. 1.1.

Die Verfassung setzt dem Gesetzgeber bei der Wahl der möglichen **Anknüpfungspunkte** für die Festlegung eines Sachgebietes aber keine Grenzen. Sachgebietsausschlüsse im BGG beziehen sich denn etwa auch auf unbestimmte Rechtsbegriffe mit rechtsgebietsübergreifendem Charakter («innere oder äussere Sicherheit des Landes») und auf Vorinstanzen des Bundesgerichts («Entscheide der Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts»).[6422]

24 Die **Grenzen** der Ermächtigung in Absatz 3 sind umstritten. Einigkeit besteht jedenfalls darin, dass der Gesetzgeber nicht ganze Rechtszweige – wie das Strafrecht als solches – vom Zugang zum Bundesgericht ausschliessen darf, weil Absatz 3 ihn nur zum Ausschluss «bestimmter» Sachgebiete ermächtigt.[6423] Unseres Erachtens muss ein strengerer Massstab gelten. Ein Sachgebietsausschluss kann die verfassungsrechtliche Stellung des Bundesgerichts (dazu N. 4 ff.) erheblich beeinträchtigen, noch bevor er einen ganzen Rechtszweig erfasst. Der Gesetzgeber ist nicht frei, diese Stellung zu unterlaufen, insbesondere nicht wegen des Gewährleistungsauftrags.[6424] Aus den vagen verfassungsrechtlichen Grundlagen lässt sich unseres Erachtens zwar keine klare Grenze für Sachgebietsausschlüsse ableiten. Die Verfassung bietet aber immerhin einen Bezugsrahmen für die Beurteilung der Verfassungsmässigkeit spezifischer Ausschlüsse im geltenden Recht.

2. Würdigung des geltenden Rechts

25 Das BGG schliesst vor allem im Bereich der **öffentlich-rechtlichen Beschwerde** Sachgebiete vom Zugang zum Bundesgericht aus. Diese Ausschlüsse folgen keiner einheitlichen Logik, sondern sind Ausdruck lose zusammenhängender Einzelentscheidungen des Gesetzgebers. Teilweise wurden sie aus dem alten Recht übernommen.[6425] Eine besondere praktische Bedeutung hat der Ausnahmekatalog in Art. 83 BGG, der grob gefasst Ausschlüsse im Migrations- und im Infrastrukturbereich sowie Ausschlüsse mit vermögensrechtlichen, politischen und sonstigen Bezügen enthält.[6426] Hinzu kommen Ausschlüsse im Bereich der Amts- und Rechtshilfe nach Art.

6422 Vgl. in der Reihenfolge der Beispiele: Art. 83 lit. o, lit. q Ziff. 1 und lit. a sowie Art. 79 BGG.

6423 Vgl. CR-Aubry Girardin, Art. 191 BV N. 29; SGK-Reich, Art. 191 BV N. 27 m.w.N.

6424 Gleich SGK-Reich Art. 191 BV N. 26 f. m.w.H.

6425 Vgl. Art. 99, 98 und 129 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16.12.1943 (Bundesrechtspflegegesetz) in der Fassung vom 20.6.2006; Botschaft 2001, S. 4230.

84 und Art. 84a BGG sowie gewisse Ausschlüsse für das Bundesverwaltungsgericht nach Art. 32 Abs. 1 VGG, die über das BGG hinausgehen und damit indirekt auch den Zugang zum Bundesgericht ausschliessen.[6427] Darüber hinaus nimmt Art. 79 BGG die Entscheide der Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts weitgehend von der Zuständigkeit des Bundesgerichts aus.[6428] Im Zivilrecht gilt nur der punktuelle Ausschluss für Marken nach Art. 73 BGG.

