ZBl
Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
125. Jahrgang Nr. 4
April 2024

169 **Eine (einzige) kantonale Gerichtsinstanz in Steuersachen?**
Michael Beusch/Arthur Brunner

171 **Öffentlichkeit von gerichtlichen Augenscheinen – Am Beispiel des Zürcher Baurekursgerichts.**
Markus Lanter

182 **Universitäres Disziplinarrecht und Legalitätsprinzip im besonderen Rechtsverhältnis – Gedanken zum Urteil des Bundesgerichts 2C_694/2021 vom 8. September 2023 in Sachen Disziplinarverordnung der Universität Zürich (zur Publikation vorgesehen).**
Kaspar Ehrenzeller

Rechtsprechung

Schul- und Bildungswesen:
195 – Zürich. Verwaltungsgericht, Urteil AN.2020.00007 und AN.2020.00008 vom 8. Juli 2021. Abstrakte Normenkontrolle hinsichtlich der Disziplinarverordnung der Universität Zürich vom 25. Mai 2020; Legalitätsprinzip; Disziplinarmassnahmen; Akteneinsichtsrecht.
203 – Zürich. Bundesgericht, Urteil 2C_694/2021 vom 8. September 2023; zur Publikation vorgesehen. Disziplinarmassnahmen in Form von Geldleistungen zugunsten der Universität bis zu Fr. 4000.–; Autonomie der Universität Zürich; Anforderungen an die gesetzliche Grundlage. *(Online)*

204 Planungs- und Baurecht. Aargau. Bundesgericht, Urteil 1C_371/2021 vom 15. September 2022. Bauen ausserhalb des Baugebiets; Wiederaufbau. *(Michel Daum)*

211 Planungs- und Baurecht. Luzern. Bundesgericht, Urteil 1C_260/2021, 1C_262/2021 vom 1. Dezember 2022. Zustimmung der zuständigen kantonalen Behörde zu einem Bauvorhaben ausserhalb der Bauzonen.

217 Verfahrensrecht. Schaffhausen. Bundesgericht, Urteil 1C_43/2021 vom 21. November 2022. Nichteintreten auf die Beschwerde des Kantons gegen einen obergerichtlichen Entscheid, demzufolge der Regierungsrat Akteneinsicht zu gewähren und deren Umfang zu regeln hat.

Besprechung

223 *Zimmermann Konrad:* Die Besitzstandsgarantie im öffentlichen Recht *(Peter Karlen)*

Schulthess §

Universitäres Disziplinarrecht und Legalitätsprinzip im besonderen Rechtsverhältnis

Gedanken zum Urteil des Bundesgerichts 2C_694/2021 vom 8. September 2023 in Sachen Disziplinarverordnung der Universität Zürich (zur Publikation vorgesehen)

Dr. iur. *Kaspar Ehrenzeller**

Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung: Ein Leitentscheid für die Zukunft? ... 182
II. Kontext: Ausgangslage, Verfahrensgeschichte und Rhetorik ... 183
1. Rechtliche Ausgangslage ... 183
2. Verfahrensgeschichte ... 184
3. Rhetorik des Bundesgerichts ... 186
III. Prozessuale Fragen: Beschwerdebefugnis und Reichweite der Prüfungszuständigkeiten ... 187
1. Ist die Universität Zürich zur Autonomiebeschwerde befugt? ... 187
2. Welche Prüfungszuständigkeiten besitzt das Bundesgericht? ... 187
IV. Materielle Fragen: Was ist der Kontrollmassstab? ... 189
V. Vernachlässigte Fragen: Zusätzliche Aspekte im Fokus ... 191
1. Was ist mit der institutionellen Dimension des Falles? ... 191
2. Was ist mit der bundesstaatlichen Dimension des Falles? ... 192
3. Wie ist die Interessenlage? ... 193
VI. Künftige Antworten: Verkanntes Potenzial einer traditionsreichen Rechtsfigur ... 194

I. Einleitung: Ein Leitentscheid für die Zukunft?

Darf die Universität Zürich als Disziplinarmassnahme Geldleistungen zu ihren Gunsten von bis zu Fr. 4000.– in einer vom Universitätsrat erlassenen Disziplinarverordnung vorsehen? Das Verwaltungsgericht Zürich verneint diese Rechtsfrage in seinem Urteil AN 2020/00007 vom 8. Juli 2021 (in diesem Heft, S. 195 ff.; zit. VGer ZH, E. [...]) und verlangt dafür eine Grundlage in einem formellen Gesetz. Das Bundesgericht bestätigt diese Rechtsauffassung mit Urteil 2C 694/2021 vom 8. September 2023 (in diesem Heft, S. 203 f.; zit. E. [...]). Der Verfasser stimmt diesem Verfahrensausgang im Ergebnis zu.

* Lehrbeauftragter für öffentliches Recht an der Universität St. Gallen.
Die vorliegenden Gedanken wurden in Auseinandersetzung mit ausgewählten Urteilen des Bundesgerichts entwickelt. Auf zusätzliche Literaturverweise wird daher verzichtet.

Die Urteilsbegründung des Bundesgerichts vermag jedoch auf mehreren Ebenen nicht restlos zu überzeugen: *Prozessual* kann man sich fragen, ob das Bundesgericht überhaupt auf die bei ihm erhobene Autonomiebeschwerde der Universität Zürich eintreten musste (näher Abschnitt III.1). Unklarheiten über die konkreten Prüfungszuständigkeiten des Bundesgerichts werfen die Frage auf, ob sich der prozessuale Rahmen des vorliegenden Falles für einen Leitentscheid zu einer grundlegenden Rechtsfrage eignet (näher Abschnitt III.2). *Materiell* bleibt rätselhaft, anhand welcher Bedeutungsschichten des Legalitätsprinzips die streitige Disziplinarmassnahme kontrolliert wird und was daraus folgt (näher Abschnitt IV). Ferner vernachlässigt die bundesgerichtliche Argumentation neben der besonderen Interessenlage im universitären Disziplinarrecht auch die institutionelle und die bundesstaatliche Dimension des vorliegenden Falles (näher Abschnitt V). Insgesamt wirft das Urteil mehr Fragen zu den Anforderungen an die Normstufe von Disziplinarmassnahmen auf, als es klärt (näher Abschnitt V und VI) und beruht auf paradoxen Vorstellungen über die Hochschulautonomie (näher Abschnitt V.1 und V.2). Es taugt daher nicht als Leitentscheid für die Zukunft.

