Herausgegeben von
Manuela Hugentobler
Kaspar Sutter
Christoph Jenni

Der Mensch im Staat

Aktuelle Herausforderungen zwischen Norm und Wirklichkeit

Liber Amicorum für Markus Müller

DIKE

Herausgegeben von

Manuela Hugentobler
Christoph Jenni
Kaspar Sutter

Der Mensch im Staat



Herausgegeben von
Manuela Hugentobler
Christoph Jenni
Kaspar Sutter

Der Mensch im Staat

Aktuelle Herausforderungen zwischen Norm und Wirklichkeit

Liber Amicorum für Markus Müller

DIKE

Open-Access-Gold

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

Text © bei den Autorinnen und Autoren der Beiträge 2026

ISBN (Hardback): 978-3-03891-758-8
ISBN (PDF): 978-3-03929-090-1

DOI: https://doi.org/10.3256/978-3-03929-090-1



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

myclimate
neutral

Vorwort

Die Tendenz zur Überlänge wissenschaftlicher Beiträge war Markus Müller immer schon suspekt. Er vertraut auf die Kraft der Prägnanz – lieber sind ihm also jene Texte, die einen Gedanken präzise auf den Punkt bringen, meinungsstark und gleichzeitig differenziert. Seine berühmten Editorials im Schweizerischen Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht sind dafür charakteristisch. Die vorliegende Sammlung von über siebzig Beiträgen im Editorialstil ist so zugleich Hommage an das Müllersche Werk als auch Inspiration für zukünftige Schriften. Ihre Form bringt das ihm eigene Wissenschaftsverständnis als verdichtete Reflexion zum Ausdruck, dessen Ziel Erkenntnisgewinn, nicht Umfang ist.

Unter dem Titel Der Mensch im Staat – Aktuelle Herausforderungen zwischen Norm und Wirklichkeit vereint diese Publikation vielfältige Perspektiven. Weggefährt:innen aus Universität, Verwaltung, Gerichten und Anwaltschaft übten sich in der Müllerschen Kunst des Pointierens. Ihre Beiträge sind so analytisch wie persönlich und fordern die Leser:innen intellektuell – und bisweilen auch zu kritischem Widerspruch heraus. Sie vermitteln einen eindrucksvollen Einblick in Breite und Tiefe der Themen, mit denen sich Markus Müller während seiner Professur auseinandersetzte.

Das Spannungsverhältnis zwischen Norm und Wirklichkeit ist für Markus Müllers Wirken prägend. Wie kann das Recht Freiheit sichern und zugleich Verantwortung einfordern? Wie soll der Staat in einer multireligiösen Gesellschaft mit Pluralität umgehen und wie können tradierte Prinzipien wie die Verhältnismässigkeit oder der Gesetzesvorbehalt in Krisenzeiten neu gedacht werden? Solche Fragen beantwortet Markus Müller immer mit Blick auf die tatsächlichen Verhältnisse; sein Werk und Wirken zeichnet sich dadurch aus, das Recht konsequent an den Menschen in ihren konkreten Lebenswirklichkeiten auszurichten. Akademische Luftschlösser und positivistische Abgehobenheit liegen ihm fern: Stattdessen richtet er sein Bemühen mit Kreativität, Mut und Beharrlichkeit auf konkrete Schritte in Richtung einer (mit)menschlichen Ausgestaltung von Rechtsordnung, Gesellschaft und Universität.

Die hier versammelten Beiträge verstehen sich denn auch weniger als abgeschlossene Festschrift im herkömmlichen Sinne, sondern vielmehr als eine Zusammenstellung von Überzeugungen, vorläufiger Thesen und Gedanken. Sie würdigen Markus Müllers prozesshaftes wissenschaftliches Werk, das Staats- und Verwaltungsrecht mit interdisziplinären Fragen und gesellschaftlicher Verantwortung verbindet, und teilen seine Überzeugung, dass es manchmal die grössere Herausforderung darstellt, die wesentlichen Fragen zu stellen als die juristisch korrekte Antwort zu finden.

Wir danken allen, die zum Gelingen der Sammlung beigetragen haben; allen voran Ruth Herzog und Simone Wyss, die uns die Herausgeberschaft mit ihrem Rat wesentlich erleichtert haben. Herzlich gedankt sei sodann dem Institut für öffentliches Recht der Universität Bern, dem Verlag und den Autor:innen, deren Mitwirken dieses Werk erst ermöglicht hat.

Dieses Buch will nicht bloss Rückblick, sondern auch Ausblick sein. Markus Müllers Engagement für eine menschliche Rechtswissenschaft, für Solidarität und für die Glaubwürdigkeit von Staat und Universität wirkt über seine Emeritierung hinaus. Wir sind eingeladen, diese Haltung in unserem Denken, unserer Forschung und in der öffentlichen Auseinandersetzung weiterzutragen. Dieses Liber Amicorum überreichen wir Markus Müller als Zeichen unserer Anerkennung und Verbundenheit; mit der Hoffnung, dass sein Beispiel einer menschlichen Rechtswissenschaft auch künftige Generationen inspiriert.

Manuela Hugentobler
Christoph Jenni
Kaspar Sutter

Inhaltsübersicht

Zur Revision des nachehelichen Härtefalls (Art. 50 AIG): Gut gemeint – weniger gut gemacht 1
Alberto Achermann

Individual- oder Allgemeinverfügung im Anwendungsbereich des Fernmeldegesetzes? 7
Dominik Anthamatten

Zwei Hüte auf dem Kopf – einer zu viel 11
Daniel Arn

Gedanken zur Anwaltsausbildung im Kanton Bern 15
Christoph Auer

Die juristische Hausapotheke 19
Giovanni Biaggini

Effizienz im Verwaltungsverfahren dank Menschlichkeit? 23
Peter Bieri-Evangelisti

Unzulänglichkeiten des Rechts im Umgang mit der Natur, nichtmenschlichen Tieren und dem Klima: Lernmomente für das Verhältnismässigkeitsprinzip? 27
Charlotte E. Blattner

Hungerstreik und Strafvollzug: Nachgeben? 33
Felix Bommer

Pyrotechnik ist kein Verbrechen 37
Martin Buchli

Von Heraus- und Überforderungen im öffentlichen (Prozess-)Recht 41
Christoph Bürki

Leicht verständliche Sprache im Verwaltungsalltag 45
Lorena Bur/Simon M. Graf/Julia Müller

Urteilsbemerkungen in der BVR –
Rechtswissenschaft und Praxis im Dialog 49
Michel Daum

«Witwen und Waisen» 53
Oliver Diggelmann

Wer hat's erfunden? – oder: Vom Gespenst der religiös-
weltanschaulichen Neutralität 55
Michael Droege

«Woran glaubt, wer nicht glaubt?» –
Agnostiker und das Religionsverfassungsrecht 59
Andrea Edenharter

Verhältnismässigkeit im Finanzmarktrecht 65
Mirjam Eggen

90 Punkte – 100 Optionen! Beobachtungen zur Vielfalt
des schweizerischen Master of Law 69
Florian Eichel

Galileo Galilei und die Justiz 77
Heiner Eiholzer

Die Schweiz und ihre Beziehung zur EU – je t'aime, moi non plus 81
Astrid Epiney

Die Bändigung der Macht durch das Recht oder:
Glaube Hoffnung Liebe 85
Martin Föhse

(Mehr) Toleranz in Glaubensfragen? 91
Ueli Friederich

Aufsicht versus Coaching –
Wie der Staat mit seinen Unternehmen umgeht 95
Peter Friedli

Die Erfindung der Kunstfreiheit in Sils Maria 101
Christoph Beat Graber

Mehr Wirklichkeit und Wirksamkeit 105
Ruth Herzog

Der Mensch im Staat bzw. im ZGB – Ein Stück in vier Akten 109
Stephanie Hrubesch-Millauer

Woke? Von Verfassungs wegen! 113
Matthias Hürlimann

Involviertheit und Kritik: Zur Relevanz der Wissenschaftsfreiheit in den Rechtswissenschaften 117
Manuela Hugentobler

Wenn es ihn nicht gäbe, müsste man ihn erfinden! 121
Michel Huissoud

Das Ständemehr 125
Tobias Jaag

Verfahrensdauer und der Mensch 129
Christoph Jäger

Regulierung vs. Selbstregulierung: Wege zu einem ausgewogenen Steuerungsmodell 135
Thomas Jutzi

Das Völkerrecht in den Zeiten der Autokratie 139
Walter Kälin

«Schön verpacken, bitte!» 143
Markus Kern

«… mais une grande influence politique en découle» 147
Regina Kiener

«Notrecht ist legitim» – oder doch nicht? 151
Andreas Kley

Die Psychologie der juristischen Festschrift 155
Jörg Künzli und Judith Wyttenbach

Gedankensplitter zum Rechtsstaat Schweiz 161
Peter V. Kunz

Die anonyme Gesuchstellerin im Verfahren
nach dem Öffentlichkeitsprinzip 165
Pandora Kunz-Notter

Über vorweihnachtliche Unverhältnismässigkeit und
andere Meinungen 169
Selma Kuratle

«Mein Reich ist nicht von dieser Welt» – können Nicht-Christen
diesen Satz verstehen? 173
Joachim Lege

Steht der Mensch im Mittelpunkt? 179
Oliver Lepsius

Von schlechter Gesetzgebung 183
Andreas Lienhard

Wenn die Verwaltung gestaltet statt verwaltet – Ein Erfahrungsbericht 187
Regula Mader

Verwaltungsmassnahmen und Verwaltungssanktionen 193
Josianne Magnin

Rechtswissenschaft, Politik und Meinungsäusserung 199
Martino Mona

Etat de droit et théorie du droit 203
Pierre Moor

Funktionswandel der Volksinitiative
am Beispiel der Kompass-Initiative 207
Georg Müller

Der Schiedsrichter als Torschütze? 211
Thomas Müller-Graf

Kern und Teilgehalte des Prinzips der Verhältnismässigkeit 215
Jörg Paul Müller

Gute Führung 219
Stefan Müller

Von Bern nach Brüssel und zurück –
Zum Proposal Shaping beim Erlass von EU-Recht 221
Matthias Oesch

(Vor-)Urteile? 225
René Pahud de Mortanges

Umweltgerechtigkeit als Prinzip des Umweltrechts 227
Meret Rehmann

Wassergraben mit Zugbrücke gegen den Ansturm
der Juso-Erbschaftssteuerinitiative? 231
Paul Richli

Ein Berner namens … 235
Christof Riedo

Der Mensch im Staat – oder von staatlichen
und statischen Menschen 237
Adrian Ritz

Was ist ein politisches Gerichtsurteil? 241
Bernhard Rütsche

Richterliche Entscheidfindung – Quo vadis? 247
Marianne Ryter

Eugen Hubers Wirken als Ausserrhoder Kantonspolizeidirektor
(1877–1881) 251
Benjamin Schindler

Temposünden im Bundeshaus 255
Stefan G. Schmid

Psychische Gesundheit als tragende Säule
von Staat und Gesellschaft 259
Jan Sigrist/Cornelia Wyss/Christina Gysin

Einwilligung 2.0 – Selbstbestimmung im digitalen Zeitalter 263
Franziska Sprecher

Von Elefanten im Raum 267
Beat Stalder

Ich wiedererwäge, also bin ich 271
Kaspar Sutter

Rechtsschutz und Verfahren:
Das eine tun und das andere nicht lassen 275
Daniela Thurnherr

Lipolyse für Lehrbücher 279
Pierre Tschannen

Der Gesetzgeber und der Grundsatz der Verhältnismässigkeit 283
Felix Uhlmann

Fraktion, Moral und Inquisition 287
Moritz von Wyss

Das öffentliche Interesse im Spiegel eines Kaleidoskops 291
Bernhard Waldmann

Über problematische (Mode-)Erscheinungen
im Verwaltungsorganisationsrecht 295
Thomas Wanner

Aporien des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes 299
Ewald Wiederin

Das Kolloquium bei Berner Rechtsdissertationen –
Ein Gewinn für Universität und Praxis 303
Karl-Marc Wyss

Die Mutprobe 307
Martin Wyss

Ein Zauberwürfel für die Langzeitnothilfe 311
Simone Wyss

Politische Führung und Vorbefassung –
Das Dilemma im verwaltungsinternen Instanzenzug 315
Ursula Wyssmann

Aus der Komfortzone ins mediale Rampenlicht –
Ein Loblied auf Kürze und Würze 319
Franz Zeller

Im Prinzip ja, aber … 323
Haykaz Zoryan

«… innert 30 Tagen seit Eröffnung …» 327
Hans-Ulrich Zürcher

Würdigung zur Emeritierung

Zur Revision des nachehelichen Härtefalls (Art. 50 AIG): Gut gemeint – weniger gut gemacht

Alberto Achermann[*]

Das Migrationsrecht gehörte nicht zu Markus Müllers Lieblingsgebieten, dennoch erlaube ich mir, ihm einige Gedanken zu einem wichtigen Bereich des Ausländergesetzes, dem sogenannten «nachehelichen Härtefall» zu widmen. Auf den 1. Januar 2025 ist eine der zahlreichen Revisionen des Ausländer- und Integrationsgesetzes (AIG)[1] der letzten Jahre in Kraft getreten.

Diese Revision, die von der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates erarbeitet wurde[2], geht auf eine weitverbreitete Kritik an der rechtlichen Regelung von Art. 50 AIG und dessen Anwendung in der Praxis zurück. Im Zentrum steht die Frage, ob und wieweit bei der Auflösung der Ehe oder der Familiengemeinschaft der ausländischen Ehegattin bzw. dem ausländischen Ehegatten (und allenfalls deren oder dessen Kindern), die noch über keine eigenständige Bewilligung verfügen, ein weiteres Aufenthaltsrecht zukommen soll. Art. 50 AIG sieht eine neue – eigenständige – nacheheliche Bewilligung vor, wenn entweder die Ehegemeinschaft drei Jahre gedauert hat und die Integrationskriterien erfüllt sind (Abs. 1 lit. a) oder wenn wichtige persönliche Gründe einen weiteren Aufenthalt in der Schweiz erforderlich machen (Abs. 1 lit. b), wobei das Vorliegen häuslicher Gewalt den wichtigsten Anwendungsfall darstellt (Abs. 2 lit. a).

---

[*] Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, assoziierter Professor für Migrationsrecht an der Universität Bern. Der vorliegende Beitrag wurde Ende April 2025 fertiggestellt. Zahlreiche Anregungen und kritische Anmerkungen habe ich von Peter Uebersax, Marc Busslinger und Sebastian Kempe erhalten, denen ich dafür herzlich danke.

[1] Bundesgesetz vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration (Ausländer- und Integrationsgesetz, AIG; SR 142.20).

[2] Parlamentarische Initiative 21.504, Bei häuslicher Gewalt die Härtefallpraxis nach Art. 50 AIG garantieren, Bericht der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates vom 12. Oktober 2023, BBl 2023 2418.

Nach bisheriger Regelung hatten Ehegatten (und allenfalls ihre Kinder) nach Art. 50 Abs. 1 AIG *Anspruch* auf Erteilung und Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung in Fällen, in denen ihr Aufenthaltsrecht von einer Person mit Schweizer Staatsangehörigkeit (Familiennachzug nach Art. 42 AIG) oder mit Niederlassungsbewilligung (Art. 43 AIG) abhängig war. Nach einem Familiennachzug zu einer Person mit Aufenthaltsbewilligung (Art. 44 AIG) galt für das weitere Aufenthaltsrecht bei gegebenen Voraussetzungen kein Anspruch auf eine Bewilligung: Art. 77 der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE, SR 142.201) sah hier nur eine Bewilligung im Ermessen der Migrationsbehörde vor, gemäss dem Grundsatz, dass von einem Aufenthalter bzw. einer Aufenthalterin, die keinen Rechtsanspruch auf Verlängerung hat, nicht ein besserer Status (ein Bewilligungsanspruch) abgeleitet werden kann.

In erster Linie möchte die Revision die Stellung der Ehegattin bzw. des Ehegatten, die bzw. der Opfer *häuslicher* Gewalt wurde – bis anhin sprach das Gesetz von ehelicher Gewalt, ein Begriff, der Gewalt z.B. durch Schwiegereltern nicht umfasste[3] –, verbessern. Häusliche Gewalt kann – neben Zwangsheirat (Art. 50 Abs. 2 lit. b AIG) und starker Gefährdung der sozialen Wiedereingliederung im Herkunftsland (Art. 50 Abs. 2 lit. c AIG) – als wichtiger persönlicher Grund einen nachehelichen Härtefall begründen (Art. 50 Abs. 2 lit. a AIG). Bei über dreijähriger Ehe besteht der Anspruch auf Aufenthalt für die abhängige Person selbst ohne Vorliegen wichtiger Gründe, wenn die Integrationskriterien des Gesetzes von Art. 58*a* erfüllt sind (Art. 50 Abs. 1 lit. a AIG).

Der Gesetzgeber möchte mit der Änderung die Ausgangslage für die Betroffenen zum einen dadurch verbessern, dass die Hinweise, die von den zuständigen Behörden bei der Beurteilung, ob häusliche Gewalt vorliegt, beachtet werden müssen, nun im Gesetz (Art. 50 Abs. 2 lit. a AIG) und nicht mehr bloss auf Verordnungsebene (Art. 77 Abs. 6 VZAE) geregelt werden. Während die VZAE noch einen «Nachweis» verlangte, enthält die Liste mit «zu berücksichtigenden Hinweisen» im Gesetz neben polizeilichen oder richterlichen Massnahmen zum Schutz der Opfer nun zusätzlich die Anerkennung als Opfer im Sinne des Opfer-

[3] Die SPK-N, welche die Vorlage erarbeitete, erklärt in ihrem Bericht (a.a.O., Ziff. 3.1.) die semantische Änderung von ehelicher zu häuslicher Gewalt nicht. In der Praxis wurde häusliche Gewalt in diesem weiteren Sinn allerdings bereits vorher anerkannt, siehe etwa BGer 2C_922/2019 vom 26.2.2020, E. 3.1. Das Bundesgericht interpretiert somit den Begriff der ehelichen Gewalt i.S. der Istanbul-Konvention (SR 0.311.35) völkerrechtskonform als häusliche Gewalt (Art. 3 lit. b).

hilfegesetzes (OHG; SR 312.5) und «die Bestätigung einer notwendigen Betreuung oder Schutzgewährung durch eine auf häusliche Gewalt spezialisierte und in der Regel öffentlich finanzierte Fachstelle» (gemäss Art. 77 Abs. 6bis VZAE waren Hinweise von spezialisierten Fachstellen nur «mitzuberücksichtigen»). Die neuen hier aufgelisteten «Hinweise» könnten in der Praxis durchaus geeignet sein, die Situation von Opfern häuslicher Gewalt im Rahmen des Nachweises zu verbessern (ein häufiger Kritikpunkt an der heutigen Praxis). Insbesondere der Verweis auf Art. 1 Abs. 1 OHG, wonach jede Person, die durch eine Straftat in ihrer körperlichen, psychischen oder sexuellen Integrität unmittelbar beeinträchtigt worden ist, als Opfer Anspruch auf Opferhilfe hat, geht wohl einiges weiter als die heutige restriktive Sichtweise. Das Bundesgericht verstand unter häuslicher Gewalt bis anhin aufgrund einer eher restriktiven Auslegung eine systematische Misshandlung mit dem Ziel, Macht und Kontrolle auszuüben, wobei gelegentliche verbale sowie einzelne Tätlichkeiten den Tatbestand nicht zu erfüllen vermögen (BGE 138 II 229, E. 3.2.1.). Es wäre wohl bei der Aufzählung der Indizien für häusliche Gewalt zusätzlich hilfreich gewesen, das Beweismass der Glaubhaftmachung explizit im Gesetz zu verankern.