Die Vereinbarkeit eines bestimmten Sachgebietsausschlusses mit der Verfassung hängt in erster Linie von seinem **Umfang** ab. Massgebend ist zum einen, wie bedeutsam die vom Ausschluss erfassten Rechtsfragen sind und wie stark ihr inhaltlicher Bezug zur Grundrechtsordnung ist. Je bedeutsamer die erfassten Rechtsfragen und je stärker ihr Grundrechtsbezug, desto problematischer ist der Ausschluss mit Blick auf die Wahrung der höchstrichterlichen Funktionen des Bundesgerichts (qualitative Betrachtung).[6429] Demgegenüber hängt die von der Verfassungsgeberin angestrebte Entlastung des Bundesgerichts vom Geschäftsanfall ab, der mit der Behandlung der vom Ausschluss erfassten Fälle verbunden ist. So gesehen ist ein Ausschluss verfassungsrechtlich umso erwünschter, je mehr er das Bundesgericht entlastet (quantitative Betrachtung). Die Geschäftslast in einem Sachgebiet hängt zwar auch mit der Natur der anfallenden Rechtsfragen zusammen. Sie wird aber in erster Linie durch andere Faktoren, wie die Anzahl der im Sachgebiet anfallenden Fälle, bestimmt.[6430] Bei der qualitativen und der quantitativen Betrachtung handelt es sich deshalb um eigenständige Ansätze zur Beurteilung der Verfassungsmässigkeit von Ausschlüssen. Am besten mit beiden Ansätzen vereinbar ist unseres Erachtens die Beschränkung des Zugangs zum Bundesgericht auf wichtige Rechtsfragen. So nimmt das BGG bereits heute im Rahmen von bestimmten Ausschlüssen «Rechtsfragen 26

6426 Im Einzelnen: lit. b-d (Migration); lit. f^{bis}, n-p, s, w, z (Infrastruktur); lit. f, k-m, u, x, y (Vermögen); lit. a, e, h, j, v (Politik); lit. g, i, q, r, t (Sonstiges).

6427 Namentlich handelt es sich dabei um Art. 32 Abs. 1 lit. c, e, f, h, und i des Bundesgesetzes über das Bundesverwaltungsgericht vom 17.6.2005 (Verwaltungsgerichtsgesetz [VGG], SR 173.32); vgl. dazu eingehend BSK-Häberli, Art. 83 BGG N. 10a.

6428 Die Beschwerdekammer beurteilt in erster Linie Beschwerden gegen Verfahrenshandlungen der Bundeskriminalpolizei und der Bundesanwaltschaft, vgl. Art. 37 des Bundesgesetzes über die Organisation der Strafbehörden des Bundes vom 19.3.2010 (Strafbehördenorganisationsgesetz [StBOG], SR 173.71.

6429 Vgl. N. 18–22 und N. 30 zur Bestimmung der Bedeutsamkeit von Rechtsfragen.

6430 Vgl. Lienhard/Kettiger. S. 66 ff. m.w.H.

von grundsätzlicher Bedeutung»[6431] und «besonders bedeutende Fälle»[6432] im Sinne von Gegenmassnahmen aus. Die Reformbemühungen im Rahmen der BGG-Revision 2018 zielten in die gleiche Richtung (dazu N. 30).

27 Sachgebietsausschlüsse wirken sich im Rechtsmittelsystem des BGG unterschiedlich aus, je nachdem, ob der ausgeschlossene Entscheid von einer kantonalen
oder einer eidgenössischen Vorinstanz stammt. Grund dafür ist die **subsidiäre Verfassungsbeschwerde**, mit der Entscheide letzter kantonaler Instanzen auf Verletzung verfassungsmässiger Rechte überprüft werden können, wenn die ordentliche Beschwerde ausgeschlossen ist (Art. 113-119 BGG). Bei der subsidiären Verfassungsbeschwerde handelt es um eine eigentliche Ausnahme von Zugangsschranken, die vor allem auf die Sorge des Gesetzgebers um die Aufsichtsfunktion des Bundesgerichts über die kantonalen Behörden im Bereich der Verfassungsrechte zurückgeht.[6433] Unter «verfassungsmässigen Rechten» sind Verfassungsbestimmungen zu verstehen, die dem Individuum einen Schutzbereich gegen staatliche Eingriffe sichern oder neben öffentlichen Interessen zumindest ergänzend individuelle Interessen schützen. Dazu gehören namentlich auch kantonale Verfassungsbestimmungen und bestimmte rechtsstaatliche Grundsätze.[6434]