II. Kontext: Ausgangslage, Verfahrensgeschichte und Rhetorik

1. Rechtliche Ausgangslage

Disziplinarvorschriften von Universitäten[1], Schulen[2] oder Strafanstalten[3] suchen nach einem Interessenausgleich. Individualinteressen nach Schutz vor Disziplinargewalt durch ein Gesetz stehen hierbei unterschiedlichen Gruppeninteressen an der Gewährleistung eines ungestörten Anstaltsbetriebs durch sachnahe Regeln gegenüber (näher Abschnitt V.3).[4] Die Befugnis, für einen geordneten Forschungs- und Lehrbetrieb an einer Universität zu sorgen,[5] fällt grundsätzlich in den Bereich der Anstaltsautonomie (näher Abschnitt V.1). Das im jeweiligen Kanton geltende Legalitätsprinzip und seine Teilgehalte setzen einer Universität dabei allerdings Grenzen, ohne eine scharfe Trennlinie zu ziehen (VGer ZH, E. 5.2.1).[6] Welche universitären Disziplinarmassnahmen dem Erfordernis der Gesetzesform unterstehen und welche nicht, bleibt eine kasuistisch auszumessende Wertungsfrage. In seiner bisherigen Rechtsprechung ging das Bundesgericht von weitreichenden Rechtsetzungsbefugnissen einer Universität aus,[7] die unter anderem die Regelung der Disziplin[8] und die Organisation

1 Vgl. etwa betreffend Disziplinarmassnahmen der ETH BGE 98 Ib 301 E. 2a.
2 Vgl. etwa betreffend Kopftuchverbote durch Schulen BGE 142 I 49 E. 9.3 ff.; 139 I 280 E. 5.1 ff.
3 Vgl. etwa betreffend die Verordnung einer Strafanstalt BGE 118 Ia 64 E. 2c und 3r.
4 Besonders deutlich BGE 103 Ia 369 E. 6f und 7d.dd.
5 Vgl. z.B. § 1 Abs. 2 i.V.m. § 16 Abs. 1 des Universitätsgesetzes vom 15. März 1998 (UniG/ZH; LS 415.11).
6 BGE 98 Ib 301 E. 2a; 146 II 56 E. 7.2; näher Abschnitt V.1.
7 BGE 98 Ib 301 E. 2a.
8 Dazu BGE 98 Ib 301 E. 2a.

der Kurse, Studienkontrollen[9] und Examen umfassen, nicht aber die Einschränkung des Zugangs zu einer Universität durch einen Numerus clausus[10]. Grundlage dieser höchstrichterlichen Rechtsauffassung bildet das *besondere Rechtsverhältnis* (auch *Sonderstatusverhältnis*) «zwischen der Hochschule (öffentlich-rechtliche Anstalt) und ihren Studierenden».[11] In der schweizerischen Verwaltungsrechtsdogmatik wurde diese traditionsreiche Rechtsfigur nie als Surrogat einer gesetzlichen Grundlage für Verwaltungshandeln im besonderen Rechtsverhältnis verstanden. Nach beständiger Auffassung beschränkt das besondere Rechtsverhältnis nicht den Geltungsbereich des Legalitätsprinzips, sondern die sich daraus ergebenden Anforderungen an die Normstufe und an die Normdichte (VGer ZH, E. 5.2.1 und 5.2.3).[12] Diese herabgesetzten Anforderungen sollen im universitären Disziplinarrecht wie folgt einen Ausgleich zwischen Individual- und Gruppeninteressen ermöglichen: Institutionell sollen erweiterte (aber nicht unbegrenzte) Regelungsbefugnisse einer Universität für sachnahe Regeln in einem besonderen Rechtsverhältnis sorgen. Individualrechtlich wird für Grundrechtseinschränkungen durch eine Universität unabhängig von ihrer Intensität keine besondere gesetzliche Grundlage vorausgesetzt, solange sich diese in voraussehbarer Weise aus dem Zweck des besonderen Rechtsverhältnisses ergeben.[13] Diese Rechtslage galt bereits vor dem Inkrafttreten von verfassungsrechtlichen Gesetzesvorbehalten wie Art. 38 Abs. 1 KV/ZH[14].[15] Inwieweit die reduzierten Anforderungen an die Normstufe und -dichte im besonderen Rechtsverhältnis durch solche Verfassungsvorgaben erhöht wurden, ist nicht restlos geklärt.[16] Im vorliegenden Fall setzt sich das Bundesgericht erstmals mit der Normstufe von universitären Disziplinarmassnahmen in der Form von Geldleistungen auseinander. Da solche Disziplinarmassnahmen Verwaltungsstrafen ähneln, stellt sich verstärkt die Frage, auf welche Bedeutungsschichten des Legalitätsprinzips hierfür abzustellen ist. Das sorgt für zusätzliche Schwierigkeiten.

2. Verfahrensgeschichte

Die Rechtsfrage der Normstufe von Disziplinarmassnahmen wird vorliegend durch eine neue *Disziplinarverordnung*[17] der Universität Zürich aufgeworfen, die am 25. Mai 2020 vom «obersten Organ der Universität» – dem Universitätsrat[18] – verabschie-

9 Dazu BGE 146 II 56 E. 8 ff.
10 BGE 121 I 22 E. 4a.
11 Dazu BGE 98 Ib 301 E. 2a; 121 I 22 E. 4a.
12 BGE 121 I 22 E. 4a; jüngst für den obligatorischen Schulbereich BGE 135 I 79 E. 6.2 ff.
13 BGE 98 Ib 301 E. 2a; siehe auch BGE 121 I 22 E. 4a; ähnlich für den obligatorischen Schulbereich BGE 139 I 280 E. 5.3.1.
14 Verfassung des Kantons Zürich vom 27. Februar 2005 (SR 131.211).
15 Vgl. BGE 103 Ia 369 E. 3; 121 I 22 E. 4.
16 Offengelassen in BGE 146 II 56 E. 7 ff.
17 Disziplinarverordnung der Universität Zürich vom 25. Mai 2020 (Disziplinarverordnung; LS 415.33).
18 § 28 UniG/ZH.

det, am 12. Juni 2020 publiziert und per 1. September 2020 in Kraft gesetzt wurde. Ihr Zweck ist die «Sicherstellung eines geordneten Forschungs- und Lehrbetriebs an der Universität».[19] Der personelle Geltungsbereich ist auf die «immatrikulierten […] sowie weitere Personen, die an der Universität Leistungsnachweise erbringen», beschränkt.[20] § 10 stellt klar, welches Fehlverhalten einen Disziplinarverstoss darstellt (u.a. Verwendung unerlaubter Hilfsmittel, Plagiat, Straftaten gegen Universitätspersonal und Gäste, Störung von Veranstaltungen). § 11 bewehrt diese Disziplinarverstösse mit einer Kaskade vordefinierter Disziplinarmassnahmen: Das mildeste ist der schriftliche Verweis. Es folgen gemeinnützige Arbeit von bis zu 40 Stunden und Geldleistungen bis zu Fr. 4000.– (jeweils zugunsten der Universität) sowie als Ultima Ratio der vorübergehende Ausschluss vom Studium für bis zu sechs Semester. Der «bedingte Vollzug», die «Sanktionszumessung» und die «Verjährung» dieser Disziplinarmassnahmen werden in den §§ 12–14 geregelt. Die Disziplinarverordnung beruht auf einer Generalermächtigung in § 16 Abs. 1 UniG/ZH – mit Ausnahme der schärfsten Disziplinarmassnahme, die sich auf § 16 Abs. 2 UniG/ZH abstützt.