Weitaus kritischer sind hingegen die in Art. 50 Abs. 1 AIG statuierten neuen Aufenthaltsansprüche zu beurteilen: Die von einem Aufenthalter/einer Aufenthalterin (eine Ermessensbewilligung) abhängige Person soll nun einen Anspruch auf Erteilung oder Verlängerung einer Aufenthaltsbewilligung erhalten, also einen stärkeren Rechtstitel. Auch die von Inhabern einer Kurzaufenthaltsbewilligung abhängige Person hat nun Anspruch auf eine Kurzaufenthaltsbewilligung (Art. 45 AIG), ebenfalls eine Ermessensbewilligung, – eine ziemlich abenteuerliche Konstruktion, vor allem, da eine solche nur einmal, bis zu insgesamt zwei Jahren Gesamtdauer verlängert werden kann (Art. 32 AIG). Offen bleibt somit, ob in diesem Fall die Kurzaufenthaltsbewilligung auch darüber hinaus verlängerbar wird oder unter welchem Titel die Migrationsbehörden den Aufenthalt der gewaltbetroffenen Person regeln werden. Die SPK des Nationalrates sieht hierzu vor[4], «im Einzelfall (…) auch in diesen Fällen eine verlängerbare Aufenthaltsbewilligung» zu erteilen, «wenn wegen der häuslichen Gewalt ein schwerwiegender persönlicher Härtefall vorliegt (Art. 30 Abs. 1 lit. b AIG)». Weshalb nicht von vornherein eine humanitäre Aufenthaltsbewilligung vorgeschlagen wurde, ist nicht ohne Weiteres nachvollziehbar.

[4] A.a.O., Ziff. 3.1., ad. Art. 50 Abs. 1 AIG.

Völlig missglückt erscheint der neu geschaffene Anspruch einer Person, die in Ehegemeinschaft mit einer vorläufig aufgenommenen Person lebte, auf *Anordnung der vorläufigen Aufnahme* nach Art. 85*c* Abs. 1 AIG *durch das Staatssekretariat für Migration* (SEM). Hier wird die vorläufige Aufnahme wie eine der anderen Bewilligungskategorien behandelt, obwohl sie rechtlich nur als «Ersatzmassnahme» für einen nicht durchführbaren Wegweisungsvollzug ausgestaltet ist (Art. 83 AIG) und der Bund prinzipiell keine ausländerrechtlichen Bewilligungen ausstellt. Zudem ist die vorläufige Aufnahme wegen Unzumutbarkeit der Wegweisung (Art. 83 Abs. 4 AIG) ein Ermessensentscheid, auf den eben kein Anspruch besteht. Im Fall einer Trennung würde also einer der Ehegatten über eine vorläufige Aufnahme wegen Unzumutbarkeit verfügen, die gemäss Art. 84 Abs. 2 AIG bei geänderten Umständen aufgehoben werden kann, der andere Ehegatte einen Anspruch auf eine Vorläufige Aufnahme erhalten, die konsequenterweise nicht nach Art. 84 AIG beendet werden könnte. Ebenso erscheint der neue Abs. 4 des Art. 50 als bedenklich: Gemäss diesem wird auch Konkubinatspartnerinnen und -partnern, denen ursprünglich gestützt auf Art. 30 Abs. 1 lit. b AIG (schwerwiegender persönlicher Härtefall) eine Aufenthaltsbewilligung zum Verbleib bei der Konkubinatspartnerin oder dem Konkubinatspartner erteilt wurde, ein Anspruch auf Aufenthaltsverlängerung bei Auflösung der Gemeinschaft eingeräumt. Bemerkenswert ist zum einen, dass ein gesetzlich nicht explizit geregelter Zulassungsgrund (Zusammenleben mit Konkubinatspartnerinnen und -partnern, praxisgemäss als Härtefall unter Art. 30 Abs. 1 lit. b AIG behandelt), der zudem im Ermessen der Behörde liegt, nach der Trennung für den von der Bewilligung abhängigen Konkubinatspartner bzw. die Konkubinatspartnerin zu einem Anspruch führt. Noch interessanter sind hingegen die Auswirkungen auf die in Art. 50 Abs. 1 lit. a AIG verankerte *dreijährige Ehegemeinschaft,* als Voraussetzung für die Anerkennung des nachehelichen Härtefalls auch ohne wichtige persönliche Gründe, die in der Praxis bezüglich der Berechnung der Dreijahresfrist sehr strikt gehandhabt wird. Gemäss dem klaren Abs. 4, der eine sinngemässe Anwendung auf alle Konstellationen von Abs. 1 bis 3 des Art. 50 AIG vorsieht, kann dies nur bedeuten, dass auch eine in der Schweiz in Partnerschaft gelebte Zeit einschlägig ist, allenfalls in Zusammenzählung einer nachfolgenden Periode in Ehegemeinschaft.

Schliesslich erweist sich auch die Übergangsbestimmung zur Neuregelung als interessant: Gemäss Art. 126*g* AIG (Übergangsbestimmung zur Änderung vom 14. Juni 2024) wird auf Gesuche nach Art. 50 AIG, die vor Inkrafttreten der Änderung, also vor dem 1. Januar 2025 eingereicht wurden, das neue Recht angewendet.

Das gilt wohl auch für Fälle, die sich bereits im Rechtsmittelverfahren befinden, womit eine Beschwerde- bzw. Gerichtsinstanz z.B. *Hinweise auf häusliche Gewalt*, wie sie erst in der revidierten Fassung statuiert sind, gegebenenfalls unter Beizug neuer Beweismittel berücksichtigen müsste, was sich wohl nur durch die Rückweisung an die zuständige Behörde (Migrationsamt) realisieren liesse.[5]

Die Neuregelung des nachehelichen Härtefalls erweist sich insgesamt, trotz möglicher Verbesserungen beim Nachweis häuslicher Gewalt und trotz grundsätzlich positiver Stossrichtung, als teilweise abenteuerlich und wird, auch wenn gut gemeint, Behörden und Gerichten noch viel Gedankenarbeit bescheren.

[5] Für Verfahren vor Bundesgericht siehe nun BGer 2C_406/2024 vom 19.3.2025, mit welchem das Gericht die sofortige Anwendbarkeit von Art. 50 Abs. 1 AIG bei Verfahren, die vor BGer hängig sind, verneint.

Individual- oder Allgemeinverfügung im Anwendungsbereich des Fernmeldegesetzes?

Dominik Anthamatten[*]

Individual- oder Allgemeinverfügung? Unter anderem mit dieser Frage befasste sich das Bundesverwaltungsgericht in seinem Urteil A-5660/2023, A-1106/2024 vom 20. Juni 2024. Streitgegenstand des Verfahrens war eine (Wiedererwägungs-) Verfügung des Bundesamts für Kommunikation (BAKOM), mit der, gestützt auf das Fernmelderecht als aufsichtsrechtliche Massnahme, namentlich ein Verbot des Inverkehrbringens einer bestimmten Funkanlage angeordnet wurde. Anlass war ein ungenügend gut sichtbares Konformitätszeichen auf der Funkanlage. Nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts entfaltet die angeordnete Massnahme nicht nur Wirkung gegenüber der formell adressierten, beschwerdeführenden Wirtschaftsakteurin, vielmehr seien sie auch für sämtliche weiteren Wirtschaftsakteurinnen verbindlich, welche dieselbe Funkanlage vertreiben.[1]

Diese Einschätzung wirft die Frage nach der Qualifikation der streitgegenständischen (Wiedererwägungs-)Verfügung auf: Handelt es sich dabei um eine Individual- oder um eine Allgemeinverfügung? Die Unterscheidung erfolgt primär nach dem Adressatenkreis. Individualverfügungen beziehen sich auf einen konkreten Einzelfall und richten sich formell an eine oder mehrere individuell bestimmte Adressaten *(individuell-konkret)*.[2] Ausnahmsweise kann sie auch gegenüber nicht formellen Adressaten Bindungswirkung entfalten – vorausgesetzt, diesen wurde im Verwaltungsverfahren die Möglichkeit eingeräumt, ihre Parteirechte auszuüben.[3] Demgegenüber regelt die Allgemeinverfügung ebenfalls einen konkreten Einzelfall, richtet sich jedoch an eine Vielzahl von Adressaten, die zwar gleichartig betroffen, aber individuell nicht bestimmt sind *(generell-konkret)*.[4]

---

[*] MLaw, ehemaliger Hilfsassistent von Prof. Dr. Markus Müller.

[1] BVGer, A-5660/2023 und A-1106/2024, 20.6.2024, E. 5.4.3.

[2] Pierre Tschannen/Markus Müller/Markus Kern, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Bern 2022, N 683 f.

[3] Florian Brunner, Verfahren mit mehreren Parteien im öffentlichen Recht, Zürich 2021, N 767.

[4] Tschannen/Müller/Kern (FN 2), N 685.

Vor diesem Hintergrund ist die streitgegenständliche (Wiedererwägungs-) Verfügung als Individualverfügung zu qualifizieren. Sie war formell ausschliesslich an die beschwerdeführende Wirtschaftsakteurin adressiert und wurde lediglich ihr eröffnet. Anderen Wirtschaftsakteurinnen, welche dieselbe Funkanlage vertreiben, wurde im Verfahren nicht die Möglichkeit geboten, ihre Parteirechte auszuüben. Die Voraussetzungen für eine ausnahmsweise erweiterte Bindungswirkung über den formellen Adressatenkreis hinaus sind daher nicht erfüllt. Um die gewünschte Wirkung gegenüber sämtlichen betroffenen Marktakteurinnen rechtsverbindlich zu entfalten, wäre demnach der Erlass einer Allgemeinverfügung erforderlich gewesen. Es stellt sich jedoch die weitere Frage, ob eine Allgemeinverfügung zulässig oder sogar geboten gewesen wäre.

Das Fernmeldegesetz (FMG) sowie die Ausführungsbestimmungen der Verordnung über Fernmeldeanlagen (FAV) ermächtigen das BAKOM, die erforderlichen Massnahmen zu ergreifen, wenn eine Fernmeldeanlage den gesetzlichen Anforderungen nicht entspricht.[5] In einer nicht abschliessenden Aufzählung nennt das Gesetz als mögliche Massnahmen namentlich auch das Untersagen des Angebots oder der Bereitstellung auf dem Markt.[6] Die FAV verweist in diesem Zusammenhang auf das Bundesgesetz über die technischen Handelshemmnisse (THG), wonach nötige Massnahmen – sofern sie dem Schutz überwiegender öffentlicher Interessen dienen – in Form einer Allgemeinverfügung zu erlassen sind.[7]

Das Bundesverwaltungsgericht räumte im vorliegenden Urteil ein, dass es sich bei der Anbringung des Konformitätszeichens zwar nicht um den Schutz eines klassischen öffentlichen Interesses wie dem Schutz von Leben oder Gesundheit handle. Gleichwohl erkannte es im Zweck des Konformitätszeichens – nämlich der raschen Information und Orientierung von Konsumentinnen und Behörden – ein öffentliches Interesse, da hierdurch der Wirtschaftsverkehr in einem sicherheitsrelevanten Bereich erleichtert werde.[8] Aus den Erwägungen des Gerichts lässt sich

---

5 Art. 33 Abs. 3 des Fernmeldegesetzes vom 30. April 1997 (FMG; SR 784) i.V.m. Art. 39 Abs. 1 der Verordnung vom 25. November 2015 über Fernmeldeanlagen (FAV; SR 784.101.2).

6 Art. 33 Abs. 3 FMG.

7 Art. 39 Abs. 3 FAV i.V.m. Art. 19 Abs. 7 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über die technischen Handelshemmnisse (THG; SR 946.51).

8 BVGer, Urteil A-5660/2023 und A-1106/2024, 20.6.2024, E. 5.4.2.

somit ableiten, dass es das vom BAKOM angeordnete Verbot des Inverkehrbringens der betreffenden Funkanlage – infolge des unzureichend sichtbaren Konformitätszeichens – als Massnahme zum Schutz öffentlicher Interessen einstufte.

Vor diesem Hintergrund wären die Voraussetzungen für den Erlass einer Allgemeinverfügung nicht nur erfüllt, sondern eine solche wäre gesetzlich auch geboten gewesen. Dies umso mehr, als das Bundesverwaltungsgericht in einem früheren Urteil ausdrücklich festhielt, dass aufsichtsrechtliche Massnahmen zum Schutz öffentlicher Interessen grundsätzlich in Form einer Allgemeinverfügung und *«nicht als Individualverfügung»* zu erlassen sind.[9] Diese Auffassung wird durch die Botschaft des Bundesrates zur Teilrevision des THG bestätigt. Darin hielt der Bundesrat fest, dass Massnahmen dann in Form einer Allgemeinverfügung anzuordnen sind, wenn die zuständige Behörde weiss oder zumindest davon ausgehen muss, dass von den anzuordnenden Massnahmen nicht nur die bekannten, sondern auch weitere – namentlich nicht bekannte – Wirtschaftsakteurinnen betroffen sind.[10] Dieser Umstand trifft im vorliegenden Fall eindeutig zu.[11]

Auch die verfahrensrechtliche Perspektive spricht für den Erlass einer Allgemeinverfügung: Wenn das BAKOM die Massnahmen gegen die Funkanlage mittels mehrerer Individualverfügungen gegenüber sämtlichen Wirtschaftsakteurinnen anordnen würde, bestünde stets das Risiko sich widersprechender Entscheide. Demgegenüber gewährleistet der Erlass einer Allgemeinverfügung eine einheitliche Beurteilung im Rechtsmittelverfahren – selbst, wenn mehrere Wirtschaftsakteurinnen Beschwerde erheben sollten.

Somit fällt die Antwort auf die eingangs gestellte Frage wie folgt aus: *Allgemeinverfügung*. Die streitgegenständliche (Wiedererwägungs-)Verfügung ist als Individualverfügung zu qualifizieren und entfaltet einzig gegenüber der formell adressierten, beschwerdeführenden Wirtschaftsakteurin Wirkung. Es wäre geboten gewesen, die aufsichtsrechtlichen Massnahmen als Allgemeinverfügung anzuordnen. Das Verfahren ist derzeit beim Bundesgericht hängig, und es ist zu erwarten, dass der Entscheid richtungsweisend für zukünftige Fälle sein wird.

---

9 BVGer, Urteil C-7634/2015, 24.4.2018, E. 3.3.

10 Botschaft vom 25. Juni 2008 zur Teilrevision des Bundesgesetzes über die technischen Handelshemmnisse, BBl 2008 7275, 7331.

11 BVGer, A-5660/2023 und A-1106/2024, 20.6.2024, E. 1.8.3.

Zwei Hüte auf dem Kopf – einer zu viel

Daniel Arn[*]

Mitglieder von Gemeinderäten werden von den Stimmberechtigten gewählt, um die Geschicke der Gemeinde zu verantworten und um die Interessen der Gemeinden zu wahren. Gleichzeitig sitzen diese Mitglieder oft in den Exekutiven von Organisationen, die im Auftrag der Gemeinden öffentliche Aufgaben erfüllen, sei es in Exekutiven von Gemeindeverbänden, von Gemeindeunternehmen oder von Gesellschaften des privaten Rechts, vornehmlich von Aktiengesellschaften. Diese Doppelfunktion wird selten hinterfragt, die Gemeinden machen regelmässig geltend, die kommunale Politik sei dazu berufen, in diesen Gremien die Haltung der Gemeinde einzubringen und damit das öffentliche Interesse zu wahren[1].

Die Frage, ob dieses Doppelfunktion in der Gemeinde zur Ausstandspflicht führt, wenn die Gemeinde Geschäfte des beliehenen Dritten behandelt, wird in aller Regel verneint. Es erfolgt der Hinweis auf die Rechtsprechung, welche auf die Wahrung öffentlicher (und nicht privater) Interessen durch die kommunalen (oder kantonalen) Behördenmitglieder verweist und keine Ausstandspflicht annimmt[2]. Diese Haltung ist genau besehen problematisch und mit Blick auf die massgeblichen Bestimmungen zur kommunalen Ausstandspflicht im Kanton Bern rechtlich unzulässig.

---

[*] Dr. iur., Rechtsanwalt, Partner der Kanzlei Recht & Governance, Bern.

[1] Diese Problematik wird bereits in der Bibel erwähnt, Matthäus 6,24, Sätze 1 und 2: «Niemand kann zwei Herren dienen. Denn entweder wird er diesen hassen und jenen lieben oder er wird sich an jenen halten und diesen verachten»; siehe auch: Johannes Reich, Gemischtwirtschaftliche Unternehmen in der Rechtsform der Aktiengesellschaft als Satelliten im Verwaltungsorbit, ZBl 126/2025, 59 ff., 60; auch die Literatur kennt diese Herausforderung: «Der Diener zweier Herren», Bühnenstück des italienischen Dramatikers Carlo Goldoni. Es wurde 1746 in Mailand uraufgeführt und gilt als Höhepunkt der Commedia dell'arte. Das Thema hat bereits vor längerer Zeit die Gesellschaft beschäftigt.

[2] BGE 117 Ia 408, mit Verweisen; Andreas Stöckli, Behördenmitglieder in den obersten Führungs- und Aufsichtsgremien von öffentlichen Unternehmen, Bern 2012, 634 ff.

Es geht im vorliegenden Fall nicht um die Frage, ob diese Gemeinderatsmitglieder im öffentlichen Interesse und damit von Amtes wegen unterwegs sind, sondern um die Frage, ob die Gemeinde und die beliehenen Organisationen als juristische Personen allenfalls unterschiedliche (persönliche) Interessen haben. Und dies ist über kurz oder lang immer wieder der Fall. Ein Beispiel: Kommunale Sportstätten (Bäder, Eissportzentren, etc.) weisen nicht selten die Rechtsform von Aktiengesellschaften auf, und nicht selten sind mehrere Gemeinden am Aktionariat beteiligt. In den Verwaltungsräten nehmen oft Vertretungen Einsitz, die ein Gemeinderatsmandat innehaben und den Auftrag erhalten, die Interessen der Gemeinde in dieser Organisation einzubringen und zu vertreten. Beseelt von diesem Auftrag weibeln diese Verwaltungsratsmitglieder zu Beginn ihrer Tätigkeit für die Gemeinde, welche möglichst viele Leistungen zu günstigen Konditionen in Anspruch nehmen möchte. Mit der Zeit erwacht bei diesen Vertretungen allerdings das Unternehmerherz, das Engagement für die beliehene Aktiengesellschaft wächst, und plötzlich werden sich die entsandten Gemeinderatsmitglieder gewahr, dass sie allenfalls aufgrund des Aktienrechts ausschliesslich der AG gegenüber verantwortlich sind und alles vorkehren müssen, damit diese Gesellschaft nicht die Bilanz deponieren muss. Sie werden so innert Kürze zu Lobbyisten für die Aufgaben der AG im Gemeinderat – und für diese Aufgabe sind sie von den Stimmberechtigten der Gemeinde nicht gewählt worden, im Gegenteil. Der Staat und damit auch die Gemeinden begegnen ihren ausgelagerten Unternehmen in verschiedenen Rollen (Eigner, Regulator, Besteller, Garant für Transparenz und für die Minimierung finanzieller und politischer Risiken). Diese Rollenvielfalt kann zu erheblichen Interessenkonflikten führen. Eine gut ausgestaltete Public Corporate Governance macht solch gegenläufige Interessen transparent und sorgt durch einen angemessenen Ausgleich für eine optimale Steuerung.