28 Für die Verfassungsmässigkeit von Ausschlüssen ist auch das **Ausschlussmotiv** des Gesetzgebers von Bedeutung. Fast immer spielt der Schutz des Bundesgerichts vor Überlastung dabei eine Rolle.[6435] Ein weiteres häufiges Ausschlussmotiv ist die fehlende Eignung einer Materie für die gerichtliche Überprüfung, etwa weil sie politischen Charakter hat oder überwiegende Ermessenskomponenten aufweist.[6436] Dem Ziel der Verfahrensbeschleunigung kommt im Bereich der Amts- und Rechtshilfe zwischen Behörden besondere Bedeutung zu, wo der Zugang zum

6431 Art. 83 lit. f Ziff. 1, lit. m, lit. w und lit. x und Art. 84a BGG.

6432 Art. 83 lit. m und lit. x, Art. 84 und Art. 84a BGG.

6433 AB NR 2004 1570 ff.; AB SR 2005 118 ff.; vgl. eingehend zur Entstehungsgeschichte Misic, S. 11 ff.

6434 BGE 137 I 77 E. 1.3.1; BGer 1D_5/2022 vom 25. Oktober 2023 E. 1.

6435 Mit diesem Motiv wurde etwa der Ausschluss bestimmter Entscheide über Krankenversicherungen (Art. 83 lit. r BGG) und landwirtschaftlicher Zonenabgrenzungen begründet (lit. s). Es spielt auch beim Ausschluss des Asylwesens eine Rolle (lit. d). Vgl. Botschaft 2001, S. 4225, 4230 ff., 4391.

6436 Vgl. etwa zu nationaler Sicherheit (Art. 83 lit. a BGG): Botschaft 1965, S. 1306.

Bundesgericht weitgehend ausgeschlossen ist, um den Vollzug von Hilfsmassnahmen zu erleichtern.[6437] Alle diese Motive bilden verfassungsrechtlich legitime Gründe für Sachgebietsausschlüsse. Verfassungsrechtlich bedenklich sind dagegen gelegentlich vorgebrachte Hinweise des Gesetzgebers auf den technischen Charakter von Sachgebieten, auf weite vorinstanzliche Ermessensspielräume oder auf die Qualität des vorinstanzlichen Verfahrens.[6438] Der Verweis auf bestehende Rechtstraditionen überzeugt wohl nur bei der Militärgerichtsbarkeit, deren Ausschluss eindeutig durch die Verfassungsgeberin gewollt war.[6439]

Nach dem Gesagten lässt sich die Frage, ob spezifische Sachgebietsausschlüsse mit der Verfassung vereinbar sind, anhand des **Prüfschemas** unten beurteilen. Wir sehen insbesondere zwei Probleme im geltenden Recht. Erstens tritt das Bundesverwaltungsgericht aufgrund der weitreichenden Ausschlüsse nach Art. 83 lit. b-d BGG bei fehlender Verfassungsbeschwerde in Teilen des Migrationsrechts faktisch an die Stelle des Bundesgerichts. Dieser Umstand steht in deutlichem Spannungsverhältnis zur verfassungsrechtlichen Rolle des Bundesgerichts, zumal das Migrationsrecht einen engen Grundrechtsbezug aufweist.[6440] Als zweites Problem sehen wir die steigende Geschäftslast des Bundesgerichts, vor allem bei der Beschwerde in Strafsachen.[6441] 29

i. Wie weit reicht der Ausschluss?
- Wesentlichkeit und Grundrechtsbezug der erfassten Rechtsfragen?
- Entlastungswirkung

ii. Wird der Ausschluss kompensiert?
- Gegenausnahmen?
- Verfassungsbeschwerde?

iii. Auf welchen gesetzgeberischen Motiven beruht der Ausschluss und welches verfassungsrechtliche Gewicht kommt diesen Motiven zu?