Im *kantonalen Rechtsmittelverfahren* erhoben der Verband der Studierenden der Universität Zürich (VSUZH) und dessen Präsident am 13. Juni 2020 beim Verwaltungsgericht Zürich Beschwerde gegen verschiedene Bestimmungen dieser Disziplinarverordnung. Sie rügten eine Verletzung von übergeordnetem Recht, insbesondere des strafrechtlichen Legalitätsprinzips (Art. 5 Abs. 1 BV[21]/Art. 1 StGB[22]). Am 8. Juli 2021 hob das Verwaltungsgericht Zürich in einem Verfahren der abstrakten Normenkontrolle[23] in Fünferbesetzung[24] unter anderem § 11 Abs. 1 lit. c, Abs. 3 und Abs. 4 der Disziplinarverordnung mangels einer genügenden Grundlage in einem formellen Gesetz auf (VGer ZH, Ziff. 2 des Urteilsdispositives). Die Universität Zürich reichte gegen dieses Urteil beim Bundesgericht am 10. September 2021 Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nach Art. 82 ff. BGG[25] ein. Sie rügte eine Verletzung ihrer Hochschulautonomie nach Art. 63a Abs. 3 BV, weil das Verwaltungsgericht Zürich überspannte Anforderungen an das Legalitätsprinzip gestellt habe, als es § 11 Abs. 1 lit. c, Abs. 3 und Abs. 4 der Disziplinarverordnung aufhob (E. 4). Die II. öffentlich-rechtliche Abteilung des Bundesgerichts trat am 8. September 2023 in Fünferbesetzung[26] auf die Beschwerde ein (E. 1) und wies sie in einem Verfahren der abstrakten Normenkontrolle nach Art. 82 lit. b BGG ab (Ziff. 1 des Urteilsdispositives).

19 § 1 Disziplinarverordnung.
20 § 2 Disziplinarverordnung.
21 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101).
22 Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (StGB; SR 311.0).
23 § 19 lit. d i.V.m. § 41 Abs. 1 i.V.m. § 42 lit. b Ziff. 3 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 (VRG/ZH; LS 175.2).
24 § 38a Abs. 1 VRG/ZH.
25 Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (BGG; SR 173.110).
26 Art. 20 Abs. 3 BGG.

3. Rhetorik des Bundesgerichts

Vor dem Hintergrund des Streitgegenstandes (E. 3) könnte man erwarten, das Bundesgericht prüfe vorliegend, ob das kantonale Verwaltungsgericht die streitige Disziplinarmassnahme in einer die Hochschulautonomie der Universität Zürich wahrenden Weise auf ihre Vereinbarkeit mit dem Erfordernis der genügenden Normstufe hin kontrollierte. Die höchstrichterliche Argumentation schlägt jedoch einen anderen Weg ein. Nach prozessualen Ausführungen (E. 1 ff.) und einer rudimentären Auseinandersetzung mit der Hochschulautonomie der Universität Zürich (E. 3–4.2) wird das verwaltungsrechtliche Legalitätsprinzip ins Zentrum der Urteilsbegründung gerückt (E. 5 ff.; ebenso schon VGer ZH, E. 5.1 ff.). Mit fortschreitender Lektüre verfestigt sich der Eindruck, das Bundesgericht wolle vorliegend seinen bisherigen Kontrollmassstab zu den Anforderungen an die Normstufe von Disziplinarmassnahmen durch einen Leitentscheid anpassen. Das prozessuale Umfeld des vorliegenden Falles lässt dies allerdings nicht ohne Weiteres zu. Daher setzt das Bundesgericht zu einem argumentativen Sprung an, indem es von erweiterten Prüfungszuständigkeiten ausgeht (dazu Abschnitt III.2) und falsche Annahmen über die Urteilsbegründung des Verwaltungsgerichts trifft. «Das Verwaltungsgericht hat einerseits erwogen», so das Bundesgericht, «dass die hier strittige Massnahme eine schwere Disziplinarmassnahme darstelle». Andererseits lasse sie sich mangels «Zusammenhang zum Anstaltsverhältnis […] nicht mehr mit der Anstaltsautonomie begründen». «Das angefochtene Urteil beruht somit auf zwei voneinander unabhängigen Begründungen, die je für sich den Ausgang des Verfahrens besiegeln» (zum Ganzen E. 4.3). Tatsächlich lässt das Verwaltungsgericht jedoch offen, ob die streitige Disziplinarmassnahme als «schwer» zu qualifizieren ist (VGer ZH, E. 5.2.3), und verlangt für besagte Massnahme mangels ihres hinreichenden Zusammenhanges zum Zweck des besonderen Rechtsverhältnisses eine Grundlage in einem formellen Gesetz (VGer ZH, E. 6). Die höchstrichterliche Urteilsbegründung vermengt dadurch den richterrechtlichen Kontrollmassstab des kantonalen Verwaltungsgerichts (VGer ZH, E. 5.2) und dessen Anwendung auf die streitige Disziplinarmassnahme (VGer ZH, E. 6). Einerseits rechtfertigt das Bundesgericht mit dieser Vermengung den Verzicht auf eine nähere Auseinandersetzung mit seiner bisherigen Rechtsprechung zu den Anforderungen an die Normstufe von universitären Disziplinarmassnahmen im besonderen Rechtsverhältnis (E. 4.3 und 5.7). Andererseits ermöglicht diese Vermengung es dem Bundesgericht, die Normstufe der fraglichen Disziplinarmassnahmen anhand eines anderen Kriteriums («Schwere») zu kontrollieren als das kantonale Verwaltungsgericht (Zusammenhang mit dem Zweck des besonderen Rechtsverhältnisses).