Aus rechtlicher Sicht ist es nicht so, dass die Vertretungen der Gemeinden (Gemeinderatsmitglieder, Gemeindekader) mangels persönlicher Interessen der Ausstandspflicht per se nicht unterstellt wären. Diese Frage wird vom bernischen Gemeinderecht explizit und abschliessend geregelt, für ergänzendes «gemeineidgenössisches Staatsrecht» bleit kein Platz. Aus Art. 47 Abs. 2 des kantonalen Gemeindegesetzes[3] geht hervor, dass in der Gemeinde bei der Behandlung von

[3] GG, BSG 170.11; Art. 47 Abs. 2 lautet wie folgt: «Ausstandspflichtig ist ebenfalls, wer mit einer Person, deren persönliche Interessen von einem Geschäft unmittelbar berührt werden, in gerader Linie oder in der Seitenlinie bis dem dritten Grade verwandt oder verschwägert oder durch Ehe, eingetragene Partnerschaft oder faktische Lebensgemeinschaft verbunden ist oder diese Person gesetzlich, statutarisch oder vertraglich vertritt.»

Geschäften der beliehenen Organisation die Ausstandspflicht zu beachten ist, wenn *die beliehene Organisation* unmittelbare persönliche Interessen am Geschäft hat. Art. 47 Abs. 2 lit. b GG bestimmt – in einer sprachlich etwas missratenen Formulierung – unter welchen Voraussetzungen die Vertretung bei der Behandlung des Geschäfts in der Gemeinde ausstandspflichtig ist (die statutarischen Organe sind von operativ tätigen Funktionen abzugrenzen: so erscheint beim Schwimmbad die Bademeisterin oder beim Eissportzentrum der Eismeister nicht ausstandspflichtig, hingegen die Mitglieder des Verwaltungsrats schon). Dieser rechtliche Befund führt dazu, dass bei der Vorbereitung des Geschäfts und bei dessen Behandlung in der Kommission und im Gemeinderat diese statuarischen Organe der beliehenen Gesellschaft ihre Funktion als Verwaltungskader und als Kommissions- und Gemeinderatsmitglieder nicht ausüben dürfen und namentlich ihren Auftrag als gewählte Behördenmitglieder nicht wahrnehmen können. Angesichts der offenen Formulierung von Art. 47 Abs. 2 GG spielt es dabei keine Rolle, in welcher Rechtsform der beliehene Aufgabenerfüller organisiert ist.

Gemäss einer älteren Umfrage in Schweizer Städten aus dem Jahr 2014 sind 62,5 Prozent der Stadtpräsidien der Meinung, dass Mitglieder der Exekutive Einsitz in Verwaltungsräten öffentlicher Unternehmungen nehmen sollten[4]. Diese Umfrage zeigt, dass die Städte und Gemeinden mehrheitlich die Haltung vertreten, die Entsendung von Gemeindekadern und von Behördenmitgliedern in die exekutiven Organe beliehener Organisationen sei zielführend. An diesem Befund dürfte sich bis heute nicht allzu viel geändert haben, obschon die Lehre seit längerer Zeit diesen Umstand kritisch hinterfragt und darauf hinweist, dass *ein* Hut eigentlich genug ist[5]. Das Hauptargument der Gemeinden besteht vor allem darin, dass die Gemeinde ihre Interessen nur dann wirkungsvoll vertreten könne, wenn die (politischen) Entscheidungsträger/-innen in den Organen der beliehenen Organisationen vertreten seien. Im persönlichen Gespräch outen sich diese «Doppelhütler» bzw. die Diener/-innen zweier Herren indessen nicht selten dahingehend, dass sie sich angesichts der oft divergierenden Interessen nicht wirklich wohl fühlen. Ohne Eignerstrategie und ohne entsprechende Steuerungsinstrumente ist es nachvollziehbar, jemanden als «Notnagel» in die beliehene Organisation zu entsenden, der/die nach dem Rechten schaut. Je nach persönlicher bzw. politischer Ausrichtung bzw. je nach Engagement fällt dann die Einflussnahme völlig unter-

---

4 Roger Sonderegger: Führung, Steuerung und Aufsicht von öffentlichen Unternehmen in Schweizer Städten – Erkenntnisse der Studie zum Stand der Umsetzung von Public Corporate Governance in Städten und grösseren Gemeinden der Schweiz (Universität St. Gallen, 2014), 15.

5 Siehe Stöckli (FN 2), a.a.O., namentlich das Fazit 653 ff.

schiedlich aus, und die Einwirkung der Gemeinde ist abhängig von der Haltung der entsandten Person. Ein Rückzug aus den Organen der beliehenen Organisationen ist nur dann angezeigt, wenn die Gemeinde vorgibt, was zu passieren hat und auch weiss, was tatsächlich passiert. Dabei ist zu beachten, dass die Eignerstrategie und auch die Steuerung (inkl. Leistungsauftrag und Berichtswesen) sehr einfach ausgestaltet und periodisch aufgrund der Erfahrungen und Bedürfnisse angepasst werden können. Von grossen bürokratischen Übungen ist abzusehen. Mit dem Rückzug der Gemeindebehörden aus den Exekutiven der beliehenen Organisationen wird gewährleistet, dass die Auswahl der Verwaltungsratsmitglieder eher nach sachlichen als nach politischen Kriterien erfolgt und dass den beliehenen Organisationen auch die nötige Autonomie für unternehmerisches Handeln gewährt werden kann, immer im Rahmen der strategischen Vorgaben der Eignerstrategie und des Leistungsauftrags.

Gedanken zur Anwaltsausbildung im Kanton Bern

Christoph Auer

Die beruflichen Wege von Markus Müller und mir haben sich oft gekreuzt. So waren wir etwa beide während vielen Jahren Mitglieder der bernischen Anwaltsprüfungskommission (APK). Allerdings war Markus Müller mehr als nur ein «gewöhnliches» Kommissionsmitglied, kümmerte er sich doch als *primus inter pares* der Gruppe «Bernisches Staats- und Verwaltungsrecht» um die Koordination in diesem Fachbereich. Diese Aufgabe war ihm freilich weder per Gesetz noch Dekret oder Verordnung übertragen worden. Vielmehr hatte sie ihm sein Vorgänger Ulrich Zimmerli vertrauensvoll und eher *en passant* in die Hände gelegt. Die Freude über dieses «Geschenk» hielt sich bei Markus Müller stets etwas in Grenzen.

Wie aber kommt es, dass dem zu 100 Prozent angestellten Ordinarius für Staats- und Verwaltungsrecht eine so aufwändige Zusatzaufgabe wie die Koordination und Durchführung von Hunderten, ja Tausenden von Anwaltsprüfungen «nebenbei» ins Pflichtenheft geschrieben wurde?

Die bernische APK ist eine altehrwürdige Institution. Bereits das Gesetz vom 14. Hornung 1825 über die Advokaten und Agenten sah eine vom Obergericht (damals noch «Appellationsgericht») eingesetzte fünfköpfige Prüfungskommission vor. Sie bestand aus zwei Richtern, zwei Rechtsgelehrten sowie dem Präsidenten, der auch Mitglied des Kleinen Rathes (Exekutive) war. Das Nachfolgegesetz vom 10. Dezember 1840 übertrug die Administration der Prüfungskommission dem Obergerichtsschreiber. Ausserdem sah es vor, dass die mündliche Prüfung den beiden Rechtsgelehrten obliege, wobei dieselben, «wenn sie als Professoren an der hiesigen Hochschule angestellt sind, die Bewerber nicht in denjenigen Fächern prüfen [dürfen], welche sie selbst gelehrt haben.» Abgelöst wurde das Gesetz von 1840 durch das Gesetz vom 6. Februar 1984 über die Fürsprecher (FG), dem später das heute geltende Kantonale Anwaltsgesetz vom 28. März 2006 (KAG) folgte. Sowohl das FG als auch das KAG delegierten die Regelung der Zusammensetzung der Prüfungskommission an den Regierungsrat.

Die entsprechenden Ausführungsbestimmungen der Verordnung über die Anwaltsprüfung (APV) sind offen formuliert. Sie sehen keine zwingende Mitgliedschaft von Universitätsdozentinnen und -dozenten in der Kommission vor. Vielmehr stellen sie den Entscheid über die Zusammensetzung der APK ganz ins Ermessen des Obergerichts (Art. 3 Abs. 2 KAG i.V.m. Art. 2 Abs. 2 APV). Markus Müller hätte daher – jedenfalls theoretisch – das ihm «geschenkte» Nebenamt dankend ablehnen und auf eine Aufnahme ins Gremium verzichten können. Freilich hätte ein solches Verhalten dem frisch gebackenen Ordinarius schlecht angestanden.

Ein Abseitsstehen des hauptamtlichen Professors für bernisches Verwaltungsrecht wäre aber auch in der Sache falsch gewesen. Die Universität Bern spielt eine bedeutende Rolle in der Anwaltsausbildung. Deren RW-Fakultät bietet eine Vielzahl von Lehrveranstaltungen an, mit denen Hochschulabsolventinnen und -absolventen mit Masterdiplom auf die Anwaltsprüfung vorbereitet werden. Es ist daher durchaus erwünscht, dass Vertreterinnen und Vertreter der RW-Fakultät auch bei den Prüfungen mitwirken. Dadurch kann – jedenfalls bis zu einem gewissen Grad – Kohärenz zwischen Ausbildungs- und Prüfungsstoff hergestellt werden (dass das Gesetz aus dem Jahre 1840 eine solche Abstimmung gerade verhindern wollte, mutet aus heutiger Sicht etwas sonderbar an).

Allerdings scheint mir, dass die Bezüge zwischen universitärer Anwaltsausbildung und obergerichtlicher Anwaltsprüfung weniger auf einem kohärenten und durchdachten System beruhen als vielmehr historisch gewachsen sind. Bewusste strategische Entscheide zum Zusammenwirken der Akteure sowie zu ihren Rollen und Verantwortlichkeiten sind jedenfalls nicht erkennbar, weder in den einschlägigen Rechtsgrundlagen noch in deren Umsetzung.

Folgende Stichworte mögen das illustrieren:

- Das Angebot an universitären Lehrveranstaltungen im Bereich der Anwaltsausbildung ist nicht in Stein gemeisselt. Vielmehr hängt es – jedenfalls zum Teil – von der Verfügbarkeit der jeweiligen Dozentinnen und Dozenten ab. Wenn z.B. niemand bereit ist, das Prüfungsfach «Bernisches Staatsrecht» zu lesen, gibt es auch kein entsprechendes Ausbildungsangebot.
- Viele Lehrveranstaltungen erfordern einen Besuchsnachweis. Diese Fächer gehören nicht zum Prüfungsstoff, doch ist ihr Besuch Voraussetzung für die Zulassung zur Prüfung (Art. 1 Abs. 1 lit. b sowie Art. 10 Abs. 2 und 3 APV). Eine Strategie hinter der Zuordnung von Rechtsgebieten zur Kategorie «Prüfungsfach» oder «Besuchsnachweis» ist nicht erkennbar. So gehört etwa das Bernische Staatsrecht zum Prüfungsstoff, womit es keinem «Pflichtkonsum» unterliegt. Der Verordnungsgeber hätte es jedoch ebenso gut der Kategorie «Besuchsnachweis» zuweisen können.

- Die Einsetzung des Obergerichts als Organisations- und Vollzugsbehörde im Anwaltsprüfungswesen stammt aus einer Zeit, in der es im Kanton Bern noch kein Verwaltungsgericht gab. Heute gehören jedoch mehrere Prüfungsfächer zum öffentlichen Recht. Das würde es nahelegen, auch das Verwaltungsgericht in die Vollzugsorganisation einzubinden. Da in der APK auch die Staatsanwaltschaft vertreten ist, wäre seit Inkrafttreten der bernischen Justizreform (2010) sogar denkbar, das Prüfungswesen der Justizverwaltungsleitung zu übertragen.
- Die Mitglieder der APK üben ihre Funktion im Nebenamt aus. Die damit einhergehende Belastung ist gross, bei den schriftlichen Prüfungen sogar sehr gross. Währenddem die Angehörigen der Universität bis zu einem gewissen Grad auf ihren Mittelbau zurückgreifen können, fehlt den übrigen APK-Mitgliedern eine solche Unterstützung. Es fragt sich, ob ein Milizsystem dieser Art den heutigen Verhältnissen noch gerecht wird (als der Schwiegervater des Schreibenden im Jahre 1962 die bernische Fürsprecherprüfung absolvierte, traten sieben Personen zur Prüfung an; heute sind es knapp 100 pro Semester).
- Die Anwaltsausbildung wird zu einem nicht unwesentlichen Teil von der öffentlichen Hand finanziert: Die Prüfungsgebühren decken nicht die Kosten für die Entschädigung der APK-Mitglieder, und die Immatrikulationsgebühren decken nicht die Kosten für die Bereitstellung der angebotenen Lehrveranstaltungen. Eine politische Diskussion zum Umfang der öffentlichen Mitfinanzierung hat jedoch, soweit ersichtlich, nie (oder jedenfalls seit langem nicht mehr) stattgefunden.

Diese wenigen Punkte machen bereits deutlich, dass der historisch gewachsenen Anwaltsausbildung und -prüfung des Kantons Bern viel Zufälliges anhaftet.

Mit dieser Feststellung soll kein Vorwurf verbunden sein. Sämtliche Mitglieder der involvierten Akteure – Obergericht, RW-Fakultät, Bernischer Anwaltsverband, APK – sind durch ihre hauptamtlichen Funktionen mehr als ausgelastet. Es erstaunt daher nicht, dass ihnen Zeit und Ressourcen für strategische Grundsatzüberlegungen fehlen. Und die Politik (Gesetz- und Verordnungsgeber) hat andere Sorgen als die Überprüfung und Neuordnung eines traditionsverhafteten, funktionierenden Systems.

Das Thema wäre jedoch spannend. Markus Müller tritt demnächst in den Ruhestand, und auch der Schreibende nähert sich dem Pensionsalter. Vielleicht ergibt sich ja in unserem nächsten Lebensabschnitt die Gelegenheit für ein gemeinsam zu erfüllendes Mandat, in dem die hier bloss gestreiften Fragen vertieft werden. Damit würden sich unsere (nach-)beruflichen Wege erneut kreuzen – es wäre mir eine Freude.

Die juristische Hausapotheke

Giovanni Biaggini[*]

Mit Rechtsfragen muss man immer rechnen – auch nach der Emeritierung. Sie tauchen meist unvermittelt auf und haben mitunter die unangenehme Eigenschaft, knifflig zu sein. Es ist daher ratsam, sich für den Ernstfall zu wappnen, ganz unabhängig davon, ob und wie sehr man über die Emeritierung hinaus juristisch tätig bleiben will.

Viele treffen für diesen Fall bereits im aktiven Berufsleben Vorsorge, bewusst oder unbewusst, indem sie einen Vorrat an Rechtsfindungsregeln anlegen. Dieser Vorrat umfasst typischerweise die aus Methodenlehre und Rechtsprechung bekannten hergebrachten Auslegungsregeln, darunter namentlich die vier klassischen Auslegungselemente. Regelmässig umfasst der persönliche Vorrat auch weitere Argumentationsfiguren. Die Methodenliteratur stellt heute zahlreiche zusätzliche Hilfsmittel der Rechtsfindung bereit. Man denke etwa an die objektiv-zeitgemässe Auslegung, die Folgenorientierung, die Rechtsvergleichung, die wirtschaftliche Betrachtungsweise, die teleologische Reduktion, das präjudizielle, das ethische und das realistische Auslegungselement sowie dasjenige der Praktikabilität, ferner die Verkehrssitte, Treu und Glauben, das Wesen eines Rechtsinstituts, die Natur der Sache, die Vernünftigkeit, das Rechtsmissbrauchsverbot, die Lückenfüllung u.a.m. Die Liste ist nicht abschliessend.

An der Schwelle zur Emeritierung stehend, ist man angesichts zahlreicher Hilfsinstrumente versucht, von einem gut gefüllten methodischen Werkzeugkoffer oder -schrank zu sprechen – eine Metapher, die besonders bei jenen Juristengenerationen Anklang finden dürfte, die mit dem nützlichen Büchlein «Vom Handwerkszeug der juristischen Schriftstellerei» aus der Feder von Karl Oftinger gross wurden ([1]1944; [7]1986). Wer allerdings, wie der Schreibende, Sohn eines Apothekers ist, wird das Bild der juristischen «Hausapotheke» bevorzugen. So wie die medizinische Hausapotheke bei Verletzungen und akuten Beschwerden weiterhilft, steht die juristische Hausapotheke bereit, wenn unerwartet kleinere oder auch grössere juristische Probleme auftreten.

---

* Emeritierter Professor für Staats-, Verwaltungs- und Europarecht (Universität Zürich).

Wer über eine solche persönliche juristische Hausapotheke verfügt, sollte vernünftigerweise den Inhalt regelmässig überprüfen und Hilfs- und Hausmittelchen aussortieren, die ihr Verfalldatum überschritten haben oder sich als dysfunktional erweisen. Die Emeritierung ist der ideale Moment für eine solche Aufräumaktion; dies gilt erst recht, wenn man das Aufräumen als einen «Akt intellektueller Entrümpelung» (Harold James) empfindet und schätzt. Was aber gehört – neben der unentbehrlichen Grundausstattung – in eine gut ausgerüstete juristische Hausapotheke und was nicht? Eine diesbezügliche allgemeine Empfehlung – wie es sie für die medizinische Hausapotheke gibt – ist dem Schreibenden nicht bekannt. Umso bereitwilliger gibt er einige ausgewählte – naturgemäss subjektiv gefärbte – Erfahrungen an den Jubilar weiter, die er dank eines Emeritierungsvorsprungs von sechs Monaten bereits hat sammeln können.

Die wichtigste Erkenntnis vorweg: Einer kritischen Überprüfung bedarf die *Methodenfigur der Gesetzeslücke*. Trotz langjähriger Bemühungen ist es weder der Rechtsprechung noch der Methodenlehre geglückt, eine klare Grenze zwischen *ausfüllbaren* Lücken und *nicht* ausfüllbaren Lücken zu ziehen (siehe etwa BGE 148 V 84). Wenn aber die Figur der Gesetzeslücke diese Abgrenzungsaufgabe nicht zu erfüllen vermag: Wozu braucht es sie dann? Und Hand aufs Herz: Wer hat schon einmal mit eigenen Augen eine Gesetzeslücke gesehen? Die einzige Lücke, die der Schreibende in der Rechtssammlung des Bundes (SR) bisher angetroffen hat, befindet sich in den Übergangsbestimmungen der Bundesverfassung, genauer in Art. 197. Auf die Ziffer 5 folgt dort die Ziffer 7. Eine Ziffer 6 existiert nicht, und sie hat nie existiert, wie die von der Bundeskanzlei gesetzte Fussnote uns wissen lässt. Was ist die Ursache für diese Nummerierungslücke? Man hat sich vor 20 Jahren bei der Vergabe der Ziffern schlicht verzählt. Die problematische Figur der Gesetzeslücke sollte aus der juristischen Hausapotheke verbannt werden.

Entsprechendes gilt für die sog. *richterliche Normkorrektur* (oder Normberichtigung), die im überkommenen Drei-Ebenen-Modell der Rechtsfindung die oberste Ebene bildet. Eine nähere Betrachtung zeigt, dass diese Methodenfigur wenig mit herkömmlicher Rechtsfindung, jedoch viel mit *Normenkontrolle* zu tun hat, d.h. mit Fragen der Verfassungsgerichtsbarkeit und ihren Grenzen. Bei dieser Methodenfigur handelt es sich um ein falsch etikettiertes Überbleibsel aus den vorkonstitutionellen Anfängen der juristischen Methodenlehre. Angesichts der gravierenden Nebenwirkungen – dem Rechtsanwender wird es leicht gemacht, die Massgeblichkeit der Bundesgesetze zu unterlaufen (exemplarisch BGE 134 V 131 E. 7.2: «richterliches Eingreifen ist […] geboten») – sollte dieses Mittelchen nicht rezeptfrei in der juristischen Hausapotheke verfügbar sein.