6437 Vgl. Botschaft 2001, S. 4323 f. (betreffend Art. 83 lit. h und lit. v, Art. 84 und Art. 84a BGG).
6438 Vgl. Botschaft 2011, S. 955 (betreffend Art. 83 lit. f^{bis} BGG); gleich SGK-Kiss/Koller, 3. Aufl., Art. 191 BV N. 24; Kiener, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten, S. 243; BSK-Häberli, Art. 83 BGG N. 269 zu Ziff. 2.
6439 Botschaft 1996, S. 540.
6440 Vgl. Botschaft 2001, S. 4229 ff.
6441 Vgl. zuletzt Geering/Schamberger, S. 120 m.w.H.

Prüfschema: Vereinbarkeit von Sachgebietsausschlüssen mit der Verfassung

3. Reformbestrebungen

30 Der Bundesrat hat die Bundesrechtspflege in den Jahren 2008–2013 evaluieren lassen. Er kam dabei zum Schluss, dass Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung nicht durchgehend an das Bundesgericht gelangen würden und sich dieses teilweise mit Bagatellfällen befassen müsse. Gleichzeitig bestünden Lücken in der Zuständigkeit des Bundesgerichts.[6442] Der Bundesrat schlug deshalb 2018 eine grundlegende Revision des BGG vor. Auf der einen Seite sollten bestehende Sachgebietsausschlüsse weiter gefasst werden. Im Gegenzug sollte dem Bundesgericht durchgehend – mit Ausnahme der Aussen- und Sicherheitspolitik, des Asylbereichs sowie bestimmter Streitigkeiten im Fernmelderecht – eine sog. «**Restkompetenz**» zur Beurteilung von «Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung» und von «besonders bedeutenden Fällen» verbleiben.[6443] Was unter diesen beiden Begriffen genau zu verstehen sei, sollte durch eine Aufzählung im Gesetz näher umschrieben werden (vgl. Art. 89b E-BGG). Ursprünglich hatte der Bundesrat auch die Streichung der subsidiären Verfassungsbeschwerde vorgesehen. Aufgrund der heftigen Kritik in der Vernehmlassung, wo eine Einschränkung des Rechtsschutzes im Bereich der verfassungsmässigen Rechte befürchtet wurde, zog er diesen Vorschlag aber wieder zurück.[6444] Die grosse BGG-Revision scheiterte 2020 dennoch am Widerstand des Nationalrats gegen die Ausweitung von Sachgebietsausschlüssen.[6445]

31 Kurz nach dem Scheitern der Revision wurden die Reformbemühungen wieder aufgenommen. In Erfüllung des Postulats Caroni vom 2. Dezember 2020 legte der Bundesrat am 24. Januar 2024 einen Bericht vor, in dem er sich für ein **zweistufiges Vorgehen** aussprach. Einerseits hielt er an der grossen BGG-Revision fest, beschloss aber, die parlamentarische Debatte abzuwarten und vorerst keine Schritte in diese Richtung zu unternehmen. Zum anderen leitete er eine kleine BGG-Revision ein, die punktuelle, politisch unumstrittene Verbesserungen des BGG bringen soll.[6446] Am 6. Dezember

6442 Bericht des Bundesrates über die Gesamtergebnisse der Evaluation der neuen Bundesrechtspflege, S. 9077 ff., insb. 9078.
6443 Botschaft 2018, S. 4641 ff.
6444 Botschaft 2018, S. 4623 f., 4629 ff.
6445 AB SR 2019 1206 f.; AB NR 2020 155 ff.
6446 Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulates 20.4399 Caroni vom 2. Dezember 2020.