III. Prozessuale Fragen: Beschwerdebefugnis und Reichweite der Prüfungszuständigkeiten

1. Ist die Universität Zürich zur Autonomiebeschwerde befugt?

Das Bundesgericht tritt vorliegend ohne Weiteres auf die Beschwerde ein. In E. 1.3 stellt es dazu lapidar fest: «Die Beschwerdeführerin macht in vertretbarer Weise geltend, dass sie durch die Aufhebung der strittigen Bestimmungen der Universitätsverordnung in ihrer verfassungsrechtlich gewährleisteten Autonomie verletzt sei, sodass sie rechtsprechungsgemäss gestützt auf Art. 89 Abs. 2 lit. c BGG zur Beschwerde legitimiert ist.» Diese Rechtsauffassung versteht sich nicht von selbst: Der Wortlaut der Bundesverfassung und des Bundesgerichtsgesetzes erklärt bloss «öffentlich-rechtliche Körperschaften» als zur Autonomiebeschwerde Berechtigte.[27] Die urteilende Abteilung des Bundesgerichts stellte bereits mehrfach klar: Einer «öffentlich-rechtliche[n] Anstalt steht das Beschwerderecht nach Art. 89 Abs. 2 lit. c BGG nicht zu».[28] Die Universitäten Genf[29] und Lausanne[30] wurden allerdings trotz ihres Status als Anstalt für befugt erachtet, auf dem Weg von Art. 89 Abs. 2 lit. c BV eine Verletzung ihrer Hochschulautonomie nach Art. 63a Abs. 3 Satz 2 BV geltend zu machen. Der vorliegende Fall hätte dem Bundesgericht die Möglichkeit geboten, in dieser Rechtsfrage für Klärung zu sorgen. Bedauerlicherweise liess es diese ungenutzt. Das Bundesgericht stellte nicht klar, dass Träger der Gemeinde- und der Hochschulautonomie im Hinblick auf die Befugnis zur Autonomiebeschwerde nach Art. 89 Abs. 2 lit. c BGG prozessual gleichzustellen sind, weil eine Hochschule körperschaftliche Elemente besitzt und unter Mitwirkung der Beteiligten geführt wird.[31] Umgekehrt wird auch nicht geprüft, ob bei einer Universität erstens zwischen der (besonderen) Hochschulautonomie und der (gewöhnlichen) Anstaltsautonomie unterschieden werden muss, in welche dieser Autonomiesphären einer Universität das Disziplinarwesen zweitens fällt und was daraus drittens für ihre Beschwerdebefugnis folgt. Auf die bundesstaatliche Dimension dieser Fragen wird in Abschnitt V.2 noch zurückzukommen sein.

2. Welche Prüfungszuständigkeiten besitzt das Bundesgericht?

Prozessual beurteilt das Bundesgericht vorliegend die Autonomiebeschwerde einer Universität in einem Verfahren der abstrakten Normenkontrolle. «Das beim Bundesgericht erhobene Rechtsmittel bleibt [dabei] eine Beschwerde gegen einen kanto-

27 Art. 189 Abs. 1 lit. e BV; Art. 89 Abs. 2 lit. c BGG.
28 So in Bezug auf das Universitätsspital Zürich BGer, Urteil 1C 780/2013 vom 4. März 2014 E. 2; in Bezug auf die Eidgenössische Alkoholverwaltung BGer, Urteil 2C 364/2015, 2C 425/2015 vom 3. Februar 2017 E. 2.3.1 (nicht publ. in BGE 143 II 409).
29 BGer, Urteil 2C 406/2015 vom 6. November 2015 E. 1.
30 BGer, Urteil 2C 421/2013 vom 21. März 2014 E. 1.2 (nicht publiziert in BGE 140 I 201).
31 Vgl. z.B. § 20 UniG/ZH.

nalen Erlass» i.S.v. Art. 82 lit. b BGG (E. 1). Dies, obschon es sich gegen das Urteil einer letzten kantonalen Instanz richtet, das Teile eines kantonalen Erlasses aufhebt. Dieser etwas ungewöhnliche prozessuale Rahmen wirft Fragen zur Reichweite der konkreten Prüfungszuständigkeiten des Bundesgerichts auf. Die Urteilsbegründung äussert sich dazu unklar: In E. 2.1 weist das Bundesgericht erwartungsgemäss auf seine nach Art. 95 BGG beschränkte Prüfungszuständigkeit in einem Verfahren der abstrakten Normenkontrolle hin. Und es erinnert an seine reduzierten Prüfungszuständigkeiten aufgrund der qualifizierten Rügepflicht für Verletzungen von Grundrechten und kantonalem Recht nach Art. 106 Abs. 2 BGG. Auf den konkreten Fall angewendet bedeutet dies: Eine Verletzung der Hochschulautonomie nach Art. 63a BV ist «frei» zu prüfen. Den Umfang der Hochschulautonomie bestimme indes – analog zur Gemeindeautonomie – das kantonale Recht, dessen Verletzung das Bundesgericht «nur prüfen kann, wenn die Beschwerdeführerin substanziiert dartut, dass dessen Anwendung willkürlich ist oder sonstwie Bundesrecht verletzt» (E. 4.1). In einem klaren Gegensatz dazu steht E. 5.2, wo das Bundesgericht plötzlich von erweiterten Prüfungszuständigkeiten ausgeht. Im Rahmen einer abstrakten Normenkontrolle von kantonalen Erlassen unterlägen zwar auch und gerade Verfassungsgrundsätze wie das Legalitätsprinzip einer reduzierten Prüfungsdichte, so das Bundesgericht. «Die Auslegung der einschlägigen kantonalen Verfassungsbestimmungen», wie des auf dem Grundsatz der Gewaltenteilung beruhenden Art. 38 KV/ZH, prüfe es demgegenüber rechtsprechungsgemäss «frei».[32]

Die vom Bundesgericht vorgebrachten Argumente für eine erweiterte Prüfungszuständigkeit vermögen nicht zu überzeugen. Das Bundesgericht agiert im vorliegenden prozessualen Rahmen nicht als kantonales Oberverwaltungsgericht, sondern bleibt als einziges Höchstgericht im Bundesstaat zu föderalem Interorganrespekt verpflichtet. In einem Verfahren der abstrakten Normenkontrolle von kantonalen Erlassen ist seine Prüfungszuständigkeit gesetzlich beschränkt auf die Frage, ob sich die angefochtene Bestimmung «jeder Auslegung entzieht, die mit dem übergeordneten Recht vereinbar ist».[33] Vor diesem Hintergrund erweist sich «die Art und Weise, wie eine Sanktion in der Praxis gehandhabt werden kann», sehr wohl als relevant für die vorliegend zu prüfende Frage der Normstufe (anders E. 5.5). Ein anderes Argument für erweiterte Prüfungszuständigkeiten im vorliegenden Fall verkennt das Bundesgericht hingegen. Im Rahmen einer Autonomiebeschwerde hat es seine Prüfungsdichte bei einer Verletzung des Legalitätsprinzips auch schon erhöht, wenn das Interesse am Schutz der Gemeindeautonomie jenes am föderalem Interorganrespekt überwiegt.[34] Und Gründe, um dem Interesse nach Schutz der Hochschulautonomie gegenüber jenem nach föderalem Interorganrespekt prozessual zum Durchbruch zu verhelfen, gäbe es im vorliegenden Fall durchaus.