Ein weiteres problematisches Überbleibsel ist die vom Bundesgericht gelegentlich verwendete Methodenformel, wonach ein Gesetz «ein eigenständiges, vom Willen des Gesetzgebers unabhängiges Dasein [entfaltet], sobald es in Kraft getreten ist» (BGE 139 III 368 E. 3.2). Diese – nennen wir sie – gesetzes-ontologische *Daseins-Formel* gibt dem Rechtsanwender im Ergebnis einen Freipass, sich vom Entscheid des demokratischen Gesetzgebers zu entfernen. Eine solche Selbstermächtigungs-Formel hat in einer demokratisch-rechtsstaatlichen Verfassungsordnung nichts zu suchen; sie muss beim Entrümpeln der juristischen Hausapotheke dringendst fachgerecht entsorgt werden.

Und wie steht es um die bisher noch nicht angesprochenen spezifischen *Hausmittelchen aus dem öffentlichen Recht?* Einige wenige abschliessende Hinweise müssen genügen. Vorsicht ist bei der *verfassungs- bzw. grundrechtskonformen Auslegung* geboten. Denn hinter diesem Etikett verbirgt sich gelegentlich eine die Grenzen der Interpretation sprengende *Umdeutung* der auszulegenden Norm (was man allenfalls nach Prüfung der einschlägigen Voraussetzungen unter dem Titel «Normenkontrolle» durchgehen lassen kann). Auch die Methodenfiguren der «praktischen Konkordanz» und der «Einheit der Verfassung» bergen Risken, da sie sich leicht instrumentalisieren lassen, um bei unliebsamen Einzelbestimmungen ein paar Ecken und Kanten abschleifen bzw. wegharmonisieren zu können. Und dann findet sich in juristischen Hausapotheken häufig auch noch die Maxime der *Verhältnismässigkeit*, deren Handhabung gelegentlich mit dem Bild des «Zauberwürfels» veranschaulicht wird. Falls dies zu bedeuten haben sollte, dass beim Einsatz des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes Magie im Spiel ist, dann wäre es wohl nicht nur angezeigt, sondern geboten, höchste Vorsicht walten zu lassen. Was mit Zauberkräften funktioniert, ist kein harmloses Problemlösungsmittelchen für den Hausgebrauch, sondern gehört im Zweifel in den juristischen «Giftschrank».

Effizienz im Verwaltungsverfahren dank Menschlichkeit?

Peter Bieri-Evangelisti[*]

Die «kleine Schrift» Psychologie im öffentlichen Verfahren von Markus Müller[1] hat mein Verständnis vom Rechtsleben mit am stärksten geprägt. Wer diesen inspirierenden Text – erneut – liest, kann die im Titel gestellte Frage nur mit einem «Ja!» beantworten. Zählt man nämlich die zentralen Gedanken von Markus Müller zusammen, dann lässt sich Effizienz nicht losgelöst von Menschlichkeit denken: (1) Öffentlich-rechtliche Rechtsverhältnisse entfalten sich stets im zwischenmenschlichen Kontakt. (2) Auf Seiten des Staates handeln nicht blutleere Einheiten, sondern Menschen. (3) Das Potenzial höflicher Kommunikation ist beträchtlich – etwa um unnötige Rechtsstreitigkeiten zu verhindern.[2]

Das Ziel der folgenden Zeilen ist es, diese zugegeben etwas mutige These zu untermauern, dabei für ein positiveres (Begriffs-)Verständnis von «Effizienz» zu werben und zugleich die vielen mit Rechtsanwendung befassten Menschen zu ermutigen, sich bei ihrer Arbeit – im Sinn der Effizienz – auch mal ohne schlechtes Gewissen (mehr) Zeit für Menschlichkeit herauszunehmen.

Was ist denn überhaupt effiziente Rechtsanwendung? – Effizienz verlangt von den staatlichen Aufgabenträgern, dass sie ihre Ressourcen für die Aufgabenerfüllung optimal einsetzen.[3] Übersetzt auf Verwaltungsverfahren heisst dies, die rechtsanwendenden Behörden sollen ihr Personal bestmöglich einsetzen bzw. dieses seine Arbeitszeit optimal nutzen, um das Recht korrekt anzuwenden. Dies ist freilich stark vereinfacht. Die inhaltliche Richtigkeit von Rechtsanwendungsakten ist nämlich nur eines von mehreren Elementen guter Rechtsanwendung. Genauso sollen die Verfahren innert nützlicher Frist abgeschlossen werden und die Ver-

---

[*] Dr. iur., Rechtsanwalt, Oberassistent am Institut für öffentliches Recht, Universität Bern.

1 Markus Müller, Psychologie im öffentlichen Verfahren. Eine Annäherung, Bern 2010.

2 Müller (FN 1), 1, 114, 134.

3 Vgl. dazu und zum Folgenden Peter Bieri, Bearbeitung von Daten über Richterinnen und Richter, Diss. Bern 2016, N 479 ff. und 155 ff.

fahrensparteien sollen und wollen im Verfahren als Menschen gehört werden. Schlüsselgrösse für wirksame Rechtsanwendung ist die Akzeptanz der staatlichen Entscheidungen.[4] Der Respekt gegenüber allen Parteien gebietet, diesen ein faires Verfahren zu gewährleisten. Die aufmerksame Kenntnisnahme der Argumente und die anständige Auseinandersetzung mit diesen werden zur Tugend.[5] Effiziente Rechtsanwendung fordert daher von den Behörden, ihr Personal (oder: ihre menschlichen Ressourcen) bestmöglich einzusetzen, um in nützlicher Zeit richtige und akzeptierte Entscheide zu treffen.

Wer nach effizienter Aufgabenerfüllung ruft, meint damit leider allzu oft verkürzt «Kosten reduzieren», «Zeit einsparen» oder «Ressourcen schonen».[6] Solche Forderungen können berechtigt sein. Von verbesserter Effizienz darf aber nur dann gesprochen werden, wenn die Entscheide qualitativ hochstehend bleiben. Dabei geben die Verfahrensgarantien vor, welchen minimalen Anforderungen ein Verfahren und ein Entscheid genügen müssen. Werden diese nicht eingehalten, kann von Effizienz keine Rede mehr sein. Bei Effizienzdebatten sollte daher nicht nur die Aufwandseite beachtet werden, sondern vielmehr die Ergebnisseite (hier: gute Rechtsanwendung) stärker in den Fokus rücken. Effizienz ist somit kein Allerheilmittel gegen steigende Kosten und zunehmende Arbeitslast. Sie ist vielmehr – nur aber immerhin – eine Handlungsmaxime, die uns gestellten Aufgaben bestmöglich zu lösen, das eigene Handeln – und das der anderen – stets kritisch zu hinterfragen und nach Verbesserungen zu suchen. So kommt nicht von ungefähr, dass sich sowohl der Fahrstil von Marco Odermatt als auch die Spielweise von Roger Federer als effizient umschreiben lassen.

Die Mitarbeitenden einer Behörde sollten dem Spardruck zum Trotz den Mut haben, im Sinn der Effizienz auch mal bewusst mehr Zeit in einen Fall zu investieren. Namentlich zwei Überlegungen können dies gebieten: Mehr Höflichkeit in der Kommunikation[7] und mehr Mündlichkeit im Verfahren. Beides kostet Zeit und Geld. Beides kann sich aber letztlich als effizient erweisen: Effizienz dank Menschlichkeit!

---

4 Müller (FN 1), 5.

5 Hugo Casanova, (Steuer-)Richterin oder Richter – ein Traumberuf? in: Peter Mäusli-Allenspach/Michael Beusch (Hrsg.), Steuern und Recht – Steuerrecht! Liber amorum für Martin Zweifel, Basel 2013, 313 ff., 319.

6 Vgl. zu diesem Absatz Bieri (FN 3), N 485.

7 Eingehend Müller (N 1), 134.

Höflichkeit in der Kommunikation gebietet es, Urteile möglichst verständlich und respektvoll zu begründen, damit eine Adressatin nicht aus übermässigem Frust ein Rechtsmittel ergreift. Die Suche nach der richtigen Formulierung ist anstrengend, anspruchsvoll und oftmals zeitraubend – zumindest ohne Unterstützung einer KI-basierten Applikation. Höflichkeit ist zwar ebenfalls kein Allerheilmittel. Parteien mit einem Hang zur Querulanz wird die beste Begründung nicht davon abbringen, ein Rechtsmittel zu ergreifen. Immerhin sollten sich die das Recht anwendenden Menschen aber die Zeit nehmen, zu überlegen, ob eine kurze und sachliche Begründung angezeigt ist oder ob es sich lohnt, einen Entscheid ausführlicher zu begründen und vertieft auf die Vorbringen der Parteien einzugehen.

Verwaltungs- und Verwaltungsjustizverfahren sind wesentlich von Schriftlichkeit geprägt.[8] Namentlich im Verwaltungsverfahren und im verwaltungsinternen Beschwerdeverfahren kann es laut Markus Müller aber angezeigt sein, vermehrt den direkten, mündlichen Kontakt mit den Parteien zu suchen: «So können Missverständnisse (häufig) leichter und unkomplizierter ausgeräumt, und eine verfahrene Situation kann deblockiert werden. Besonders im Auge zu behalten sind dabei alle Aspekte der nonverbalen Kommunikation. Gerade auch im Kontakt mit Personen aus fremden Kulturkreisen empfiehlt es sich, vermehrt mündlich zu kommunizieren.» Dies verdient volle Zustimmung und lässt sich durchaus auch auf das Verwaltungsjustizverfahren übertragen.

Nur selten kommt es etwa an der verwaltungsrechtlichen Abteilung des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern zum unmittelbaren Kontakt zwischen Gerichtsmitgliedern und Verfahrensbeteiligten. Die Anzahl Instruktionsverhandlungen, an denen ich während meiner fast fünfjährigen Gerichtsschreibertätigkeit mitwirken durfte, lässt sich an einer Hand abzählen. Auch Augenscheine oder öffentliche Urteilsberatungen dürfen als Raritäten bezeichnet werden. Erfahrene Richterinnen und Richter erzählten mir mit einem gewissen Bedauern, dass sie früher deutlich mehr Augenscheine oder mündliche Instruktionsverhandlungen durchgeführt hätten. Heute fehle es schlicht an der Zeit.

Dies erstaunt wenig angesichts der zunehmenden Geschäftslast. Eine Instruktionsverhandlung oder einen Augenschein vorzubereiten, ist enorm zeitaufwändig. Dennoch könnten sich in einzelnen Fällen solche mündlichen Kontakte als effizient erweisen. So erlebte ich dies bei einer personalrechtlichen Streitigkeit, die ich als Gerichtsschreiber bearbeitete. Etwa ein halbes Jahr nach dem Ende meiner

---

[8] Für das bernische Recht Markus Müller, Bernische Verwaltungsrechtspflege, 3. Aufl., Bern 2021, 86, auch zum Folgenden; Art. 31 VRPG/BE.

Anstellung erhielt ich die lobende Rückmeldung eines am Verfahren beteiligten Anwalts: Er sei vor Überraschung fast vom Stuhl gefallen, als er die Einladung für die Instruktionsverhandlung erhalten habe. Die Verfahrensparteien fühlten sich gehört und gesehen. Sie durften im Rahmen von Parteibefragungen ihre Sichtweisen ausführlich einbringen. Anschliessend war ein Vergleich rasch gefunden und das Verfahren konnte zur Zufriedenheit aller als erledigt abgeschrieben werden. Der zusätzliche Aufwand für die Vorbereitung und Durchführung der Verhandlung hat sich hier als effizient erwiesen.

Freilich hat sich der klassische schriftliche Verwaltungsprozess bewährt. Daran ist nicht zu rütteln. Instrumente, die den zwischenmenschlichen Kontakt ermöglichen, haben aber ebenfalls ihre Daseinsberechtigung. Effizienzüberlegungen dürfen Instruktionsverhandlungen und Augenscheine nicht aus den Verwaltungs- und Verwaltungsjustizverfahren drängen. Daher mein Appell an die zuständigen Menschen: Bewahrt den Mut, diese Instrumente weiterhin zu nutzen.

Unzulänglichkeiten des Rechts im Umgang mit der Natur, nichtmenschlichen Tieren und dem Klima: Lernmomente für das Verhältnismässigkeitsprinzip?

Charlotte E. Blattner[*]

Recht, als Gesamtheit der Normen, die menschliches, genauer gesellschaftliches, Verhalten steuern, ist entsprechend seiner Herkunft und Konzeption von Menschen für Menschen gemacht. Recht ist «von Natur aus» anthropozentrisch. Allerdings sind wir als Menschen (und damit als biologische Wesen) integraler Bestandteil von Ökosystemen, angewiesen auf eine Vielzahl natürlicher Ressourcen und Ökosystemleistungen und in hohem Masse abhängig von der aktuellen atmosphärischen «Goldilock-Zone»[1].

Das Schweizer Recht zeigt sich diesen natürlichen Gesetzmässigkeiten gegenüber nicht unempfänglich. Seit 1999 will die Bundesverfassung den Menschen und die natürliche Umwelt vor schädlichen und lästigen Einwirkungen geschützt sehen.[2] Dazu gehören auch ungünstige klimatische Veränderungen.[3] Unter dem schützenden Radar des Rechts stehen Tiere und Pflanzen, ihre Lebensgemeinschaften und Lebensräume, ebenso die auf Langfristigkeit ausgelegte, dauerhafte Erhaltung der natürlichen Lebensgrundlagen, etwa der biologischen Vielfalt und Fruchtbarkeit

---

[*] Professorin für Umwelt- und Verwaltungsrecht an der Universität Lausanne.

[1] Die habitable Zone, oder Goldlöckchen-Zone, bezeichnet jenen Bereich eines Planeten, bei welchem die ökologischen Parameter für das menschliche Gedeihen ideal sind. Aufgrund der Fragilität des Klimasystems der Erde befinden wir uns in einer «Klima-Nische», die sehr sensibel auf den Austoss von CO_2 reagiert und durch dessen kontinuierliche Zunahme bedroht ist: Timothy M. Lenton/Chi Xu/Jesse F. Abrams/Ashish Ghadiali/Sina Loriani/Boris Sakschewski/Caroline Zimm/Kristie L. Ebi/Robert R. Dunn/Jens-Christian Svenning/Marten Scheffer, Quantifying the Human Cost of Global Warming, Nature Sustainability 2023 (6), 1237–1247.

[2] Art. 74 Abs. 1 BV.

[3] Reto Morell/Klaus Vallender/Peter Hettich, Kommentar zu Art. 74, in: Bernhard Ehrenzeller/Patricia Egli/Peter Hettich/Peter Hongler/Benjamin Schindler/Stefan G. Schmid/Rainer J. Schweizer (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. A., Zürich 2023, Art. 74 N 9.

des Bodens.[4] Die Verfassung verpflichtet sich zudem direkt dem Schutz der Tiere und will dabei nicht nur deren Wohlergehen sondern auch deren Würde wahren.[5] Obschon unsere verfassungsrechtlichen Grundlagen insgesamt eher anthropozentrisch denn ökozentrisch ausgelegt sind,[6] schützen sie natürliche Entitäten (wie Umwelt, Tiere, Pflanzen) nicht lediglich soweit zweckdienlich für den Menschen. Das Recht steht damit nicht nur im Dienst des Menschen – als Recht des Menschen für den Menschen – sondern auch im Dienst natürlicher Entitäten.

Erstrebenswert wie dieses Bekenntnis sein mag, gute Absichten alleine schaffen (noch) keine Rechtswirklichkeit. Heute gelten von rund 11'000 untersuchten Tier-, Pflanzen- und Pilzarten in der Schweiz 35 % als ausgestorben oder gefährdet, 12 % als potenziell gefährdet. Wie das Bundesamt für Umwelt (BAFU) verkündet, sind damit Ökosystemleistungen langfristig nicht mehr gewährleistet.[7] In der Schweiz liegt die klimabedingte Erwärmung bereits um 2,9 °C über dem vorindustriellen Durchschnitt (1871–1900) und schreitet rund 1,6 °C stärker als im globalen Schnitt voran.[8] Und trotz Bekenntnis zum Tierschutz werden in der Schweiz jährlich 86 Millionen Rinder, Schweine, Kälber, Schafe und andere «Nutz»-Tiere geschlachtet.[9] Dies nur einige der ernüchternden Erkenntnisse zum Stand des Umwelt-, Tier- und Klimaschutzes der Schweiz.

Zahlreiche dieser Diskrepanzen zwischen Normideal und Wirklichkeit werden mit Hilfe des Verhältnismässigkeitsprinzips verhandelt. Sei es im Bereich des Natur- und Heimatschutzes die Pflicht zur ungeschmälerten Erhaltung des heimatlichen Landschafts- und Ortsbildes, von der aufgrund bestimmter gleich- oder höherwertiger Interessen von ebenfalls nationaler Bedeutung abgesehen werden kann;[10] sei es im Immissionsschutzrecht die Gewährung von Erleichterungen lärmschutz-

---

4 Art. 1 Abs. 1 USG.

5 Art. 80 und Art. 120 Abs. 2 BV.

6 SGK BV-Reto Morell/Klaus Vallender/Peter Hettich (FN 3), Art. 74 N 14.

7 Bundesamt für Umwelt, Biodiversität in der Schweiz: Zustand und Entwicklung, Bern 2023, 9, 11.

8 National Centre for Climate Services, Beobachtete Klimaentwicklung in der Schweiz, 18.02.2025, Internet: ‹https://www.nccs.admin.ch/nccs/de/home/klimawandel-und-auswirkungen/schweizer-klimaszenarien/beobachtete-klimaentwicklung-in-der-schweiz.html› (Abruf 15.7.2025).

9 Proviande, Der Fleischmarkt im Überblick 2024, Internet: ‹https://www.proviande.ch/sites/proviande/files/2020-05/Der%20Fleischmarkt%20im%20%C3%9Cberblick%20-%20Aktuelle%20Ausgabe.pdf› (Abruf 19.9.2025).

10 Art. 3 Abs. 1 und 6 Abs. 2 NHG.

rechtlicher Standards aufgrund überwiegender öffentlicher Interessen;[11] sei es im Tierschutzrecht die Beurteilung der Zulässigkeit eines Eingriffs in die Würde oder das Wohlergehen eines Tieres anhand des Verhältnismässigkeitsprinzips;[12] oder, im Klimaschutzrecht, wo eine strikte Reduktion der Treibhausgasemissionen zugestanden wird, diese sodann über das «Risiko einer übermässigen Belastung der Schweizer Wirtschaft»[13] ausgehebelt wird.

Dabei fällt die Verhältnismässigkeit i.e.S., d.h. die Zumutbarkeit, regelmässig zuungunsten der Umwelt, Pflanzen, Tieren und des Klimas aus. Kurzfristige menschliche Interessen, regelmässig ökonomischer Natur, trumpfen die grundlegendsten Bedürfnisse und Interessen natürlicher Entitäten. Mancherlei mag einer solchen Abwägung im Ergebnis zustimmen. In Anwendung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes sind dabei mindestens vier methodische Defizite zu monieren.

Zunächst entbinden uns auch rechtlich anerkannte, legitime Interessen – etwa wirtschaftlicher Natur – nicht von der Pflicht, diese einer sorgfältigen Abwägung mit den Belangen des Klima-, Tier- und Umweltschutzes zu unterziehen. Anstatt solche Interessen pauschal als vorrangig zu deklarieren, ist es erforderlich, sie unvoreingenommen, transparent und methodisch nachvollziehbar im Rahmen einer Verhältnismässigkeitsprüfung zu berücksichtigen.