2024 eröffnete der Bundesrat die Vernehmlassung zur kleinen BGG-Revision. Er schlägt ausschliesslich redaktionelle Änderungen beim Zugang zum Bundesgericht vor.[6447]

D. Vereinfachtes Verfahren (Abs. 4)

Art. 191 Abs. 4 BV ermächtigt den Gesetzgeber, für offensichtlich unbegründete Beschwerden ein vereinfachtes Verfahren vorzusehen. Dabei handelt es sich nicht um eine Zugangsschranke, sondern bloss um eine **besondere Verfahrensart**.[6448] Eine Beschwerde ist «offensichtlich unbegründet», wenn von vornherein klar ist, dass die behauptete Rechtsverletzung nicht vorliegt.[6449] Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn keine Zweifel über die Auslegung des Gesetzes bestehen, sei es aufgrund eines klaren Gesetzestextes oder einer ständigen Gerichtspraxis.[6450] Ursprünglich hätte Absatz 4 den Gesetzgeber ermächtigen sollen, offensichtlich unbegründete Beschwerden gänzlich vom Zugang zum Bundesgericht auszuschliessen. Die jetzige Fassung von Absatz 4 wurde gewählt, um sicherzustellen, dass die Rechtssuchenden in solchen Fällen zumindest eine kurze Begründung erhalten, die den Anforderungen von Art. 29 Abs. 2 BV genügt.[6451] 32

Das BGG kennt **zwei Arten** von vereinfachten Verfahren. Das Bundesgericht entscheidet zunächst in Einzelbesetzung und mit kurzer Angabe des Unzulässigkeitsgrundes über das Nichteintreten auf offensichtlich unzulässige, offensichtlich unbegründete, rechtsmissbräuchliche oder querulatorische Beschwerden (Art. 108 BGG).[6452] Zum anderen entscheidet es mit summarischer Begründung – aber in regulärer Dreierbesetzung (vgl. Art. 20 Abs. 1 BGG) – über bestimmte Nichteintretensentscheide sowie bei Einstimmigkeit über die Abweisung offensichtlich unbegründeter 33

6447 EJPD-Bericht, S. 16 f.

6448 BSK-Seferovic, Art. 191 BV N. 34; CR-Aubry Girardin, Art. 191 BV N. 37.

6449 SGK-Kiss/Koller, 3. Aufl., Art. 191 BV N. 31.

6450 Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichtes I 622/2001 vom 30. Oktober 2002 E. 2.2; SHK-Seiler, Art. 109 BGG N. 14; BSK-Bacher/Belser, Art. 109 BGG N. 43.

6451 Vgl. AB NR 1998 1472 f.; CR-Aubry Girardin, Art. 191 BV N. 38; BSK-Seferovic, Art. 191 BV N. 36.

6452 Der Anwendungsbereich des Einzelrichterverfahrens soll auf Revisions-, Erläuterungs- und Berichtigungsgesuche (Art. 119a, 121 ff. und 129 BGG) ausgeweitet werden, vgl. EJPD-Bericht, S. 21 f.

Beschwerden und über die Gutheissung offensichtlich begründeter Beschwerden (Art. 109 BGG). Damit geht das BGG zwar über den Wortlaut von Absatz 4 hinaus, der das vereinfachte Verfahren nur für offensichtlich unbegründete Beschwerden vorsieht. Art. 188 Abs. 2 BV bietet aber bereits eine ausreichende verfassungsrechtliche Grundlage für die vom Gesetzgeber gewählte Lösung.[6453]

Zu den Autoren

Ivan Gunjic, MLaw, ist als Gerichtsschreiber am Bundesverwaltungsgericht tätig.

Natascha Kords, MLaw, LL.M, arbeitet zurzeit als Gerichtsschreiberin an einem Zürcher Bezirksgericht. Sie hat 2023 den MLaw an der Universität Zürich und den LL.M. am King's College London erlangt. Zuvor arbeitete sie für ein Jahr am Lehrstuhl von Prof. Dr. Kiener.