32 Vgl. zum Ganzen auch die Rechtsprechungshinweise in E. 5.2 des hier besprochenen Urteils.
33 Statt vieler BGer, Urteil 2C 810/2021 vom 31. März 2023 E. 3.1 f. (nicht publiziert in BGE 149 I 191); BGE 118 Ia 64 E. 2c und 3r.
34 BGE 146 I 36 E. 3.2; 144 I 193 E. 7.4.1.

IV. Materielle Fragen: Was ist der Kontrollmassstab?

In der Sache prüft das Bundesgericht trotz des Rügegrundes eher beiläufig, ob das kantonale Verwaltungsgericht seinen Kontrollmassstab zu den verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Normstufe von universitären Disziplinarmassnahmen korrekt gebildet und in einer die Hochschulautonomie der Universität Zürich wahrenden Weise angewandt hat (E. 4.1; E. 6). Im Zentrum der materiellen Urteilsbegründung (E. 5) steht vielmehr das Erfordernis der genügenden Normstufe im Disziplinarrecht als Teilgehalt des Legalitätsprinzips. Aus welchen Bedeutungsschichten dieser Rechtsfigur sich der massgebliche Kontrollmassstab der Urteilsbegründung ergibt, ist nicht ohne Weiteres ersichtlich. Nicht massgeblich sind laut dem Bundesgericht der strafrechtliche und der abgaberechtliche Gesetzesvorbehalt: der *strafrechtliche Gesetzesvorbehalt*, da selbst Disziplinarmassnahmen in der Form von hohen Geldleistungen «keine Strafen im Rechtssinne» darstellten (E. 5.3; siehe auch VGer ZH, E. 6);[35] der *abgaberechtliche Gesetzesvorbehalt* (Art. 38 Abs. 1 lit. d KV/ZH), weil eine Disziplinarmassnahme keine Gebühr sei (E. 5.5).[36] Ein Verweis auf Art. 38 KV/ZH in E. 5.1 erweckt den Eindruck, die materielle Urteilsbegründung stütze sich im Wesentlichen auf den *kantonalen Gesetzesvorbehalt für «Wichtiges»*.[37] Eine vertiefte Auseinandersetzung mit den sich daraus ergebenden Anforderungen an die Normstufe für universitäre Disziplinarmassnahmen bleibt indes aus (vgl. E. 5.3). Wie dargelegt (Abschnitt III.2), benutzt das Bundesgericht Art. 38 KV/ZH vielmehr als prozessualen Türöffner für erweiterte Prüfungszuständigkeiten (E. 5.2). Erst bei näherem Hinsehen zeigt sich, dass der *grundrechtliche Gesetzesvorbehalt*[38] die fallprägende Norm der materiellen Urteilsbegründung bildet (E. 5.3 – 5.5): Das Bundesgericht kontrolliert die Normstufe der streitigen Disziplinarmassnahme in erster Linie anhand «der Schwere des Eingriffs eines Hoheitsakts in die Rechtsstellung der Normadressaten und dessen Tragweite, namentlich für die Betroffenen» (E. 5.3). Aufgrund ihres Höchstbetrages, ihres Adressatenkreises sowie mangels Gebräuchlichkeit[39] auf Verordnungsstufe an den Universitäten St. Gallen und Freiburg qualifiziert es die Massnahme als «schwere» Disziplinarmassnahme, die einer Grundlage in einem formellen Gesetz bedarf (E. 5.5 – 5.6).

Im vorliegenden Fall kontrolliert das Bundesgericht auf Anregung aus der Lehre[40] die Anforderungen an die Normstufe von Disziplinarmassnahmen erstmals anhand des Kriteriums der Schwere und richtet seine Rechtsprechung zu dieser Frage dadurch neu aus. Den Bedarf dieses Leitentscheides rechtfertigt es durch einen Verweis auf

35 Zum fehlenden pönalen Charakter einer Disziplinarbusse von Fr. 5000.– gegenüber einem Anwalt BGE 128 I 346 E. 2.2 f.
36 Weiterführend BGE 130 I 113 E. 2.
37 Dazu BGE 125 I 173 E. 4a; bestätigt in BGE 146 II 56 E. 6.2.1.
38 Dazu Art. 38 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art 10 Abs. 2 KV/ZH und Art. 36 Abs. 1 BV.
39 Zur Gebräuchlichkeit im Bundesstaat als Indiz für die Schwere BGE 91 I 329 E. 1a.
40 Vgl. die Hinweise dazu in E. 5.4 des hier besprochenen Urteils.

Vergleichsfälle zum schulischen Disziplinarrecht[41] und zu Disziplinarverstössen im Anwaltsrecht[42], die sich aufgrund ihrer andersgearteten Interessenlage hierfür nicht eignen (siehe auch Abschnitt V.3). Auf die bisherige Rechtsprechung zu den reduzierten Anforderungen an die Normstufe von universitären Disziplinarmassnahmen[43] und von Ordnungsbussen als Mittel des Verwaltungszwanges[44] geht die Urteilsbegründung hingegen nicht ein. Das Bundesgericht begründet nicht, weshalb die Normstufe im vorliegenden Fall anhand des Kriteriums der Schwere zu kontrollieren ist, obschon dafür im Urteil des kantonalen Verwaltungsgerichts[45] und in der bisherigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung auf den Zusammenhang einer Disziplinarmassnahme zum Zweck des besonderen Rechtsverhältnisses abgestellt wird. Fraglich bleibt auch, inwiefern die Schwere einer universitären Disziplinarmassnahme von der Intensität daraus resultierender Grundrechtseingriffe abhängt.[46] Doch vor allem bleiben die Konsequenzen der E. 5.3 – 5.6 für die bundesgerichtliche Entscheidpraxis und die kantonale Rechtsetzungspraxis unklar: Genügen Generalermächtigungen wie § 16 Abs. 1 UniG/ZH dem Erfordernis der genügenden Normstufe im besonderen Rechtsverhältnis per se nicht?[47] Dürfen schwere Grundrechtseingriffe, die sich in voraussehbarer Weise aus dem Zweck eines besonderen Rechtsverhältnisses ergeben, ohne Grundlage in einem formellen Gesetz künftig nicht mehr in der autonomen Satzung einer Anstalt geregelt werden? Oder gelten aufgrund des besonderen Rechtsverhältnisses weiterhin reduzierte Anforderungen an die Normstufe von Disziplinarmassnahmen, die für schwere Disziplinarmassnahmen zwar erhöht werden, aber unter dem Niveau in herkömmlichen Verwaltungsrechtsverhältnissen bleiben? Ist eine Geldleistung von Fr. 4000.– als Disziplinarmassnahme aufgrund ihrer Schwere zwingend in einem formellen Gesetz zu regeln, als Mittel des Verwaltungszwangs hingegen nicht? Und was besagt das Urteil für die Regelung anderer wichtiger Fragen über dezentrale Verwaltungseinheiten? Aufgrund dieser unklaren Verhältnisse zwischen dem neuen Kriterium der Schwere und der bisherigen Praxis des Bundesgerichts zu anderen Gesetzesvorbehalten taugt das vorliegende Urteil nicht als Leitentscheid zu den bundesverfassungsrechtlichen Anforderungen an die Normstufe von Disziplinarmassnahmen.