Zweite Herausforderung ist der übermässige Fokus auf die Zumutbarkeit, wo «der subjektive Einschlag […] zweifellos am ausgeprägtesten»[14] ist. Es sind Menschen, deren Handlungen oder Unterlassungen gegenüber der Umwelt auf dem Prüfstand stehen, die ihr Urteil über die Notwendigkeit und Angemessenheit einer Massnahme fällen, ohne dass natürliche Entitäten dabei vertreten sind. Würden sich Mensch und Umwelt in einem Urzustand grundsätzlicher Gleichrangigkeit begegnen, würde man entsprechend Sir Hersch Lauterpacht im *Norwegian-Loans-Fall* des Internationalen Gerichtshofs zum Schluss kommen: «An instrument in which a party is entitled to determine the existence of its obligation is not a valid and enforceable legal instrument of which a court of law can take cognizance. It is

---

11 Siehe insb. Art. 17 Abs. 2, 20 Abs. 1 und 25 Abs. 2 und 3 USG. Ebenso im Luftreinhalterecht: Art. 11 Abs. 1 LRV.

12 Art. 4 Abs. 1 TSchG; BGer, 2C_416/2020, 10.11.2020, E. 4.2.4.

13 Botschaft vom 26.8.2009 über die Schweizer Klimapolitik nach 2012, BBl 2009 7433, 7459.

14 Markus Müller, Verhältnismässigkeitsprinzip: Gedanken zu einem Zauberwürfel, 3. A., Bern 2023, 39.

not a legal instrument. It is a declaration of a political principle and purpose.»[15] Nicht nur aus Umweltüberlegungen heraus, sondern auch aus solchen der Rechtsstaatlichkeit wäre dies also zu überdenken.

Als Entscheidtragende sind wir Menschen anfällig für eine menschlich zentrierte Voreingenommenheit und neigen dazu, Lösungen, die kurzfristigen menschlichen Interessen dienen, gegenüber der Wahrung langfristiger Interessen der Natur zu bevorzugen. Unvermeidbar wie diese Subjektivität unter Beibehaltung geltender *lege artis* der Rechtsprechung ist, sollte sie, wie Markus Müller es predigt, reflektiert und transparent stattfinden.[16] Die jeweilige Positionalität und die eigenen Werte müssen offen kommuniziert werden, was nicht nur die Nachvollziehbarkeit und damit die Legitimität der Entscheide erhöht, sondern Entscheidtragende auch dazu zwingt, ihre eigene Subjektivität kritisch zu reflektieren.

Drittens zeigt sich in Anwendung des Verhältnismässigkeitsprinzips i.e.S., d.h. der eigentlichen Güter- oder Interessenabwägung, ein Mangel an Methoden resp. Methodenreflexion.[17] Die Interessenabwägung, wie das Recht sie vorsieht, bietet keine Handhabe für die Abwägung (gleichwertiger oder ungleichwertiger) Güter. Wie soll etwa bei einem geplanten Tierversuch in der Grundlagenforschung das Interesse 30 nichtmenschlicher Affen an ihrer körperlichen Integrität und Schmerzfreiheit (starkes Ausmass, hohe Wahrscheinlichkeit, ausgewiesene Schutzbedürftigkeit) qualitativ gegen das Interesse der Allgemeinheit und Forschenden an wissenschaftlichem Fortschritt (eindeutige Wünschbarkeit, allerdings kaum bis keine klinische Anwendbarkeit, regelmässig fehlende Übertragbarkeit der Ergebnisse auf den Menschen) abgewogen werden? Wie sind bei der Errichtung einer Anlage die Interessen an deren Realisierung mit dem Ruhebedürfnis der betroffenen Anwohnerinnen und Anwohner sowie dem allgemeinen öffentlichen Interesse daran, dass der Lärmpegel nicht ständig steigt, auszutarieren? Zahlreiche weitere Beispiele reihen sich in diese Abwägungsproblematik ein: Windkraft vs. Naturschutz; Wasserkraft vs. Gewässerschutz; langfristiger Klimaschutz vs. kurzfristige Wirtschaftlichkeit; usw. Wie lässt sich hier – *nota bene* methodologisch (nicht unbedingt ergebnisbezogen) – ein ausgewogener Kompromiss, ja Harmonie herstellen? «Mit Vernunft und gutem Willen allein gelingt dies

---

15 ICJ, Case of Certain Norwegian Loans (France v. Norway), 6.7.1957, Separate Opinion Sir Hersch Lauterpacht, ICJ Rep. 34, 43.

16 Müller (FN 14), 48.

17 Siehe Bernhard Rütsche, Zwischen Rationalität und Werturteil: Begriff und Methodik der Interessenabwägung, ZSR 2024, 143 II 5 ff.

selten,»[18] mahnt Markus Müller. In diesem Sinne sollten wir mehr Reflexion über das «how to» wagen. Die rechtswissenschaftliche Methodik der Interessensabwägung könnte hier einen Blick in andere Disziplinen mit entscheidtheoretischer Erfahrung wagen, etwa in die Bioethik, wo systematischere, gar quantitative Ansätze sowie diskursive, bspw. deliberative Modelle, vorgestellt werden.[19]

Letztlich wird den Bereichen Umwelt-, Tier- und Klimaschutz in der Praxis der Zumutbarkeit weitaus mehr Aufmerksamkeit geschenkt als anderen Elementen des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes, insbesondere der Eignung. Eignung meint die Zwecktauglichkeit oder Zielkonformität. Wird also «keine nennenswerte Wirkung» mit einer Massnahme erzielt, was im breiteren Umweltrecht leider nicht allzu selten anzutreffen ist, dann müsste deren Zulässigkeit an der Eignung scheitern. Denn genauso wie Unverhältnismässiges nicht im Rahmen der Vorsorge zugunsten des Umwelt-, Tier- und Klimaschutzes verlangt werden kann,[20] darf das Verhältnismässigkeitsprinzip nicht zur Aushöhlung der Vorsorge resp. des Umwelt-, Tier- und Klimaschutzes führen.[21]

---

18 Müller (FN 14) 157.

19 Emily Sena/Gillian Currie, How our approaches to assessing benefits and harms can be improved, 28(1) Animal Welfare 2023, 107–115; Herwig Grimm/Anna S. Olsson/Peter Sandøe, Harm–benefit analysis – what is the added value? 53(1) Laboratory Animals 2019, 17–27.

20 Alain Griffel/Heribert Rausch, Kommentar zu Art. 11 in: Vereinigung für Umweltrecht/Helen Keller (Hrsg.), Kommentar zum Umweltschutzgesetz, 2. A., Zürich 2004, Art. 11 N 13.

21 Siehe BGer, 1C_11/2017, 2.3.2018, E. 4.3.1, als (seltenes) Urteil des Bundesgerichts mit sorgfältiger Prüfung der Eignung.

Hungerstreik und Strafvollzug: Nachgeben?

Felix Bommer[*]

Es ist ruhig geworden um den Hungerstreik im Strafvollzug. Seit dem Fall Rappaz sind mehr als 15 Jahre vergangen.[1] Die Diskussion ist eingeschlafen. In der Sache erledigt hat sie sich nicht. Immerhin scheint man sich einig, was auf dem Spiel steht: Die Gesundheit oder gar das Leben des Insassen einerseits, die Glaubwürdigkeit der Strafvollstreckung andererseits.[2] Markus Müller hat sich verschiedentlich pointiert zu der Frage geäussert, wie mit einem Strafgefangenen umzugehen sei, der zur Erzwingung besserer Haftbedingungen, eines Haftunterbruchs oder gar des Verzichts auf die weitere Strafvollstreckung in einen Hungerstreik tritt. «Der Staat darf seinen Gefangenen nicht sehenden Auges verhungern lassen».[3] Vielmehr soll in dieser Situation – sofern medizinisch indiziert und als letztes Mittel – zu einer einmaligen (aber nicht fortgesetzten) Zwangsernährung gegriffen werden.[4] Diese Position kann sich auf die bundesgerichtliche Praxis stützen.[5] Es ist ihr allerdings Widerstand erwachsen, und zwar gerade auf legislativer Ebene. Verschiedene Kantone haben in den letzten zwei Jahrzehnten Regelungen geschaffen, die darauf hinauslaufen, einem Hungerstreik, zu dem sich der Gefangene in freier Verantwortung entschieden hat, seinen Lauf zu lassen und ihm nicht eine Zwangs-

* Ordinarius für Strafrecht und Strafprozessrecht, Universität Zürich.

1 BGE 136 IV 97. Ausführlich Brigitte Tag, Hungerstreik im Freiheitsentzug, in: Brigitte Tag/Dominik Groß (Hrsg.), Tod im Gefängnis, Frankfurt a.M. 2012, 23 ff.

2 Vgl. nur Markus Müller/Christoph Jenni, Hungerstreik und Zwangsernährung, SÄZ 2011, 284 ff., 285; Brigitte Tag, Nr. 31 Tribunal fédéral, Cour de droit pénal, Arrêt du 16 novembre 2010 dans la cause Rappaz contre Département de la sécurité, des affaires sociales et de l'intégration du canton du Valais – 6B_959/2010, FP 2011, 153 ff.

3 Markus Müller, Hungerstreik und Strafvollzug, NZZ vom 29.7.2010, 19; ders., Darf der Staat Gefangene verhungern lassen?, plädoyer 5/2013, 20.

4 Müller/Jenni (FN 2), 285; Markus Müller, Hungertod in der Zelle, ZBl 2013, 293 f.

5 BGE 136 IV 97 E. 6.3.3; bestätigt vom EGMR, Rappaz c. Suisse, No 73175/10, 26.3.2013, E. 72.

ernährung entgegenzusetzen.[6] Auch im Schrifttum gibt es Stimmen, die in dieser Situation den Willen des Insassen vorgehen lassen und den Hungerstreik hinnehmen wollen, auch wenn er ein böses Ende nehmen sollte.[7]

Es war der Jubilar selbst, der zu Recht darauf hingewiesen hat, dass der «simple Schein vom bipolaren Spannungsfeld trügt».[8] Erstaunlicherweise wird nämlich der dritte Ausgang aus dem Dilemma kaum diskutiert: Verhungernlassen, Zwangsernähren – oder Nachgeben. Nachgeben? Der eine oder die andere wird darüber nur den Kopf schütteln: Strafvollzug ist eine zu ernste Angelegenheit, als dass der Staat sich nachgiebig zeigen könnte. So wird dieser Ausweg durch den Hinweis auf die Rechtsgleichheit und die Notwendigkeit der Strafvollstreckung meistens a priori diskussionslos verworfen; zudem mache sich der Staat auf diese Weise erpressbar.[9]

Wie steht es um die Überzeugungskraft dieser Argumente der Unnachgiebigkeit? Dasjenige rechtsgleicher Durchsetzung des Strafanspruchs erfährt eine erste Relativierung, wenn man sich das Dunkelfeld amtlich nicht registrierter Straftaten vor Augen führt.[10] Dieser Einwand macht den Gleichheitshinweis nicht wertlos; aber er nimmt ihm doch einen Teil seiner Überzeugungskraft. Das Rechtsgleichheitsargument muss also enger gefasst und auf die angeklagten und zu einer unbedingten Freiheitsstrafe verurteilten Personen bezogen werden. Aber noch dann: Die notorischen Ungleichheiten in der Strafzumessung bringen einen abermals ins

---

6 § 16 JVG Basel-Stadt; Art. 39 JVG Bern; Art. 27 JVG Graubünden; Art. 95 LPMPA Neuenburg; § 31bis Abs. 3 Verordnung über die Gefängnisse und Vollzugsanstalten St. Gallen; Art. 49 Abs. 3 Verordnung über die Rechte und Pflichten von inhaftierten Personen Wallis; § 6 JVV Zug.

7 Benjamin Brägger/Tanja Zangger, Freiheitsentzug in der Schweiz, Bern 2020, N 1227; Lucien Müller, Aufgedrängte Fürsorge, Zürich 2024, 694 f.; Tag (FN 2), FP 2011, 155; dies. (FN 1), 61 f.

8 Müller/Jenni (FN 2) , 284.

9 BGE 136 IV 97 E 5.2.1, E. 5.2.2.1; Brägger/Zangger (FN 7), N 226, 1232; Olivier Guillod/Dominique Sprumont, Les contradictions du Tribunal fédéral face au jeûne de protestation, Jusletter 8.11.2010, N 20, 22; Tag (FN 2), 154; dies. (FN 1), 56, 61 f.; so auch noch Felix Bommer, Die strafrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2010, ZBJV 2015, 350 ff., 362 f.

10 Näher Christoph Birkel et al., Der Deutsche Viktimisierungssurvey 2017, Wiesbaden 2020, 40 f. (bei allen untersuchten Deliktsgruppen über 50%); Günther Kaiser, Kriminologie, 3. Aufl., Heidelberg 1996, N 80 ff.; Martin Killias/Marcelo Aebi/Andre Kuhn, Précis de criminologie, 4. Aufl., Bern 2019, N 130 ff.

Grübeln,[11] m.a.W.: Nur unter der Fiktion gleicher Straflängen für gleichgewichtige Straftaten unter gleichen persönlichen Verhältnissen ist es ungleich, den Vollzug beim hungerstreikenden Strafgegangenen zu unterbrechen oder ihn gar vorzeitig zu entlassen.

Gegen Nachgiebigkeit soll auch deren Erpressungspotenzial sprechen: Der Hungerstreik wird zum erfolgreichen Druckmittel zur Ertrotzung der Freilassung. Eigenständigen Gehalt hat diese Feststellung nicht. Sie leitet bloss über zu dem argumentativ gewichtigen Hinweis, die Strafrechtspflege verlöre ihre Glaubwürdigkeit, wenn sie unbedingte (Freiheits-)Strafen nicht vollstrecken würde, wie es die Vorschrift von Art. 372 StGB explizit verlangt. Nun vermag die eine Ausnahme, die die Regel durchbricht, noch kein System ins Wanken zu bringen. Aber die Befürchtung geht gerade dahin, dass es nicht bei der einen Ausnahme bleibt: Wenn einmal ruchbar wird, dass sich auf diese Weise die Vollzugsdauer verkürzen lässt, wird der Hungerstreik zu einem Massenphänomen, die Gefängnisse sind am Ende leer und alle Übeltäter in Freiheit. Das wird nicht passieren: Das Dammbruchargument ist auf der tatsächlichen Ebene eine krasse Überspitzung; flächendeckende Freipressaktionen sind nicht zu erwarten. Dazu kommt, dass eine Freilassung bei Straf- oder Massnahmegefangenen, die als gefährlich eingestuft werden, ohnehin nicht in Betracht fällt.

Nur in dem verbleibenden Umfang stellt sich die Frage des Nachgebens ernsthaft. Der unterbliebene Vollzug eines Teils einer Freiheitsstrafe ist auch dann ein Einbruch in die Durchsetzung von Strafurteilen, wenn er einmalig bleibt; er widerspricht der Pflicht zur Strafverbüssung. Dabei ist eine Beschädigung staatlicher Autorität nicht wegzudiskutieren, selbst wenn ihre nähere Bestimmung schwerfällt. *Wie sehr* sie Schaden nimmt, hängt auch davon ab, wie lange der Strafvollzug schon dauert und wie lange er noch dauern müsste. Überdies wird der – symbolische – Grenznutzen weiterhin stattfindenden Vollzugs mit jedem Jahr und Monat geringer und das Interesse der Öffentlichkeit an dessen Fortdauer nimmt ab.

Auf der anderen Seite der Waagschale liegt die körperliche Integrität oder gar das Leben des Strafgefangenen (das er freilich in der Hand hat, indem er den Hungerstreik abbricht). Wenn man kategorisch an der weiteren Verbüssung festhält, bedeutet dies, dass der staatliche Strafanspruch, unbesehen um dessen konkrete

[11] Näher Luca Ranzoni, Gerechte Strafen ohne Gleichheit? Diss. Zürich 2025, 171 ff., 252 ff.

Bedeutung und Restdauer, dem Leben ausnahmslos vorgeht[12]. Ob sich dieser Befund ohne Rücksicht auf den Rang seiner Durchsetzung im konkreten Fall halten lässt, erscheint mehr als zweifelhaft. Man wird jedenfalls nicht a priori ausschliessen können, dass die grundrechtlich geforderte Interessenabwägung (Art. 36 Abs. 3 BV) im Einzelfall ausnahmsweise zu einer Höherbewertung der individuellen Belange und damit zu einer Freilassung führt. Aber Nachgeben wird die grosse Ausnahme bleiben. Es ist deshalb für den Strafgefangenen nicht kalkulierbar. Und zu guter Letzt: Müsste er, bei erfolgreichem Hungerstreik und Fluchtgefahr, beim Verlassen der Anstalt gleich wieder festgenommen und in Untersuchungshaft versetzt werden wegen des Verdachts auf (versuchte) Nötigung (Art. 181 StGB)? Dann wäre Nachgeben definitiv für keine der beteiligten Seiten eine Option.

[12] Daran ändert der Einwand nichts, dass kaum jemand das gesundheitliche Risiko eines Hungerstreiks eingehen wird, wenn es sich nicht «lohnt»; er beschlägt die tatsächliche Ebene, nicht die normative. – Auf die Frage der vorzeitigen Entlassung wird hier nicht eingegangen, weil sie nicht relevant ist. Immerhin dürfte ein Hungerstreik wenig dazu beitragen, dass das Verhalten des Gefangenen im Strafvollzug die Entlassung rechtfertige, wie Art. 86 Abs. 1 StGB es voraussetzt.

Pyrotechnik ist kein Verbrechen

Martin Buchli[*]

Ostkurve Wankdorfstadion. YB schiesst in der achtzigsten Spielminute das 1:0. *«YB, YB, du bisch di gröschti Sensation*!» schallt es durch die Ränge. Ein Dutzend Ultras mit gelb-schwarzen Sturmhauben brennen Pyrofackeln ab. Der YB-Boogie verstummt, und aus dem Stadionlautsprechen erklingt nun der Hinweis: *«Das Abbrennen von Pyros und Petarden ist verboten.»*[1] Eine Hand voll weiterer Fackeln werden angezündet, dazu ein paar Rauchtöpfe. Der Hinweis, dass das Abbrennen von Pyros und Petarden verboten sei, ertönt nochmals durch den Stadionlautsprecher, diesmal etwas bestimmter und mit dem Zusatz, dass man umgehend damit aufhören solle – so will es das *Handbuch für Stadionspeaker* der Swiss Football League.[2]

Der Torschütze geht zu den Fans in der Ostkurve. Aber nicht, um sie aufzufordern, doch bitte endlich mit dem Abbrennen von Pyrofackeln aufzuhören. Nein, der Torschütze lässt sich von den Ultras feiern und zeigt mit den Händen an, dass sie noch lauter schreien sollen. Das Spiel wird fortgesetzt, und der Capo stimmt die Parole «Pyrotechnik ist kein Verbrechen!» an; der Sektor B macht beim Sprechgesang geschlossen mit, zahlreiche Zuschauer in den Sektoren C und D stimmen mit ein. Nach dem Spiel wird der Torschütze in einem Interview von den tollen Fans, der grandiosen Stimmung im Stadion und der eindrücklichen Atmosphäre nach seinem Siegestor schwärmen.

Spätestens jetzt müsste jedem «vernünftigen» Menschen – inklusive Politikern – klar werden, dass ein striktes Verbot von Pyrotechnik in Fussballstadien etwa gleich sinnvoll ist wie ein Gebetsverbot auf dem Petersplatz in Rom. Trotzdem wusste der Gesetzgeber nichts Besseres zu tun, als das Abbrennen von pyrotechnischen Gegenständen in Sportstätten per Legaldefinition als «gewalttätiges

[*] Lic. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Partner der Kanzlei Recht & Governance, Bern.

[1] Swiss Football League (Hrsg.), Handbuch für Stadionspeaker der Super League und der Challenge League, 2024, 80.

[2] A.a.O., 82.

Verhalten» zu brandmarken.[3] Auf die Ultras und deren Hang zum Abbrennen von Pyros angesprochen, werden Politiker*innen von links bis rechts nicht müde, strengere Strafen und griffigere Massnahmen gegen die «Fussballchaoten» und «Hooligans» zu fordern. In regelmässigem Turnus wird das sog. Hooligan-Konkordat verschärft, und die Diskrepanz zwischen Norm und Wirklichkeit wird grösser.