WEITERE EMPFOHLENE LEKTÜRE

Aeschlimann Arthur, Justizreform 2000 – Das Bundesgericht und sein Gesetz, ZBl 2008, S. 397 ff.

Brenci Alessandro, De la question juridique de principe, La traduction de l'autorité judiciaire suprême; le reflet des hésitations sur la nature du Tribunal fédéral, Zürich 2015.

Bundesamt für Justiz, Übersicht und Dokumentation zu den Rechtsetzungsprojekten «Reform der Bundesverfassung», «Justizreform», «Totalrevision der Bundesrechtspflege», «Bundesgerichtsgesetz I» (grosse Revision) und «Bundesgerichtsgesetz II» (kleine Revision).

Portmann Urs (Hrsg.), La nouvelle loi sur le Tribunal fédéral, Travaux de la journée d'étude organisée le 20 mai 2005, Lausanne 2007.

Schweizer Rainer J., Reform der Bundesgerichtsbarkeit: Ein heikler Schritt mit gewissen Unwägbarkeiten und Problemen, Justice - Justiz - Giustizia 4 (2018).

6453Gleich SGK-Kiss/Koller, 3. Aufl., Art. 191 BV N. 32; BSK-Seferovic, Art. 191 BV N. 34.

LITERATURVERZEICHNIS

Aeschlimann Arthur, Justizreform 2000 – Das Bundesgericht und sein Gesetz, ZBl 2008, S. 397–415.

Aubry Girardin Florence, Kommentierung zu Art. 191 BV, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Commentaire romand, Constitution fédérale, Basel 2021.

Bacher Bettina/Belser Eva Maria, Kommentiertung zu Art. 109 BGG, in: Niggli Marcel Alexander et al. (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, Basel 2018.

Biaggini Giovanni, Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017.

Bovey Grégory, Kommentierung zu Art. 74 BGG, in: Aubry Girardin Florence et al. (Hrsg.), Commentaire de la LTF, 3. Aufl., Bern 2022.

Donzallaz Yves, Kommentierung zu Art. 85 BGG, in: Aubry Girardin Florence et al. (Hrsg.), Commentaire de la LTF, 3. Aufl., Bern 2022.

Fontana David, Docket Control and the Success of Constitutional Courts, in: Ginsburg Tom/Dixon Rosalind (Hrsg.), Comparative Constitutional Law, Cheltenham/Massachusetts 2011, S. 624–641.

Frésard Jean-Maurice, Kommentierung zu Art. 51 BGG, in: Aubry Girardin Florence et al. (Hrsg.), Commentaire de la LTF, 3. Aufl., Bern 2022.

Frey Michael, Grundsätze der Streitwertbestimmung, Diss., Weblaw, Bern 2017.

Geering Florian/Schamberger Una, Dauert das noch lange?, in: Bukovac Jasmina/Hunkemöller Pia/Zubler Clio (Hrsg.), Wie die Zeit vergeht, APARIUZ XXV, Zürich 2024, https://doi.org/10.36862/eiz-719.

Häberli Thomas, Kommentierung zu Art. 83 BGG, in: Niggli Marcel Alexander et al. (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, Basel 2018.

Hänni Julia/Meyer Lukas Xaver, Kommentierung zu Art. 74 und Art. 85 BGG, in: Niggli Marcel Alexander et al. (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, Basel 2018.

Heinzmann Michel, Kommentierung zu Art. 51 BGG, in: Niggli Marcel Alexander et al. (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, Basel 2018.

Lienhard Andreas/Kettiger Daniel, Research on the caseload management of courts: methodological questions, Utrecht Law Review 7 (2011), S. 66–73, https://doi.org/10.18352/ulr.147.

Kiener Regina/Kälin Walter/Wyttenbach Judith, Grundrechte, 4. Aufl., Bern 2024.

Kiener Regina/Rütsche Bernhard/Kuhn Mathias, Öffentliches Verfahrensrecht, 3. Aufl., Zürich 2021.