41 BGE 129 I 12 E. 8.5; 135 I 79 E. 6.2; BGer, Urteil 2C 502/2019 vom 30. Oktober 2019 E. 4.3.3.

42 BGer, Urteil 2C 268/2010 vom 18. Juni 2010 E. 5.1.

43 Insbesondere BGE 98 Ib 301 E. 2a; 121 I 22 E. 4a; für den Schulbereich BGE 142 I 49 E. 9.3 ff.; 139 I 280 E. 5.1 ff.

44 Weiterführend zur Bestimmung einer Strafe i.S.v. Art. 6 und 7 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (EMRK; SR 0.101) anhand der «Engel-Kriterien» BGE 135 I 313 E. 2; 128 I 346 E. 2.3; dazu neuerdings auch Pekuniäre Verwaltungssanktionen, Bericht des Bundesrates vom 23. Februar 2022 in Erfüllung des Postulates 18.4100 SPK-N vom 1. November 2018, BBl 2022 776.

45 VGer ZH, E. 5.2.1 und 6.

46 Eine schwerwiegende Einschränkung von Grundrechten durch die streitige Disziplinarmassnahme ist vorliegend nicht ohne Weiteres zu bejahen. Ein verfassungsmässiger Anspruch auf eine universitäre Ausbildung besteht bekanntlich nicht (BGE 103 Ia 369 E. 4; bestätigt in BGE 146 II 56 E. 7.1).

47 In diese Richtung BGE 128 I 113 E. 3e.

Vergleichsfälle zum schulischen Disziplinarrecht[41] und zu Disziplinarverstössen im Anwaltsrecht[42], die sich aufgrund ihrer andersgearteten Interessenlage hierfür nicht eignen (siehe auch Abschnitt V.3). Auf die bisherige Rechtsprechung zu den reduzierten Anforderungen an die Normstufe von universitären Disziplinarmassnahmen[43] und von Ordnungsbussen als Mittel des Verwaltungszwanges[44] geht die Urteilsbegründung hingegen nicht ein. Das Bundesgericht begründet nicht, weshalb die Normstufe im vorliegenden Fall anhand des Kriteriums der Schwere zu kontrollieren ist, obschon dafür im Urteil des kantonalen Verwaltungsgerichts[45] und in der bisherigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung auf den Zusammenhang einer Disziplinarmassnahme zum Zweck des besonderen Rechtsverhältnisses abgestellt wird. Fraglich bleibt auch, inwiefern die Schwere einer universitären Disziplinarmassnahme von der Intensität daraus resultierender Grundrechtseingriffe abhängt.[46] Doch vor allem bleiben die Konsequenzen der E. 5.3 – 5.6 für die bundesgerichtliche Entscheidpraxis und die kantonale Rechtsetzungspraxis unklar: Genügen Generalermächtigungen wie § 16 Abs. 1 UniG/ZH dem Erfordernis der genügenden Normstufe im besonderen Rechtsverhältnis per se nicht?[47] Dürfen schwere Grundrechtseingriffe, die sich in voraussehbarer Weise aus dem Zweck eines besonderen Rechtsverhältnisses ergeben, ohne Grundlage in einem formellen Gesetz künftig nicht mehr in der autonomen Satzung einer Anstalt geregelt werden? Oder gelten aufgrund des besonderen Rechtsverhältnisses weiterhin reduzierte Anforderungen an die Normstufe von Disziplinarmassnahmen, die für schwere Disziplinarmassnahmen zwar erhöht werden, aber unter dem Niveau in herkömmlichen Verwaltungsrechtsverhältnissen bleiben? Ist eine Geldleistung von Fr. 4000.– als Disziplinarmassnahme aufgrund ihrer Schwere zwingend in einem formellen Gesetz zu regeln, als Mittel des Verwaltungszwangs hingegen nicht? Und was besagt das Urteil für die Regelung anderer wichtiger Fragen über dezentrale Verwaltungseinheiten? Aufgrund dieser unklaren Verhältnisse zwischen dem neuen Kriterium der Schwere und der bisherigen Praxis des Bundesgerichts zu anderen Gesetzesvorbehalten taugt das vorliegende Urteil nicht als Leitentscheid zu den bundesverfassungsrechtlichen Anforderungen an die Normstufe von Disziplinarmassnahmen.

41 BGE 129 I 12 E. 8.5; 135 I 79 E. 6.2; BGer, Urteil 2C 502/2019 vom 30. Oktober 2019 E. 4.3.3.

42 BGer, Urteil 2C 268/2010 vom 18. Juni 2010 E. 5.1.

43 Insbesondere BGE 98 Ib 301 E. 2a; 121 I 22 E. 4a; für den Schulbereich BGE 142 I 49 E. 9.3 ff.; 139 I 280 E. 5.1 ff.

44 Weiterführend zur Bestimmung einer Strafe i.S.v. Art. 6 und 7 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (EMRK; SR 0.101) anhand der «Engel-Kriterien» BGE 135 I 313 E. 2; 128 I 346 E. 2.3; dazu neuerdings auch Pekuniäre Verwaltungssanktionen, Bericht des Bundesrates vom 23. Februar 2022 in Erfüllung des Postulates 18.4100 SPK-N vom 1. November 2018, BBl 2022 776.

45 VGer ZH, E. 5.2.1 und 6.

46 Eine schwerwiegende Einschränkung von Grundrechten durch die streitige Disziplinarmassnahme ist vorliegend nicht ohne Weiteres zu bejahen. Ein verfassungsmässiger Anspruch auf eine universitäre Ausbildung besteht bekanntlich nicht (BGE 103 Ia 369 E. 4; bestätigt in BGE 146 II 56 E. 7.1).