Diese Spirale ist unnötig, und sie lässt ausser Acht, dass auch die Regulierung von Pyrotechnik an Sportveranstaltungen verfassungsrechtlichen Standards zu genügen hat. Dazu die folgenden Gedanken:

- *Differenzierungsgebot:* Zunächst muss eine klare Trennlinie zwischen kontrolliert abgebrannter Pyrotechnik in der Fankurve zu unkontrolliert angezündeten oder sogar als «Wurfgeschoss» eingesetzten pyrotechnischen Gegenständen gezogen werden. Wer einen brennenden Bengalo in einen gegnerischen Fansektor wirft, gehört für lange Zeit aus allen Fussballstadien verbannt und soll sich vor der Strafjustiz verantworten.[4] Nichts vermag ein solches Verhalten zu rechtfertigen.[5]
- *Grundrechtsschutz.* Das *kontrollierte* Abbrennen pyrotechnischer Gegenstände durch Fussballfans – als Stimmungsmacher und nicht als Mittel der Gewalt – zielt in keiner Weise darauf ab, anderen Personen zu schaden und es wird auch keine Verletzung Dritter (der Fans in der eigenen Kurve) in Kauf genommen. Es ist – namentlich bei aufwändig vorbereiteten Choreographien – vielmehr ein effektvolles Stilmittel und ein fester Bestandteil der Fan*kultur*. Es gibt keinen Grund, weshalb «Choreos» nicht unter den objektiven Schutzbereich der Kunstfreiheit nach Art. 21 BV fallen sollten. Ebenso kann das Abbrennen von Pyrotechnik als symbolischer (und friedlicher) Akt und Ausdruck einer bestimmten Meinung bzw. Botschaft verstanden werden, womit auch der objektive Schutzbereich der Meinungsäusserungsfreiheit gemäss Art. 16 BV betroffen ist.

---

3 Art. 2 des Konkordats über Massnahmen gegen Gewalt anlässlich von Sportveranstaltungen (BSG 559.14-1); in der öffentlichen Debatte regelmässig als Hooligan-Konkordat bezeichnet.

4 Siehe dazu Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich Nr. SB140349 vom 31. März 2015. Für den Wurf einer Fackel in den gegnerischen Fanblock wurde der Beschuldigte mit 13 Monaten Freiheitsstrafe sowie mit einer Busse von CHF 500 bestraft. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wurde aufgeschoben und die Probezeit auf zwei Jahre festgesetzt.

5 Dies gilt selbstverständlich auch für rassistische, sexistische oder homophobe Schlachtrufe.

– *Eignung und Erforderlichkeit von Verboten.* Ein Eingriff in die Kunstfreiheit und in die Meinungsäusserungsfreiheit muss sich nach Art. 36 BV legitimieren lassen. Der Polizeigüterschutz stellt ein mögliches öffentliches Interesse für einen Grundrechtseingriff dar. Diesbezüglich sei aber zu bedenken gegeben, dass das Risiko, sich auf dem Weg ins Stadion bei einem Verkehrsunfall zu verletzen, ungleich grösser ist als das Risiko, sich an einer kontrolliert abgebrannten Fackel im Stadion zu verbrennen. Dem mag man entgegenhalten, dass auch der Strassenverkehr staatlich streng geregelt ist. Stimmt. Aber: Das Strassenverkehrsrecht ist sehr differenziert geregelt, und der Gesetzgeber würde nie auf die Idee kommen, die Teilnahme am Strassenverkehr als «gewalttätiges Verhalten» zu bezeichnen. Dies führt zum entscheidenden Punkt: Damit der Grundrechtseingriff verhältnis- und damit rechtmässig bleibt, muss er geeignet und erforderlich sein, um das Rechtsgut auch tatsächlich schützen zu können. Ein undifferenziertes Pyroverbot ist nun aber gerade nicht geeignet, sondern führt zu einer Kriminalisierung einer für sich genommen wenig gefährlichen Handlung.[6] Dem wird in der Praxis wohlgemerkt auch insoweit Rechnung getragen, als dass die Pyroverbote in den Stadien gar nicht durgesetzt werden: Nie würde ein Stadionordner – geschweige denn ein Polizist – bei einer Pyroshow in der Fankurve auf die Idee kommen, einzuschreiten und die Tat zu unterbinden. Das Risiko, dass unbeteiligte Dritte bei einem Eingriff der Polizei verletzt würden, steht in keiner Relation zum sehr kleinen Risiko, wenn Fackeln von im Umgang mit Pyros erfahrenen Fans eingesetzt werden. Vor diesem Hintergrund wäre es aus Verhältnismässigkeitsüberlegungen geboten, ein sicheres Abbrennen von Pyros in der Fankurve durch geeignete Rahmenbedingungen zu ermöglichen. Die Schulung zum sicheren und verantwortungsvollen Umgang mit Pyrotechnik sowie das Ausweisen von Zonen wäre nicht nur viel sinnvoller als nicht durchsetzbare Verbote, sondern als mildere Mittel auch rechtlich angezeigt. Dass dies geht, zeigen Pilotprojekte in Skandinavien, allen voran in Norwegen. Dort ist das Abbrennen von Pyrotechnik unter der Voraussetzung erlaubt, dass die Fans, die Pyrotechnik nutzen, darin geschult wurden, über 18 Jahre alt und nüchtern sind. Zudem ist der Bereich, in dem Rauchtöpfe und Fackeln gezündet werden, zu markieren.

---

[6] Es soll hier nicht negiert werden, dass von einer 1500 Grad heissen Fackel eine gewisse Gefahr ausgeht. In den Händen von Personen, die damit geübt sind, ist das Risiko für den Betroffenen und für Dritte aber sehr gering.

Fazit: Es ist an der Zeit, zwischen *legitimer Fankultur* und *zu verurteilender Fangewalt* zu differenzieren. Das kontrollierte Abbrennen von Pyros in der Fankurve zählt zur ersten Kategorie, das Werfen einer Fackel in die zweite. Eine Regulierung der Verwendung von Pyros sollte dabei auch die grosse soziale Bedeutung der Fankurven in den Fussballstadien im Blick behalten. Kaum ein anderer Ort ist derart frei von gesellschaftlichen Vorurteilen wie die «Kurve». In den Choreos – und zu stimmungsvollen Choreos gehören auch pyrotechnische Effekte – steckt unglaublich viel Kreativität junger Menschen. Diese gilt es zu fördern und nicht zu kriminalisieren.

Von Heraus- und Überforderungen im öffentlichen (Prozess-)Recht

Christoph Bürki[*]

«Überforderung im öffentlichen Recht ist eine Realität. Eine Realität allerdings, der wir glücklicherweise nicht machtlos ausgeliefert sind, sondern der wir uns als Herausforderung stellen können und müssen». – Mit diesen Zeilen schloss Markus Müller an der 146. Jahresversammlung des Bernischen Juristenvereins 2009 sein Referat zu diesem Thema.[1] Als (ehemaliger) Verwaltungskader (Praktiker) und Forscher weiss er, wovon er spricht; seine Erkenntnisse erhalten zusätzliches Gewicht, weil mit ihm ein «menschwissenschaftlich denkende[r] und arbeitende[r] Jurist»[2] am Werk ist, der auch die Realität und als Teil davon die Menschen in den Blick nimmt. Dabei reflektiert er nicht nur sich selbst als subjektives Wesen, das nicht anders kann, als mit seinem Vorverständnis an die Sache heranzutreten; er ist sich auch bewusst, dass «auf der Seite des Staates [ebenfalls] nicht ‹blutleere› Behörden oder Verwaltungseinheiten, sondern ganz ‹normale› Menschen»[3] agieren.

Mit der Feststellung latenter Überforderung als «Öffentlichrechtler» wird dem Schreibenden aus der Seele gesprochen. Anhand des Themas «Effizienz» im öffentlichen Prozess(recht) sei dies hier kurz erhellt. Allein der Begriff «Effizienz»[4] ist herausfordernd, zumal er von Missverständnissen geprägt ist:

– Effizienz wäre zunächst falsch verstanden, sollte damit der Abbau von Staatsaufgaben salonfähig gemacht werden. Wenn mit dem Sparhammer geschwungen wird, wie z.B. Anfang 2025 in den USA mit der Gründung des Department of Government Efficiency (DOGE), droht dies vergessen zu werden. Effizienz beherbergt auch nicht die Devise «Es muss auf den Schlit-

---

[*] Dr. iur., Rechtsanwalt, EMPA (Universität Bern), Richter am Verwaltungsgericht des Kantons Bern. Der Beitrag gibt seine persönliche Auffassung wieder.

1 Überforderung im öffentlichen Recht?, ZBJV 2010 353 ff., 367 (Zitat).

2 Markus Müller, Psychologie im öffentlichen Verfahren: Eine Annäherung, Bern 2010, 5.

3 Müller (FN 2), 1.

4 Synonyme: Verfahrensökonomie, Prozessökonomie oder -wirtschaftlichkeit etc.

ten», wie sie Markus Müller in der Verwaltung angetroffen hat.[5] Ebenso wenig ist Effizienz im Dunstkreis von New Public Management (NPM; bernisch: Neue Verwaltungsführung [NEF]) zu verorten.

– Vielmehr beinhaltet Effizienz das immerwährende Gebot, dass jede Behörde die ihr zugewiesenen Aufgaben mit möglichst wenig Aufwand optimal erfüllen soll. Bezogen auf den Verwaltungsprozess steht sie für einen möglichst schonenden und rationellen Einsatz der Ressourcen zur Erfüllung der Rechtsprechungsaufgabe. Sie zielt auf Einsparungen, soweit der Aufwand die Prozesszwecke nicht fördert, und sie fordert einen möglichst wirkungsvollen Mitteleinsatz, solange dies zur Prozesszielerreichung geeignet ist. Nach Prozessökonomie trachten, heisst damit optimieren. Das geschieht durch Vergleich mehrerer prozessualer Vorgehensweisen auf der Basis prognostisch-wertender Überlegungen über den mutmasslichen Aufwand im Verhältnis zum Ertrag. Möglichst effizient zu sein ist Ausdruck praktischer Vernunft und «im Grunde genommen [eine] Selbstverständlichkeit», gleichzeitig aber natürlich auch kein zu überhöhender Rechtswert.[6]

So grundlegend und einfach das Anliegen ist; seine Verwirklichung stellt manchmal hohe Anforderungen. Als Rechtsprinzip bindet es alle am Rechtsschöpfungsprozess Beteiligten: Auf eine effiziente Ausgestaltung des Verwaltungsprozesses hat vorab die Rechtsetzung hinzuwirken. Das gelingt oft gut; mitunter ist aber auch Heraus- oder Überforderung spürbar. Analog verhält es sich bei der Prozessrechtsanwendung. Je ein Beispiel dazu:

– Übergeordnetes Recht verlangt bereichsspezifisch von den Kantonen ein einfaches und rasches Verfahren. So verhält es sich etwa für die Bewilligung alpiner Photovoltaik-Grossanlagen[7] oder für den Rechtsschutz im öffentlichen

---

5 Müller (FN 1), 355, der daraus (allerdings bedingt ernstgemeint) ein sog. «Schlittenprinzip» als (kaum sachgerechtes) «Handlungsprinzip» entwickelt.

6 Vgl. Walter R. Schluep, Einladung zur Rechtstheorie, Bern 2006, § 12 N 3502, auch bemerkend, dass «die ersten Juristen Priester und nicht Manager waren» (…). – Der Schreibende hat in seinem von Markus Müller betreuten Dissertationsprojekt hergeleitet, dass darin ein Prinzip mit Verfassungsrang zu erblicken ist, vgl. Verwaltungsjustizbezogene Legalität und Prozessökonomie, Diss. Bern 2010, 115 ff.

7 Der Bundesgesetzgeber verfolgt mit Art. 71*a* EnG u.a. das Ziel, den Zubau von Photovoltaik-Grossanlagen im alpinen Raum zu vereinfachen und zu beschleunigen; das will auch die Einführungsverordnung vom 17. Mai 2023 zum eidgenössischen Energiegesetz und zur eidgenössischen Energieverordnung betreffend Photovoltaik-Grossanlagen (EV Photovoltaik-Grossanlagen; BSG 741.11); vgl. BVR 2025, 235 E. 2.4, 2.6.3, mit weiteren Hinweisen, auch zum Folgenden.

Beschaffungswesen[8]. In den jeweiligen kantonalen Umsetzungsarbeiten wurde teilweise die Meinung vertreten, die Vorgabe bedinge verkürzte Instanzenzüge: In diesem Sinn hat der Regierungsrat des Kantons Bern entschieden, dass bei Bewilligungen alpiner Photovoltaik-Grossanlagen ein einstufiger kantonaler Instanzenzug notwendig sei, indem – in Abkehr vom zweistufigen Modellinstanzenzug – das Verwaltungsgericht als einzige, mit voller Kognition ausgestattete kantonale Beschwerdeinstanz urteilen soll.[9] Analoges vertrat die Verwaltungsspitze im Beitrittsverfahren zur revidierten Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB).[10] – Übersehen wurde dabei, dass eine Verkürzung des Instanzenzugs gerade nicht zu einer (evidenten) Verfahrensbeschleunigung führt, und schon gar nicht zu mehr Effizienz; vielmehr verhält es sich im Grundsatz gerade umgekehrt.[11] Unter anderem deswegen haben im Beschaffungsbeispiel der Gesetzgeber und im Photovoltaikfall (einzelfallbezogen) die Justiz korrigierend interveniert und im Sinn der Effizienz den etablierten Modellinstanzenzug beibehalten.

– Ein schwieriges Thema in der Prozessrechtsanwendung ist, unter welchen Voraussetzungen Zwischenentscheide, die weder die Zuständigkeit noch den Ausstand oder die Ablehnung betreffen, selbständig anfechtbar sind. Aus Effizienzsicht ist weder eine praktisch uneingeschränkte Zulassung noch ein flächendeckender Ausschluss der selbständigen Anfechtbarkeit angezeigt; stattdessen ist einzelfallgerecht zu differenzieren.[12] Dabei ist zwar u.a. zu berücksichtigen, dass Rechtsmittelbehörden möglichst nur einmal mit einem Verfahren befasst und keine Aspekte behandeln sollen, die durch den Endentscheid eventuell obsolet werden. Kümmert sich jedoch die angerufene Rechtsmittelinstanz zur eigenen Entlastung allzu sehr nur um ihre eigenen

---

8 Art. XVIII Abs. 1 des revidierten Übereinkommens vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (SR 0.632.231.422), wonach innerstaatlich rasche, wirksame, transparente und nichtdiskriminierende Überprüfungsverfahren auf Verwaltungs- oder Gerichtsebene festzulegen sind.

9 Vgl. Art. 6 EV Photovoltaik-Grossanlagen.

10 Hinweise bei Christoph Bürki/Peter Bieri-Evangelisti, Der Kanton Bern und das Beschaffungskonkordat 2019: Gedanken zur Zulässigkeit und Wirkung eines Beitritts unter Vorbehalt, BVR 2022, 322 ff., 330 ff., 358 ff., auch zum Folgenden.

11 Stichworte wie «Filterfunktion der ersten Beschwerdeinstanz» sowie deren «Fachkenntnisse und Sachnähe» müssen unter Verweis auf die vorgenannten Zitate genügen.

12 Dafür belassen die prozessgesetzlichen Regelungen den nötigen Raum; vgl. Art. 93 Abs. 1 BGG, Art. 61 Abs. 3 des Gesetzes vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21).

> Ressourcen (und lässt entsprechend eine selbständige Anfechtung lediglich unter restriktiven Bedingungen zu), so ist das zwar bei drückender Geschäftslast verständlich, kann aber letztlich den mit dem Institut des Zwischenentscheids verfolgten prozessökonomischen Zweck vereiteln. Zu fordern sind deshalb eine vermehrt «instanzübergreifende» Optik sowie klarere, mehr Rechtssicherheit verbürgende Leitlinien zu den Voraussetzungen einer selbständigen Anfechtbarkeit.[13]

Fritz Gygi hat vor knapp 40 Jahren die «Not der Verwaltungsrechtslehre» unterstrichen, die u.a. in der Normenflut und Vielfalt der Sachbereiche gründe und durch die föderative Zersplitterung des Rechtsstoffs verstärkt werde, «der sich noch dazu unablässig in einer Bewegung befindet, die ihresgleichen sucht»[14]. Daran hat sich kaum etwas geändert – im Gegenteil.[15] Damit sei jedoch weder einer Resignation noch Klage Ausdruck gegeben, sondern primär einem Grund für die Faszination für das Öffentliche Recht. Die Faszination bleibt, solange die Heraus- nicht zur permanenten Überforderung wird. Markus Müller hat mit seinen stets gekonnt kommunizierten Analysen und Erkenntnissen einen grossen Beitrag geleistet, um dem entgegenzuwirken. Dafür gebührt ihm Lob und Dank.

---

13 Statt aller Michel Daum, Kommentar zu Art. 61, in: Ruth Herzog/Michel Daum (Hrsg.), Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 61 N 4, 37; Alain Griffel, Urteilsbesprechungen BGE 149 II 170 und 150 II 566, ZBl 2024, 158 ff. und 2025, 155 ff., betreffend Anfechtbarkeit von Baubewilligungen mit Nebenbestimmungen, die einen gewissen Entscheidungsspielraum belassen; BVR 2017, 205 E. 3.4.

14 Verwaltungsrecht: Eine Einführung, Bern 1986, 6 bzw. 5.

15 Vgl. Müller (FN 1), 356 ff.

Leicht verständliche Sprache im Verwaltungsalltag

Lorena Bur/Simon M. Graf/Julia Müller[*]

«Das Kontakt-Formular ist in schwerer Sprache.»[1] Dieser irritierende Satz steht auf der Website des Kantons Bern. Um eine solche Kontaktaufnahme mit der Steuerverwaltung allerdings entbehrlich zu machen, finden sich auf der besagten Website Steuerinformationen in sog. leichter Sprache. Dort stehen Sätze wie: «Alle Menschen im Kanton Bern sollen ein gutes Leben haben. [...] Alle diese Sachen kosten Geld. Wir alle bezahlen Geld dafür.»[2] Die Erläuterungen in leichter Sprache sind kurz. Die Beispiele sind einfach. Die Schrift ist gross.

Nicht nur der Kanton Bern kennt die leichte Sprache. Auch auf Bundesebene und in anderen Kantonen werden vermehrt Inhalte auf dieser Sprachebene zur Verfügung gestellt.[3] Die für die Schweiz 2014 in Kraft getretene Behindertenrechtskonvention[4] verpflichtet diese, ausgewählte Informationen für Menschen mit Behinderungen zugänglicher zu gestalten.[5] Zur Umsetzung dieser Verpflichtung hat der Bundesrat u.a. ein Kompetenzzentrum für leichte Sprache genehmigt. Dieses fördert die Zugänglichkeit von Informationen zusätzlich für Menschen mit geringen Lesekompetenzen.[6] Daneben gibt es private Organisationen, die Bera-

---

[*] Lorena Bur, MLaw, Rechtsanwältin; Simon Graf, MLaw, Rechtsanwalt; Julia Müller, MLaw, sind Assistierende und Doktorierende am Lehrstuhl von Prof. Dr. Markus Müller.

1 Internet: ‹https://www.sv.fin.be.ch/de/start/leichte-sprache/steuern.html›, Rubrik ‹Hilfe›, ‹Sie füllen das Kontakt-Formular aus› (Abruf 14.7.2025).

2 Internet: ‹https://www.sv.fin.be.ch/de/start/leichte-sprache/steuern.html› (Abruf 14.7.2025).

3 Siehe etwa Internet: ‹https://www.edi.admin.ch/edi/de/home/fachstellen/ebgb/informationen-in-leichter-sprache.html› (Abruf 14.7.2025).