Kiener Regina, § 21: Das Bundesgericht und weitere richterliche Behörden, in: Biaggini Giovanni/Gächter Thomas/Kiener Regina (Hrsg.), Staatsrecht, 3. Aufl., Zürich 2021, S. 285–316.

Kiener Regina, Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten, in: Tschannen Pierre (Hrsg.), BTJP 2006, Neue Bundesrechtspflege, Auswirkungen der Totalrevision auf den kantonalen und eidgenössischen Rechtsschutz, Bern 2007, S. 219–280.

Kiss Christina/Koller Heinrich, Kommentierung zu Art. 191 BV, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar, Die Schweizerische Bundesverfassung, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014.

Koller Heinrich, Kommentierung zu Art. 1 BGG, in: Niggli Marcel Alexander et al. (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, Basel 2018.

Kradolfer Matthias, Kommentierung zu Art. 29a BV, in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (Hrsg.), Onlinekommentar zur Bundesverfassung – Version: 25.7.2023, https://doi.org/10.17176/20230725-154435-0.

Kuhn André/Jeanneret Yvan, L'accès au Tribunal fédéral sera-t-il dorénavant réservé aux prévenus fortunés?, Jusletter vom 1. Februar 2016.

Misic Alexander, Verfassungsbeschwerde: das Bundesgericht und der subsidiäre Schutz verfassungsmässiger Rechte (Art. 113-119 BGG), Diss., Zürich 2011.

Müller Jörg Paul, Allgemeine Bemerkungen zu den Grundrechten, in: Daniel Thürer/Jean François Aubert/Jörg Paul Müller (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, § 39, S. 621–645.

Oesch Matthias, Europarecht Band I, 3. Aufl., Zürich 2024.

Reich Johannes, Kommentierung zu Art. 191 BV, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar, Die Schweizerische Bundesverfassung, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2023.

Schweizer Rainer J., Kommentierung zu Art. 35 BV und Einleitung zur Justizverfassung, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar, Die Schweizerische Bundesverfassung, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2023.

Schweizer Rainer J., Reform der Bundesgerichtsbarkeit, Ein heikler Schritt mit gewissen Unwägbarkeiten und Problemen, Justice - Justiz - Giustizia 4 (2018).

Seferovic Goran, Kommentierung zu Art. 191 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Basel 2015.

Seiler Hansjörg, Kommentierung zu Art. 82, Art. 85 und Art. 109 BGG, in: Seiler Hansjörg et al. (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, Bundesgerichtsgesetz (BGG), 2. Aufl., Bern 2015.

Tappy Denis, Le recours en matière civile, in: Portmann Urs (Hrsg.), La nouvelle loi sur le Tribunal fédéral, Travaux de la journée d'étude organisée le 20 mai 2005, Lausanne 2007, S. 59 ff.

Tschannen Pierre, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 5. Aufl., Bern 2021.

Vock Dominik, Kommentierung zu Art. 74 BGG, in: Spühler Karl et al. (Hrsg.), Praxiskommentar, Bundesgerichtsgesetz, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2013.

Walter Hans Peter, Justizreform, in: Gauch Peter/Thürer Daniel (Hrsg.), Die neue Bundesverfassung: Analysen, Erfahrungen, Ausblick, Zürich/Basel/Genf, 2002, S. 129–148.

von Werdt Nicolas/Güngerich Andreas, in: Seiler Hansjörg et al. (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, Bundesgerichtsgesetz (BGG), 2. Aufl., Bern 2015.

MATERIALIENVERZEICHNIS

Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, Ständerat, 1998, Vierte Sitzung, 5.3.1998, Bundesverfassung. Reform, S. 253 ff., https://

www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/viewOrigDoc/20043854.pdf?id=20043854.

Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, Nationalrat, 1998, Fünfzehnte Sitzung, 25.6.1998, Bundesverfassung. Reform, S. 1453 ff., https://www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/viewOrigDoc/20044163.pdf?id=20044163.

Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, Nationalrat, 1999, Achte Sitzung, 9.6.1999, Bundesverfassung. Reform, S. 1011 ff., https://www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/viewOrigDoc/20045976.pdf?id=20045976.

Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, Nationalrat, 1999, Zwölfte Sitzung, 6.10.1999, Bundesverfassung. Reform, S. 2048 ff., https://www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/viewOrigDoc/20046528.pdf?id=20046528.

Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, Ständerat, 1999, Erste Sitzung, 30.8.1999, Bundesverfassung. Reform, S. 606 ff., https://www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/viewOrigDoc/20046369.pdf?id=20046369.

Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, Ständerat, 1999, Zwölfte Sitzung, 7.10.1999, Bundesverfassung. Reform, S. 979 ff., https://www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/viewOrigDoc/20046870.pdf?id=20046870.

Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, Ständerat, 2005, Sechste Sitzung, 8.3.2005, Bundesrechtspflege. Totalrevision, S. 117 ff., https://www.parlament.ch/centers/documents/de/SR_05_03.pdf.

Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, Ständerat, 2019, Neunte Sitzung, 17.12.2019, Bundesgerichtsgesetz. Änderung, S. 1206 f., https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=48149.

Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, Nationalrat, 2020, Fünfte Sitzung, 5.3.2020, Bundesgerichtsgesetz. Änderung, S. 155 ff., https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=48529.

Bericht des Bundesrates vom 30.10.2013 über die Gesamtergebnisse der Evaluation der neuen Bundesrechtspflege, BBl 2013 9077 ff., https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2013/1810/de.

Bericht des Bundesrates vom 24.1.2024 in Erfüllung des Postulates 20.4399 Caroni vom 2. Dezember 2020, https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/publiservice/publikationen/berichte-gutachten/2024-01-24.html.

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung vom 24.9.1965 über den Ausbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit im Bunde, BBl 1965 II 1265 ff., https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1965/2_1265_1301_1029/de.

Botschaft vom 20.11.1996 über eine neue Bundesverfassung, BBl 1997 I 1 ff., https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1997/1_1_1_1/de.

Botschaft vom 28.2.2001 zur Totalrevision der Bundesrechtspflege, BBl 2001 4202 ff., https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2001/731/de.

Botschaft
vom 20.10.2010 zum zweiten Teil der Bahnreform 2, BBl 2011 911 ff., https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2011/131/de.

Botschaft vom 15.6.2018 zur Änderung des Bundesgerichtsgesetzes, BBl 2018 4605 ff., https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2018/1655/de.

Bundesbeschluss vom 12.3.2000 über das vollständige Inkrafttreten der Justizreform, AS 2006 1059, https://www.fedlex.admin.ch/eli/oc/2006/185/de.

Bundesratsbeschluss vom 17.5.2000 über das Ergebnis der Volksabstimmung vom 12. März 2000, BBl 2000 2990 ff., https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2000/615/de.

Entwürfe der Verfassungskommissionen, Entwurf der Verfassungskommission des Nationalrates (VK-N) vom 21.11.1997, Vorlage C, https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/staat/gesetzgebung/archiv/bundesverfassung/bv-vekomm-d.pdf.download.pdf/bv-vekomm-d.pdf.

Entwürfe der Verfassungskommissionen, Entwurf der Verfassungskommission des Ständerates (VK-S) vom 27.11.1997, Vorlage C, https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/staat/gesetzgebung/archiv/bundesverfassung/bv-vekomm-d.pdf.download.pdf/bv-vekomm-d.pdf.

Erläuternder Bericht des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements vom 6.12.2024 zur Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens «Teilrevision des Bundesgerichtsgesetzes» (EJPD-Bericht), https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/90956.pdf.

Expertenkommission für die Totalrevision der Bundesrechtspflege, Schlussbericht an das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement, Juni 1997, https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/staat/gesetzgebung/archiv/bundesrechtspflege/vn-ber-d.pdf.download.pdf/vn-ber-d.pdf.

Alle aufgeführten Links wurden zuletzt besucht am 1.1.2025