47 In diese Richtung BGE 128 I 113 E. 3e.

V. Vernachlässigte Fragen: Zusätzliche Aspekte im Fokus

1. Was ist mit der institutionellen Dimension des Falles?

Nach Art. 38 Abs. 2 KV/ZH besitzt die Kantonsregierung «kein allgemeines, unmittelbar auf die Verfassung gestütztes Recht zum Erlass gesetzesvertretender Verordnungen».[48] Das Bundesgericht setzt vorliegend unter Verweis auf dieses verfassungsrechtliche Delegationsverbot universitäre mit exekutiven Rechtsetzungsbefugnissen gleich (E. 5.6). Die Universität Zürich wird dadurch zur durchwegs gesetzesabhängigen Vollzugsakteurin mit einer «gewisse[n] Autonomie» in ihrem Aufgabenbereich degradiert, die bloss zum Erlass von weniger wichtigen Vollzugsvorschriften befugt ist (vgl. E. 4.2, 5.4 und 5.6).[49] Damit dient Art. 63a Abs. 3 Satz 2 BV paradoxerweise als prozessualer Türöffner zum Schutz der Hochschulautonomie wie auch als institutioneller Aufhänger, um die Universität Zürich zum Organ des Gesetzesvollzugs herabzusetzen. Man kann sich allerdings fragen, ob Art. 38 Abs. 2 KV/ZH die Rechtsetzungsbefugnisse von funktionalen Selbstverwaltungsträgern tatsächlich auf den Erlass «weniger wichtige[r] Bestimmungen beschränkt» (so E. 5.6).[50] Gegen eine derart rigide Lesart dieses Delegationsverbots in der Verfassung des Kantons Zürich sprechen insbesondere zwei Gründe.

Erstens ist die Universität Zürich eine öffentlich-rechtliche Anstalt mit eigener Rechtspersönlichkeit und körperschaftlichen Elementen.[51] Sie steht in einem anderen Verhältnis zum Gesetzgeber als eine klassische Vollzugsbehörde. Die Befugnis, für einen geordneten Forschungs- und Lehrbetrieb an einer Universität zu sorgen (sog. Anstaltsgewalt), ist weder ein angestammtes Hausrecht einer Universität noch eine durchwegs gesetzesabhängige Gestaltungskompetenz, sondern eine zwischen einer Anstalt und dem Gesetzgeber geteilte Befugnis: Die Universität hat demzufolge für eine rechtmässige Organisation und eine zweckmässige Wahrnehmung ihrer Anstaltsgewalt zu sorgen. Sie «plant, regelt und führt ihre Angelegenheiten» unter Mitwirkung ihrer Beteiligten «im Rahmen von Verfassung und Gesetz selbstständig».[52] Dem Gesetzgeber bleiben demgegenüber die eine Universität betreffenden politischen Leitentscheide vorbehalten.

Zweitens kann man sich fragen, ob Erlasse von funktionalen Selbstverwaltungskörpern überhaupt unter das Verbot von gesetzesvertretenden Verordnungen in Art. 38 Abs. 2 KV/ZH fallen. Der *Spezialitätsgrundsatz*[53] als besonderer Gesetzesvorbehalt verpflichtet den Gesetzgeber dazu, die Aufgabenbereiche, Entscheidungsstruktu-

48 BGE 122 I 22 E. 3c.
49 Siehe auch BGE 146 II 56 E. 8.1; 128 I 113 E. 3e S. 125.
50 In diese Richtung und eher beiläufig in Bezug auf die Rechtslage im Kanton Graubünden BGE 128 I 113 E. 3e S. 125.
51 § 1 Abs. 1 i.V.m. § 20 UniG/ZH.
52 § 1 Abs. 2 i.V.m. § 20 UniG/ZH; siehe auch BGE 146 II 56 E. 8.1.
53 Weiterführend BGE 138 I 378 E. 7.2.

ren und Verantwortungszusammenhänge einer Universität in den Grundzügen festzulegen und sie mit den notwendigen Befugnissen auszustatten, damit sie autonom «wissenschaftliche Arbeit in Forschung und Lehre im Interesse der Allgemeinheit» erbringen kann.[54] Der Gesetzgeber besitzt sodann umfassende, aber aufgrund der wissenschaftlichen Lehr- und Forschungsfreiheit nach Art. 20 BV nicht unbegrenzte Befugnisse, die Universität Zürich in der Ausübung ihrer Anstaltsgewalt durch verbindliche Gesetzesvorgaben zu übersteuern *(Vorrang des Gesetzes).* Im Unterschied zu klassischem Verwaltungshandeln wird die Ausübung der universitären Anstaltsgewalt zwar durch Gesetz eingerichtet, aber sie ist nicht im herkömmlichen Sinne gesetzesabhängig *(kein Erfordernis der Gesetzesform).* Dieser institutionelle Rahmen prägt das Verhältnis zwischen dem Gesetzgeber und funktionalen Selbstverwaltungsträgern: Der Erlass einer Universität ist keine gesetzesvertretende Verordnung, sondern eine gesetzesunabhängige, auf der Anstaltsgewalt beruhende Verordnung eigener Art (sog. autonome Satzung). Aufgrund der fehlenden Gesetzesabhängigkeit fällt der Aspekt der Organeignung hier stärker ins Gewicht.

Vor dem Hintergrund des Gesagten spricht somit einiges dafür, dass Art. 38 Abs. 2 KV/ZH dem Gesetzgeber einen gewissen Spielraum belässt, damit sich dieser in einem gesetzlich umrissenen Aufgabenbereich auf die politischen Leitentscheide beschränken kann. Die Universität Zürich bleibt hingegen in ihrem Autonomiebereich über reine Vollzugsfragen hinaus zur sachnahen Regelung mittels gesetzesunabhängiger Anstaltsverordnung befugt.

2. Was ist mit der bundesstaatlichen Dimension des Falles?

Die Verletzung der Hochschulautonomie steht in der Urteilsbegründung am Rand (vgl. E. 4.2 und 5.6 f.). Die bundesstaatliche Rücksichtnahmepflicht in Art. 63a Abs. 3 Satz 2 BV verschafft dieser Verfassungsrang, ohne sie zu gewährleisten oder ihren Umfang zu bestimmen. Ein verfassungsmässiges Recht auf Gewährung von Hochschulautonomie anerkennt das Bundesgericht bisher nicht. Trotz des anderen Wortlautes kann aus Art. 63a Abs. 3 Satz 2 i.V.m. Art. 20 BV eine verfassungsrechtliche Schutzverpflichtung des Bundes abgeleitet werden, wie sie Art. 50 Abs. 1 BV für die Gemeindeautonomie verankert. Wie bereits angetönt (Abschnitt III.1), nimmt sich das Bundesgericht vorliegend ein weiteres Mal des Schutzes der Hochschulautonomie einer kantonalen Universität an, indem es dieser den Rechtsmittelweg der Autonomiebeschwerde zu einem ausserkantonalen Gericht öffnet. Die Gleichsetzung der Hochschul- und der Gemeindeautonomie hinsichtlich der Befugnis zur Autonomiebeschwerde (näher Abschnitt III.1) und der höchstrichterlichen Prüfungszuständigkeit (näher Abschnitt III.2) wird dadurch ein weiteres Mal bestätigt – und mit ihr die bundesstaatliche Funktion von Art. 63a Abs. 3 Satz 2 BV als prozessualer Türöff-