4 Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen vom 13. Dezember 2006 (BRK; SR 0.109).

5 Leitfaden für Verwaltungen zur Erstellung von Informationen in Leichter Sprache des EBGB vom Juni 2024, ‹https://www.edi.admin.ch/edi/de/home/fachstellen/ebgb/digitale_inklusion_und_dienstleistungen/hilfsmittel.html› (Abruf 14.7.2025), 2. Vgl. auch Art. 49 BRK.

6 Vgl. Internet: ‹https://www.ebgb.admin.ch/de/kompetenzzentrum-leichte-sprache-kls› (Abruf 14.7.2025).

tungs-, Weiterbildungs- und Übersetzungstätigkeiten im Bereich der leichten Sprache anbieten.[7]

Massnahmen zur Förderung der Zugänglichkeit von Informationen sind zweifellos zu begrüssen. Allerdings sind wir überzeugt, dass auch Menschen mit guten Lesekompetenzen – wozu sich die Autorenschaft zu zählen glaubt – von Informationen in leichter Sprache profitieren können.[8] Bei der Erledigung von Alltagsaufgaben sind *leicht* verständliche Informationen ein Segen, sparen Zeit sowie Nerven und können gar langwierige Kontaktaufnahmen mit der Verwaltung vermeiden. Gerade im Verwaltungsalltag bildet eine leicht verständliche Kommunikation eine wichtige Grundlage für das Vertrauen und die Akzeptanz in das Verwaltungshandeln.[9] Ist die Information an ein breites Publikum gerichtet, sollte sie stets leicht verständlich sein. Über ein schwer verständliches Formular oder einen Brief mit langen und komplexen Sätzen dürfte sich kaum jemand ernsthaft freuen. Nicht ohne Grund hat der Jubilar die Verständlichkeit, worunter er die einfache, klare und adressatengerechte Sprache versteht, als kommunikative Höflichkeitsregel Nummer eins bezeichnet.[10] Immerhin finden sich für eine «verständliche» Kommunikation der Behörden sowohl inner- als auch ausserhalb eines Verfahrens gesetzliche Grundlagen.[11]

Das Potenzial der leicht verständlichen Sprache im Verwaltungsalltag beschränkt sich nicht auf den Aussenkontakt mit Bürgerinnen und Bürgern. Vielmehr bietet eine leicht verständliche Sprache auch Chancen, die verwaltungsinterne Kommunikation zu verbessern: So hat eine für ein Kantonsspital übersetzte interne Präsentation für Mitarbeitende dazu geführt, dass bei der Personalabteilung des

---

7 Für eine Auflistung von Übersetzungsbüros für die leichte Sprache siehe etwa Leitfaden leichte Sprache (FN 5), 8 ff.

8 Vgl. auch Annette Lichtenauer/Gabriela Antener/Anne Parpan-Blaser/Simone Girard, Leichte Sprache im Erwachsenenschutz, ZKE 2018, 101 ff., 103 f., wonach die Zielgruppe, die von leichter Sprache profitieren kann, weitaus heterogener ist als Menschen mit einer Lernbehinderung. A.M. Markus Nussbaumer, Gesetze in «leichter Sprache»?, LeGes 2016/1, 99 ff., 109, demnach leichte Sprache nicht für alle gut sei.

9 Zum öffentlichen Verfahren als Kommunikationsprozess siehe ausführlich Markus Müller, Psychologie im öffentlichen Verfahren. Eine Annäherung, Bern 2010, 113 ff.

10 Müller (FN 9), 131.

11 Siehe ausdrücklich Art. 7 SpG. Für die allgemeine behördliche Informationspolitik vgl. implizit Art. 180 Abs. 2 BV und Art. 10a Abs. 2 BPR. Für das Strafverfahren explizit Art. 31 Abs. 2 BV; Art. 68 Abs. 2, Art. 143 Abs. 1, Art. 158 Abs. 1, Art. 209 Abs. 3 und Art. 219 Abs. 1 StPO.

Krankenhauses seit der Vereinfachung weniger Nachfragen zu Zeiterfassung, Kompensation und Ferienansprüchen eingehen.[12]

Behördenkommunikation muss leicht verständlich, aber auch präzise sein. In dieser Abwägung findet die leicht verständliche Sprache ihre Grenzen. Nicht jede Kommunikation kann durchgehend vereinfacht werden. Texte, die von spezifischem Fachwissen geprägt sind, wie etwa eine Chemikalienverordnung, können nicht von jeglichen Fachbegriffen befreit werden.[13] Dennoch ist auch bei Gesetzestexten und sonstigen juristischen Schriftstücken der (leichten) Verständlichkeit grosses Gewicht beizumessen. Sie dient der Verfahrenstransparenz und somit der Verfahrensgerechtigkeit.[14] Bei einem Kontaktformular als niederschwelliges Unterstützungsangebot überwiegt jedoch eindeutig das Interesse der leichten Verständlichkeit. Mit Blick auf den Kommunikationsstil stünde es der Verwaltung gut an, sich das vom Jubilar geschätzte Zitat von Karl R. Popper (immer wieder) zu vergegenwärtigen: «Strebe nie höhere Präzision an, als sie für das vorliegende Problem erforderlich ist. […] Was gesagt werden kann, kann und sollte immer noch einfacher und noch klarer gesagt werden.»[15]

Zusammenfassend wohnt der leicht verständlichen Sprache das Potenzial inne, im Verwaltungsalltag sowohl verwaltungsintern als auch -extern ressourcenschonend zu wirken. Wir sind überzeugt, dass sich die für die Umsetzung aufzuwendenden zeitlichen, personellen und finanziellen Mittel lohnen. Dabei dürfte der Einsatz von künstlicher Intelligenz zu einer Aufwandreduktion beitragen.[16] Die zu erhoffenden Ergebnisse, nämlich die Förderung des Vertrauens und der Akzeptanz in das Verwaltungshandeln, dürften den Aufwand allemal wert sein.

---

12 Bettina Ledergerber, Leichte Sprache, Ein Praxiskonzept verbreitet sich in der Schweiz, SZH 2019/2, 26 ff., 31.

13 Vgl. zu dieser Thematik ausführlich Nussbaumer (FN 8), der statt für Gesetze in leichter Sprache für Texte in leichter Sprache *über* Gesetze plädiert. In diesem Sinn auch Georg Müller/Felix Uhlmann/Stefan Höfler, Elemente einer Rechtssetzungslehre, 4. Aufl., Zürich 2024, N 289 f.

14 Vgl. Müller (FN 9), 48 und 121 f.

15 Karl R. Popper, Realismus und das Ziel der Wissenschaft, Aus dem Postskript zur Logik der Forschung I, Tübingen 2002, 6.

16 Mit der ISO-Norm 24495-1 existiert ein internationaler Qualitätsstandard für einfache Sprache. Textgenerierungsprogramme wie etwa das KI-Tool «Plain» von Wortliga fördern die Einhaltung dieser Norm (‹https://wortliga.de/texte-umschreiben/› [Abruf 14.7.2025]). In Entwicklung befindet sich ausserdem die ISO-Norm 24495-2 für juristisches Schreiben in einfacher Sprache (‹https://www.din.de/de/wdc-proj:din21:376578285› [Abruf 14.7.2025]).

Urteilsbemerkungen in der BVR – Rechtswissenschaft und Praxis im Dialog

Michel Daum[*]

Der berühmte Art. 1 ZGB[1] hält das Gericht an, bewährter Lehre und Überlieferung zu folgen (Abs. 3). Das gilt nicht nur im Fall der Lückenhaftigkeit des Gesetzes (Abs. 2), sondern für die Rechtsfindung ganz allgemein.[2] Wie im französischen Gesetzeswortlaut besser zum Ausdruck kommt als im deutschen («[le juge] s'inspire des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence»), unterwirft Art. 1 ZGB jedenfalls die Lehre nicht einer normativen Befolgungspflicht, sondern sieht in ihr eine Inspirationsquelle für die Richterin und den Richter.[3] Zwischen Lehre und Rechtsprechung besteht mithin eine Wechselwirkung, die in der Schweiz als «fruchtbares Verhältnis» bezeichnet werden darf.[4] Wichtiges Instrument für einen gewinnbringenden Austausch sind Urteilsbesprechungen in juristischen Zeitschriften. Angehörigen des Lehrkörpers von Universitäten kommt hier eine besondere Bedeutung zu, da sie sich «idealerweise zuerst und hauptamtlich der Dogmatik widmen», wie Markus Müller formuliert hat.[5] Er hat diese Aufgabe in der eigenen rechtswissenschaftlichen Tätigkeit stets ernst genommen. In seiner Publikationsliste[6] finden sich einige Bemerkungen zu Urteilen des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern, die in der Bernischen Verwaltungsrechtsprechung

---

[*] Lic. iur., Fürsprecher, Richter am Verwaltungsgericht des Kantons Bern.

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

2 Statt vieler Ernst A. Kramer/Ruth Arnet, Juristische Methodenlehre, 7. A., Bern 2024, 287.

3 Hans Peter Walter, Die Praxis hat damit keine Mühe … oder worin unterscheidet sich die pragmatische Rechtsanwendung von der doktrinären Gesetzesauslegung – wenn überhaupt?, ZBJV 2008, 126 ff., 131 f.

4 So Kramer/Arnet (FN 2), 289.

5 Markus Müller, Rechtsdogmatik als Staatsaufgabe? Eine (vielleicht) ungewohnte Fragestellung, in: Eva Maria Belser/Bernhard Waldmann (Hrsg.), Mehr oder weniger Staat?, Festschrift für Peter Hänni zum 65. Geburtstag, Bern 2015, 575 ff., 582.

6 Die Liste ist einsehbar im Internet: ‹https://www.oefre.unibe.ch/ueber_uns/personen/prof_dr_mueller_markus/index_ger.html› (Abruf 14.6.2025).

(BVR) erschienen sind. Der Autor dieser Zeilen hat es sehr geschätzt, dass der Lehrstuhlinhaber an der hiesigen Universität und Mitherausgeber der Zeitschrift Anfragen zwar nicht immer, aber doch regelmässig positiv beantwortet hat.

Führt man sich die seit dem Jahr 2013 in der BVR publizierten Besprechungen vor Augen, lösen sie das Versprechen ein, die Urteile aus dogmatischer Sicht unter die Lupe zu nehmen. Das mögen folgende Beispiele Müllerscher Einlassungen illustrieren:

- Das Verwaltungsgericht qualifizierte die Änderung einer Gebäudeadresse mangels Vorliegens des Elements «Regelung eines Rechtsverhältnisses» nicht als Verfügung, sondern als (im konkreten Fall anfechtbaren) Realakt. Der Autor der Besprechung kommt zum gegenteiligen Ergebnis mit der Feststellung, die Praxis verschwende unendlich viel Zeit mit Abgrenzungsakrobatik. Deshalb sei die Handlungswirkung und nicht die Handlungsform ins Zentrum der Überlegungen zu stellen.[7]
- Strittig war die Verlängerung von Mietverträgen zwischen dem Kanton Bern und einem privatrechtlichen Verein für einen Campingplatz in Schutzgebieten. Der Kommentator hielt das verwaltungsgerichtliche Urteil zwar im Ergebnis für richtig, kritisierte es aber in methodisch-dogmatischer Sicht. Der Rückgriff auf verschiedene Rechtsgrundlagen wäre seines Erachtens entbehrlich gewesen, wenn das Gericht die für die Anfechtbarkeit von Parteierklärungen des Gemeinwesens relevanten Fragen der Reihe nach beantwortet hätte.[8]
- Zu beurteilen war eine Ausnahme von der Residenzpflicht für Pfarrpersonen. Nach Auffassung des Verwaltungsgerichts überwogen die privaten Interessen der Pfarrerin an der Verlegung ihres Wohnsitzes an den in der Nachbargemeinde gelegenen Wohnsitz des Ehemanns unter den singulären Umständen des konkreten Falles das öffentliche Interesse am Wohnen in der Kirchgemeinde. Die Besprechung befasst sich weniger mit dem Ergebnis, sondern vielmehr mit der Methodik der Verhältnismässigkeitsprüfung. Hervorgehoben wird, dass das Gericht die Prüfung nicht auf eine simple Interessenabwägung reduziert, sondern die Komplexität und Heterogenität der Verhältnisse erkannt und gewürdigt habe.[9]

---

7 BVR 2013, 423 ff. mit Bemerkungen, 433 ff.

8 BVR 2018, 99 ff. mit Bemerkungen, 118 ff.

9 BVR 2013, 105 ff. mit Bemerkungen, 118 f.

Diese Beispiele dürfen nicht zur Annahme verleiten, Gerichte hätten Rechtsdogmatik gleichsam um ihrer selbst willen zu betreiben. Im Gegenteil: In einer weiteren Besprechung erkannte der Kommentator keine praktische Notwendigkeit, das Urteil mit einem «rechtsdogmatisch gewagten Konstrukt» zu begründen.[10] Und konfrontiert mit einem Entscheid, der sich um den disziplinarischen Verweis einer Lehrerin drehte, mahnte er die verantwortlichen Behörden, genauer hinzuschauen, da solche Sanktionen für die Betroffenen zuweilen weitreichende Folgen hätten.[11]

Was bedeutet das nun für das Verhältnis zwischen Rechtswissenschaft und Praxis? In den Worten von Markus Müller: Rechtsdogmatik ist nicht «l'art pour l'art», sondern in erster Linie Praxishilfe. Entsprechend muss sie sich ihrer Praxisbezogenheit bewusst sein und ihre Hauptadressaten, darunter die Richterschaft und die Verwaltung, auch kommunikativ erreichen.[12] Dieses Ziel hat er mit seinen Urteilsbesprechungen eindrücklich und in hervorragender Weise erreicht. Die Argumentation des Gerichts wird im System des Staats- und Verwaltungsrechts verortet und kritisch hinterfragt; die Folgen für die betroffenen Menschen und die rechtsanwendenden Behörden bleiben immer im Blick. Von einer Wechselwirkung, wie sie in Art. 1 Abs. 3 ZGB angelegt ist, kann allerdings erst gesprochen werden, wenn das Geschriebene effektiv zur Kenntnis genommen und reflektiert wird. Markus Müller hat wiederholt gezeigt, dass er seine Rechtsauffassungen hinterfragt und wenn nötig auf sie zurückkommt, so etwa im erwähnten Beispiel zur Änderung der Gebäudeadresse.[13] Wie sieht es bei der Justiz aus? Richterinnen und Richter bekunden oft Mühe mit Kritik an ihren Urteilen, zumal sie «von Amtes wegen recht» haben. Dieser Auseinandersetzung sollten sie sich indes stellen. Denn nur so kann von einem echten und fruchtbaren Dialog gesprochen werden, der zu überzeugenderen und damit letztlich besseren Entscheiden der Justiz führt.

---

10 BVR 2022, 154 ff. mit Bemerkungen, 162 ff., insb. 167.

11 BVR 2019, 93 ff. mit Bemerkungen, 101 ff., insb. 105.

12 Müller (FN 5), 577 und 580.

13 Markus Müller, Grenzsituationen in der Verwaltungsrechtspflege, ZBl 2019, 295 ff., 313 FN 84.

«Witwen und Waisen»

Oliver Diggelmann[*]

In seinem 1956 erschienenen Roman «La Chute» lässt Albert Camus den Protagonisten Jean-Baptiste Clamence von seiner Tätigkeit als bekannter Rechtsanwalt in Paris berichten. Der in einer heruntergekommenen Amsterdamer Kneipe verkehrende Vierziger, der sich von seinem früheren Leben losgesagt hat, war auf «noble» Rechtsvertretungen spezialisiert. Er vertrat «Witwen und Waisen», wie man zu sagen pflegte, wobei ihm diese Redensart, wie er bekennt, nie recht einleuchtete. Es gebe Witwen, die Missbrauch trieben, und Waisen, die wahre Raubtiere seien. Clamence ging es um das «Label», darum, als der auf der richtigen Seite Stehende gesehen zu werden. Als moralisch vorbildlich und stets zuvorkommend, Bedürftige vertrat er natürlich unentgeltlich. Er war nie von Geld angetrieben, zu vulgär, nein, es ging ihm um moralische Überlegenheit. Nicht nur im Beruf: Wenn etwa ein Blinder am Strassenrand stand, stürzte er herbei, um ihm über die Strasse zu helfen. Er war dankbar für die Gelegenheit, seine Vorbildlichkeit beweisen zu können. Zugleich gesteht der Protagonist, dass ihn das Schicksal derer, die er vertrat, im Grunde nie berührte. Anders war es am ehesten noch bei denen, die gerade gestorben waren, am besten jung. Clamence spricht mit schwer zu deutender Ironie. Er gibt sich als geläutert, blickt gnadenlos auf seine Vergangenheit, und doch quillt seine Rede geradezu über vor Selbstgefälligkeit.

Diese Passagen in Camus' Roman touchieren zwei Themen, die in Gesprächen zwischen Markus Müller und mir verschiedentlich eine Rolle gespielt haben. Da ist zunächst die Thematik der Gruppenstereotypen und der damit verbundenen Gefahren der Einschätzung einer Person nach ihrer Gruppenzugehörigkeit. Camus' Protagonist vertritt «Witwen und Waisen», weil die Gesellschaft bei diesen Gruppen an Notlagen und Unschuld denkt; der Rechtsvertreter ist der Robin Hood in Anwaltsrobe, der edle Ritter. Clamence ist das Überschiessende der Assoziationen bewusst. Manche Waisen sind Raubtiere. Schlüsse von Gruppenzugehörigkeit auf reale Notlagen oder gar Unschuld des konkreten Menschen verbieten sich daher. Gestreift wird hier ein grosses Thema, auch und gerade unserer Zeit. Gruppenstereotypen und Gruppendenken gehen stets mit emotionalen und logi-

[*] Prof. Dr. iur., Ordinarius für Völker- und Staatsrecht an der Universität Zürich.

schen Fallen einher. Heute stellt sich etwa grundsätzlich die Frage, weshalb Gleichheitsthemen weniger als Fragen nach sachlichen Gründen für Unterschiede zwischen Menschen «geframt» werden, sondern in der Grosstendenz als Fragen der Diskriminierung von Gruppen. Im Diskriminierungsdiskurs ist die Differenz suspekt; im Gleichheitsdiskurs wird die Frage, ob es für Unterschiede gute Gründe gibt oder nicht, offener gestellt. Markus Müller, dem Anschmiegsamkeit an Zeitgeistiges nicht nachgesagt wird und der seine Ansichten nicht im Windkanal testet, ist Gruppendenken grundsätzlich suspekt. Er widerspricht, wenn der «benefit of the doubt» einzelnen zeitgeistig privilegierten Gruppen zugestanden wird, nicht aber anderen. Er besitzt den unideologischen Blick dessen, der mit dem von der Erwartung Abweichenden jederzeit rechnet. Den Verteidiger von «Witwen und Waisen» würde er fragen: Was ist die Situation des konkreten *Menschen*, den Sie verteidigen?