54 § 2 UniG/ZH i.V.m. Art. 20 BV; siehe auch BGE 146 II 56 E. 7.2.

ner. Das Urteil geht jedoch darüber hinaus. In E. 5.6 wird nebenbei festgestellt: «Die Autonomie der Beschwerdeführerin [kann] keine schweren Disziplinarmassnahmen umfassen». Damit wird der Hochschulautonomie ein materieller Gehalt zugesprochen. Bundesstaatlich ist das nicht unproblematisch. Denn das Bundesgericht sieht sich hierbei durch Art. 63a Abs. 3 Satz 2 BV – ähnlich wie bei einem Bundesgrundrecht – dazu ermächtigt, der Rechtsetzungspraxis der Kantone im Bereich des universitären Disziplinarrechts bundesverfassungsrechtliche Schranken in Richterrechtsform zu setzen. Einem Paradox gleichend mutiert Art. 63a Abs. 3 Satz 2 BV dadurch sowohl zur bundesverfassungsrechtlichen Schutzverpflichtung der Hochschulautonomie als auch zur Verfassungsgrundlage für den Bund, um diese einzuschränken.

3. Wie ist die Interessenlage?

Disziplinarvorschriften suchen nach einem Ausgleich zwischen dem Interesse Einzelner nach Schutz vor willkürlicher Disziplinargewalt durch ein Gesetz und unterschiedlichen Gruppeninteressen an einem ungestörten Anstaltsbetrieb. Im Vergleich zum herkömmlichen, bipolaren Verwaltungsrechtsverhältnis zwischen einem privaten und einem öffentlichen Interesse ist dieser Interessenausgleich weitaus komplexer strukturiert: Die Benutzung einer öffentlich-rechtlichen Anstalt kann freiwillig (z.B. Universität) oder zwingend (z.B. Strafanstalt) sein; vereinzelt besteht ein verfassungsrechtlicher Benutzungsanspruch (z.B. Grundschule), oft indes nicht (z.B. Universität). Die Disziplinarbehörde kann stärker (z.B. Universität) oder schwächer (z.B. obligatorische Schule) von der Exekutive des Trägergemeinwesens abgekoppelt sein. Disziplinarmassnahmen können sich härter (z.B. Universitätsausschluss) oder milder (z.B. Disziplinarbusse) auf die unmittelbare Ausübung von Tätigkeiten auswirken, die grundrechtlich geschützt sind oder auch nicht. Die bundesgerichtliche Argumentation lässt diese Aspekte allesamt unberücksichtigt und offenbart im Lichte dieser vielschichtigen Interessenlage Schwächen: Erstens werden die unterschiedlichen Gruppeninteressen an einem ungestörten Anstaltsbetrieb systematisch vernachlässigt, weil das Kriterium der Schwere die Normstufe einer Disziplinarmassnahme isoliert aus der Perspektive individueller Interessen am Schutz vor der Anstaltsgewalt kontrolliert. Zweitens vermittelt das Kriterium der Schwere keinen Zugriff auf die unterschiedlichen Strukturen des Interessenausgleichs oder – schlimmer noch – verleitet zu einer verkürzten Annahme einer einheitlich strukturierten Interessenslage im Disziplinarrecht (so E. 5.4).

VI. Künftige Antworten: Verkanntes Potenzial einer traditionsreichen Rechtsfigur

Eine genauere Vermessung der Wertungsfrage, welche Normstufe für Disziplinarmassnahmen erforderlich ist, verlangt nach einem Kriterium, das individualrechtliche, bundesstaatliche und institutionelle Dimensionen disziplinarrechtlicher Fragen in Abhängigkeit von den konkreten Interessen miteinander verschränkt. Das Kriterium der Schwere wird diesem Anspruch nicht gerecht. Ein Grund dafür ist sein Zuschnitt auf die nachträgliche Kontrolle von Einzelfällen im herkömmlichen Verwaltungsrechtsverhältnis. Das Kriterium der Schwere verengt den Fokus schematisch auf das Individualinteresse nach Schutz vor ungebundener Disziplinargewalt. Seine isolierte Perspektive löst den Gegensatz zwischen dem allgemeinen und dem besonderen Rechtsverhältnis in einheitlichen Anforderungen an die Normstufe von Disziplinarmassnahmen auf. Der Wertungsspielraum des urteilenden Organs wird durch das Kriterium der Schwere also nicht genauer vermessen, sondern ausgeweitet. Die Rechtsfigur des besonderen Rechtsverhältnisses steht ihrerseits aus guten Gründen in der Kritik: Das Individualinteresse nach präventivem Schutz vor ungebundener Disziplinargewalt in besonderen Rechtsverhältnissen droht in der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichts vernachlässigt zu werden. Eine schematische Herabsetzung der Anforderungen an die gesetzliche Grundlage in besonderen Rechtsverhältnissen wird den vielfältigen Interessen zwischen einer Anstalt und ihren Benutzerinnen und Benutzern nicht gerecht. Und die reale Vielfalt und Komplexität der Rechtsbeziehungen zwischen Verwaltung und Individuum lässt sich durch eine binär codierte Unterscheidung zwischen dem allgemeinen und dem besonderen Rechtsverhältnis abhängig von der Enge der jeweiligen Rechtsbeziehung nicht erfassen.

Die berechtigte Kritik am besonderen Rechtsverhältnis verstellt allerdings die Sicht auf verkanntes Potenzial dieser Rechtsfigur für eine graduelle Vermessung von reduzierten Anforderungen an die Normstufe in unterschiedlichen Interessenlagen. Löst man das besondere Rechtsverhältnis aus seinem traditionellen Verständnis als Hausrecht einer Anstalt in ihrem Innenraum heraus und reformuliert es als Kriterium zur umsichtigen Verschränkung institutioneller, individualrechtlicher und bundesstaatlicher Aspekte von disziplinarrechtlichen Fragen, offenbaren sich dessen Vorteile gegenüber dem Kriterium der Schwere: Das besondere Rechtsverhältnis stellt klar, dass es nicht um ein herkömmliches, bipolares Verhältnis von Verwaltung und Individuum geht. Die Rechtsfigur schlägt sich im disziplinarrechtlichen Interessenausgleich nicht schematisch auf die Seite des Individualinteresses, sondern strukturiert diesen in einer beiden Seiten gerecht werdenden Weise. Und das besondere Rechtsverhältnis ermöglicht es, individualrechtliche, föderale und institutionelle Dimensionen disziplinarrechtlicher Fragen miteinander zu verbinden und eine graduelle Feinjustierung der Anforderungen an die Normstufe von Disziplinarmassnahmen abhängig von den konkreten Interessen für die Zukunft zu entwickeln.