Das zweite Thema ist der Narzissmus des Juristen. Clamence wird von der Hoffnung und Aussicht angetrieben, in der Gesellschaft als moralisch Überlegener zu gelten. Dafür tut er alles. Die Sache, um die es ihm vorgeblich geht, ist Mittel zum Zweck. Er beherrscht es, Menschen mit seiner Vorbildlichkeit zu betören, weiss Worte wie Gesten exakt zu dosieren und sich im richtigen Moment zurückzuziehen. Auf Dankbarkeit reagiert er mit abgezirkelter Bescheidenheit. Die Arbeit des Anwalts ermöglicht ihm die Inszenierung – andere juristische Rollen bieten dazu ebenfalls Gelegenheit. Wer hat sie noch nie angetroffen: den Staatsanwalt, der der hohen Strafforderung, die seine eigene Rechtschaffenheit hell leuchten lässt, grosszügig den knapp begründeten Abschlag hinterherschiebt – ganz der gewissenhafte Staatsdiener mit Herz; die in sich ruhende Richterin, die eine Spur zu gut um die domestizierende Wirkung ihrer nachdenklichen Miene und ihrer sanften Stimme weiss, die ihr moralische Immunität verschaffen – und die sich im Lob von allen Seiten sonnt; den Menschenrechtsexperten, der gewohnheitsmässig vom Universellen spricht, wenn er die eigene Weltsicht meint – wer andere der Menschenrechtsverletzung zeiht, überbürdet ihnen die Beweislast; die Rechtsprofessorin, die ohne die Spur eines Zweifels in der Stimme das Versagen von Politik und Gesellschaft denunziert und sich weigert, einen Gedanken an die Finanzierbarkeit der eigenen Vorstellungen zu verschwenden – der Grund für künftige Auftritte könnte erschüttert werden. Markus Müller ist das Posenhafte fremd. Er erkennt die Selbstinszenierung mit scharfem Blick und benennt sie, auch auf die Gefahr hin, sich nicht nur Freunde zu machen. Deshalb – auch deshalb – ist er vielen, wie etwa dem Schreibenden, ein geschätzter Freund.

Wer hat's erfunden? – oder: Vom Gespenst der religiös-weltanschaulichen Neutralität

Michael Droege[*]

Wer bei der Frage nach dem Erfinder in einem Schweizer Kontext an ein Kräuterbonbon denkt, kann sich vom Eidgenössischen Department für auswärtige Angelegenheiten eines Besseren belehren lassen: Zwar reichen die «8 Schweizer Erfindungen, die die Welt veränderten»[1] vom Reissverschluss, über Sparschäler und Nescafé bis zum World Wide Web, rechtswissenschaftlich Interessierte werden dennoch eine neunte Erfindung vermissen: die Neutralität. Wenngleich dieser Markenkern Schweizerischer Identität seit dem Wiener Kongress,[2] auf die völkerrechtliche Neutralität[3] und das humanitäre Völkerrecht bezogen ist,[4] ist doch dem bunten Treibhaus des schweizerischen Religionsverfassungsrechts in Bund und Kantonen das Gebot der Neutralität in Bezug auf Religion und Weltanschauungen nicht fremd.[5] Recht und Rechtswissenschaft in der Schweiz sind geradezu neutralitätserfahren, ja neutralitätsgesättigt.

---

[*] Prof. Dr., Lehrstuhl für öffentliches Recht, Verwaltungs-, Religionsverfassungs- und Kirchenrecht sowie Steuerrecht an der Juristischen Fakultät der Eberhard Karls Universität Tübingen, Direktor des dortigen Instituts für Recht und Religion.

1 House of Switzerland, 8 Schweizer Erfindungen, die die Welt veränderten, Internet: ‹https://houseofswitzerland.org/de/swissstories/wissenschaft-bildung/8-schweizer-erfindungen-die-die-welt-veraenderten› (Abruf: 23.1.2025).

2 Edgar Bonjour, Geschichte der schweizerischen Neutralität I–IX, Basel 1965–1976; Robert Chr. Van Ooyen, Die schweizerische Neutralität in bewaffneten Konflikten nach 1945, Frankfurt a. M. 1992; Diemut Majer, Neutralitätsrecht und Neutralitätspolitik, Heidelberg 1987.

3 Zur – bis auf Art. 173 Abs. 1 lit. a und Art. 185 Abs. 1 BV – enthaltsamen Bundesverfassung Helen Keller, Die Schweiz in der internationalen Gemeinschaft, in: Giovanni Biaggini/Thomas Gächter/Regina Kiener (Hrsg.), Staatsrecht, 3. A., Zürich 2021, § 4 N 25 ff.

4 Grundlegend: René Goscinny/Albert Uderzo, Asterix bei den Schweizern, hier nach: Gesamtausgabe VI, 5. A., Köln 2008, 53.

5 Statt Vieler: Lorenz Engi, Die religiöse und ethische Neutralität des Staates, Zürich 2017.

Die religiös-weltanschauliche Neutralität ist auch eine Ikone des verfassungsrechtlichen Diskursraumes der Bonner und Berliner Republik. Vom Thron des Staatsrechts[6] formt das Bundesverfassungsgericht seit Jahrzehnten das Neutralitätsgebot zu einem verfassungsrechtlichen Amalgam: «Das Grundgesetz begründet für den Staat als Heimstatt aller Staatsbürger in Art. 4 Abs. 1, Art. 3 Abs. 3 Satz 1, Art. 33 Abs. 3 GG sowie durch Art. 136 Abs. 1 und 4 und Art. 137 Abs. 1 WRV in Verbindung mit Art. 140 GG die Pflicht zu weltanschaulich-religiöser Neutralität"[7]. Neutralität fungiert als Amme des modernen Verfassungsstaats, sichert in Äquidistanz zu religiösen Wahrheiten dessen Friedensfunktion, formt den Staat als «Gemeinwesen ohne besondere Eigenschaften»[8] und stiftet ihm als «gemeinsames Haus» Aller Legitimität.[9]

Neutralität erscheint prima facie also als stabile Brücke zwischen den verfassungsrechtlichen Arenen in Deutschland und der Schweiz. Wer nun aber – wie die Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer als Gralshüterin der deutschsprachigen Wissenschaft des öffentlichen Rechts[10] – die Frage nach einem Verfassungsgebot der Neutralität mit Markus Müller einem Schweizer anvertraut, kann im Konkreten des Rechts nicht nur den «modus helveticus»[11] bei der Arbeit sehen, sondern ganz Überraschendes, ja Ungehörtes, oder doch Unerhörtes erleben: Das Verfassungsgebot der religiös-weltanschaulichen Neutralität wird europaweit verabschiedet und ist verdammt, als Gespenst ein trostloses Dasein zu fristen.[12] Dem

---

6 Bernhard Schlink, Die Entthronung der Staatsrechtswissenschaft durch die Verfassungsgerichtsbarkeit, Der Staat 28 (1989), 161 ff.

7 St. Rspr. seit BVerfGE 19, 206 (216), etwa: BVerfGE 93, 1 (17); 105, 279 (294); 108, 282 (299); 143, 161 (192 N 65); 153, 1 (36 N 87).

8 Herbert Krüger, Allgemeine Staatslehre, 2. A., Stuttgart 1966, 178.

9 Ernst-Wolfgang Böckenförde, Das Grundrecht der Gewissensfreiheit, VVDStRL 28 (1970), 55.

10 Hierzu nur: Helmuth Schulze-Fielitz, Elemente einer Kulturgeschichte der Staatsrechtslehrervereinigung, in: Cancik, Pascale u.a. (Hrsg.), Streitsache Staat, Tübingen 2022, 215 ff. Zur Schweizer Perspektive: Benjamin Schindler, Die Vereinigung und die Schweiz, daselbst, 273 ff.

11 Schindler (FN 10), 293.

12 Markus Müller, Neutralität als Verfassungsgebot? Der Staat und religiöse oder weltanschauliche Überzeugungen, VVDStRL 81 (2022), 251 ff. «zit. Müller, Neutralität». Auch schon Ders., Religion im Rechtsstaat – von der Neutralität zur Toleranz, Bern 2017 «zit. Müller, Religion».

Forum der Staatsrechtslehrervereinigung setzt Markus Müller zu Beginn seines Referats ein fast lutherisches Bekenntnis entgegen: «Ich lehne ein Verfassungsgebot der religiösen und weltanschaulichen Neutralität vollumfänglich ab.»[13]

Markus Müllers mutige und klare Antwort auf die Frage nach der religiös-weltanschaulichen Neutralität beruht auf einer klaren Analyse. Um die normative Verankerung der Neutralität im Verfassungstext ist es schlecht bestellt.[14] Der Inhalt des Neutralitätsprinzips changiert eigentümlich: zwar Nichtidentifikation, aber offene Kooperation; zwar Nichtwissen des Staates um Religion, aber staatliche Plausibilitätskontrolle religiöser Selbstverständnisse.[15] Die Dekonstruktion des Neutralitätsgebots gelingt im beherzten Sprung von der Sollens- zur Seinsordnung durch die anthropologische Konstante des religiös-geprägten Menschen.[16] Aus einer empirisch-psychologischen Perspektive wird die Differenz von Recht und Religion zu einer «semipermeablen Membran»[17] und die Prämissen der Neutralität geschliffen.[18] Was bleibt, ist die Pathologie der Neutralität[19], ihr «Operntod»[20]: Freiheit braucht keine Neutralität.[21] Die Vakanz ist alsbald besetzt mit dem Gebot der Toleranz.[22] Markus Müller gibt hiermit ein «entspanntes Bekenntnis» zur jüdisch-christlichen Prägung von Staat und Gesellschaft ab,[23] fordert klare Kommunikation und bindet Toleranz an Pflicht und Verantwortung.[24]

Der mit diesem Perspektivwechsel eingeforderte «Quantensprung»[25] bleibt nicht ohne Widerspruch. Toleranzgebote haben ein hohes Exklusionspotenzial.[26] Die Unterscheidung des Eigenen und der zu tolerierenden Anderen kann nur allzu leicht in Diskriminierung umschlagen, auch schon dann, wenn die eigene christ-

---

13 Müller, Neutralität (FN 12), 252.
14 Müller, Neutralität (FN 12), 254 ff.
15 Müller, Neutralität (FN 12), 258 ff.
16 Müller, Neutralität (FN 12), 270 ff.
17 Müller, Religion (FN 12), 49.
18 Müller, Neutralität (FN 12), 267 ff.
19 Müller, Neutralität (FN 12), 279.
20 Müller, Neutralität (FN 12), 382 (Diskussion).
21 Müller, Neutralität (FN 12), 256.
22 Müller, Neutralität (FN 12), 279 ff., 283 ff.
23 Müller, Neutralität (FN 12), 279.
24 Müller, Neutralität (FN 12), 281, 286 ff.
25 Müller, Neutralität (FN 12), 288.
26 Siehe hierzu auch die kontroverse Diskussion in: VVDStRL 81 (2022), 355 ff.

liche-jüdische Prägung als Staat und Gesellschaft gemeinsam vorausgesetzt und damit rechtfertigungsfrei gestellt wird. Der «neue Weg» ist sicher kein Holzweg, aber holprig und nicht frei von Schlaglöchern.

Zugleich aber bleibt auch der Finger in der Wunde:[27] Weder ist der verfassungsrechtliche Status der Neutralität geklärt,[28] noch ist ihre innere Dichotomie aus Trennung und Parität aufgelöst[29]. Zwar kann ein Neutralitätsgebot Rechtsfolgen nur normakzessorisch begründen, es neigt aber dazu, die dogmatischen Strukturen der in ihr amalgamierten Normen hinter sich zu lassen. Das Ganze ist eben mehr als die Summe seiner Teile, fragt sich nur, woher dann sein Geltungsanspruch kommen soll. Neutralitätsgebote laufen ins Leere, wenn ihr Bezugspunkt aus dem religiösen Feld in Kultur übergesetzt werden kann.[30] Immerhin aber tragen sie selbst dann noch zur Verhandlung verfassungsrechtlicher Wertvorstellungen bei.[31] Am Ende steht auch bei Markus Müller eine wertgebundene, christlich-abendländische Verfassungsordnung.

Ernst-Wolfgang Böckenfördes berühmtes Diktum, der freiheitliche Staat lebe von Voraussetzungen, die er selbst nicht schaffen könne ohne seine Freiheitlichkeit einzubüssen,[32] kann als Frage danach verstanden werden, woher der Verfassungsstaat seine Voraussetzungen nimmt.[33] Markus Müller kann sich entspannt zurücklehnen. Er hat (s)eine Antwort gegeben.

---

27 Zum Nachfolgenden auch schon m. w. Nw. Michael Droege, Neutralität als Verfassungsgebot? Die Exekutive und der politische Prozess, VVDStRL 81 (2022), 342 f.

28 Elias Bornemann, Die religiös-weltanschauliche Neutralität des Staates, Tübingen 2020, 13 ff. m. w. Nw.

29 Michael Droege, Staatsleistungen an Religionsgemeinschaften im säkularen Kultur- und Sozialstaat, Berlin 2004, 377 ff.

30 S. a. Bornemann (FN 28), 195 ff., 203 ff. Zur Übersetzung von Religion in Kultur Niklas Luhmann, Die Religion der Gesellschaft, Frankfurt a. M. 2000, 312 ff.

31 Stefan Huster, Die ethische Neutralität des Staates, 2. A., Tübingen 2017, 18 ff.; Uwe Volkmann, Grundzüge einer Verfassungslehre der Bundesrepublik Deutschland, Tübingen 2013, 96 ff.

32 Ernst-Wolfgang Böckenförde, Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation, in: Karl Doehring (Hrsg.), Festgabe für Ernst Forsthoff zum 65. Geburtstag, München 1967, 75 ff. sowie Ders., Recht, Staat, Freiheit, 7. A., Frankfurt a. M. 2019, 92 ff.

33 Aus der uferlosen Literatur zum „Böckenförde"-Diktum hier nur: Horst Dreier, Staat ohne Gott, München 2018, 189 ff.; Hermann-Josef Grosse Kracht, Fünfzig Jahre Böckenförde-Theorem, in: ders./Klaus Große Kracht (Hrsg.), Religion – Recht – Republik, Paderborn 2014, 155 ff.

«Woran glaubt, wer nicht glaubt?» – Agnostiker und das Religionsverfassungsrecht

Andrea Edenharter[*]

Erst kürzlich hat das Verwaltungsgericht Berlin entschieden, dass Autofahren mit Niqab in Deutschland verboten ist, die Religionsfreiheit mithin hinter dem öffentlichen Interesse an einer effektiven Verfolgung von Verstössen im Strassenverkehr zurücktreten muss, um insbesondere die körperliche Unversehrtheit Dritter zu schützen.[1] Es ist nur eines von zahlreichen Beispielen aus dem Bereich des Religionsverfassungsrechts, die die Gerichte – deutsche Verwaltungsgerichte, das Bundesverfassungsgericht, der EuGH, der EGMR – in den letzten Jahren beschäftigt hatten. Das Kreuz im Klassenzimmer,[2] das Kopftuch der Lehrerin,[3] das Kopftuch der Rechtsreferendarin,[4] die Kündigung des wiederverheirateten Chefarztes eines katholischen Krankenhauses,[5] die Rechtmässigkeit des Bayerischen Kreuzerlasses,[6] die Kündigung einer Mitarbeiterin nach erklärtem Kirchenaustritt[7] usw. Die Liste liesse sich beinahe beliebig fortsetzen. Häufig geht es dabei um die individuelle Religionsausübung, aber auch die kollektive Religionsfreiheit war zumindest in Deutschland immer wieder Gegenstand von Gerichtsentscheidungen. Auch in der Schweiz haben sich gerade in den letzten Jahren Streitigkeiten über die Zulässigkeit der Religionsausübung gehäuft. Man denke nur an das in Art. 72 Abs. 3 BV verankerte Minarett-Verbot und das in Art. 10*a* BV aufgenommene

[*] Prof. Dr., Inhaberin eines Lehrstuhls für Staats- und Verwaltungsrecht, Europarecht, Religionsverfassungsrecht und Rechtsvergleichung an der FernUniversität in Hagen.

1 VG Berlin, Urt. vom 27.1.2025, Az. VG 11 K 61/24.

2 BVerfGE 93, 1; EGMR, Entsch. vom 3.11.2009, 30814/06, Lautsi/Italien.

3 BVerfGE 108, 282; 138, 296; s. auch EGMR, Entsch. vom 15.2.2001, 42393/98, Dahlab/Schweiz.

4 BVerfGE 153, 1.

5 BVerfGE 137, 273; EuGH, Rs. C-68/17, IR, ECLI:EU:C:2018:696.

6 BVerwG, Urt. vom 19.12.2023 – 10 C 3.22, NVwZ 2024, 677.

7 BAG, Vorlagebeschluss vom 1.2.2024 – 2 AZR 196/22 (A), NZA 2024, 543; EuGH, Rs. C-258/24, BeckEuRS 2024, 767671.

Vermummungsverbot[8] sowie die Verhüllungsverbote in einzelnen Kantonen.[9] Trotz der Schärfe mancher dieser Konflikte ist die Auseinandersetzung mit den Phänomenen «Religion» und «Weltanschauung» für eine Gesellschaft essenziell. Selbst ein Staat, der sich religiös-weltanschauliche Neutralität auf die Fahnen schreibt, wird – wie der Jubilar treffend annimmt – nicht umhinkommen, «beim realen, nicht idealen Menschen»[10] anzusetzen und die religiösen und weltanschaulichen Vorprägungen seiner Bürgerinnen und Bürger als schlechthin gegeben vorauszusetzen.

Wie die eingangs angeführten Beispiele zeigen, berufen sich sowohl Gläubige als auch Atheisten vor nationalen und internationalen Gerichten immer wieder auf ihre Religionsfreiheit, Weltanschauungsfreiheit oder die religiös-weltanschauliche Neutralität des Staates. Wie sieht es aber nun mit Agnostikerinnen und Agnostikern aus? Zur Beantwortung dieser Frage ist zunächst der Unterschied zwischen Atheisten, Agnostikern und Gläubigen herauszuarbeiten. Ein Atheist geht davon aus, dass ein übernatürliches Wesen, ein Gott oder auch Götter, nicht existieren und kann deshalb auch nicht gläubig sein.[11] Eine Gläubige ist demgegenüber von der Existenz eines übernatürlichen Wesens, das als Gott oder als Götter gedacht werden kann, überzeugt.[12] Gewissermassen zwischen beiden Polen stehen Agnostikerinnen und Agnostiker. Sie gehen davon aus, dass eine Transzendenz zwar angenommen werden kann, aber grundsätzlich nicht rational zu klären oder zu erkennen ist.[13] Auf die Frage, ob es Gott gibt, antwortet ein Agnostiker mit «Ich weiss nicht», «Das ist nicht geklärt» oder «Das ist nicht zu beantworten».[14] Dies ist nicht ein Zeichen von Indifferenz, sondern vielmehr ein Verweis auf die

---

8 S. dazu das Bundesgesetz über das Verbot der Verhüllung des Gesichts (BVVG) vom 29. September 2023, BBl 2023 2295.

9 S. Art. 9*a* KV Tessin; Art. 12 ter Übertretungsstrafgesetz des Kantons St. Gallen (UeStG) vom 13.12.1984 (Stand 1.1.2019).

10 Markus Müller, Neutralität als Verfassungsgebot? Der Staat und religiöse oder weltanschauliche Überzeugungen, VVDStRL 81 (2022), 251 (253).

11 S. dazu Hans-Walter Schütte, Atheismus, in: Joachim Ritter/Karlfried Gründer/Gottfried Gabriel (Hrsg.), Historisches Wörterbuch der Philosophie online, Basel 2017.

12 Vgl. Hans Vorster, Glaube, in: Joachim Ritter/Karlfried Gründer/Gottfried Gabriel (Hrsg.), Historisches Wörterbuch der Philosophie online, Basel 2017.

13 Christa Seidel, Agnostizismus, in: Joachim Ritter/Karlfried Gründer/Gottfried Gabriel (Hrsg.), Historisches Wörterbuch der Philosophie online, Basel 2017.

14 Vgl. auch die Definition bei MDR, Lexikon zum Kirchentag: Agnostiker – und andere Auffassungen zu Gott und Glaube, 27. April 2011, https://www.mdr.de/kirchentag/artikel122396.html (Abruf 5.2.2025).

Begrenztheit des menschlichen Wissens, Verstehens und Erkennens. Der Agnostizismus ist demnach sowohl mit dem Theismus als auch dem Atheismus nicht grundsätzlich unvereinbar. Dies wird nicht zuletzt daran deutlich, dass selbst jemand wie der verstorbene katholische Kardinal Carlo Maria Martini nicht nur zusammen mit dem erklärten Agnostiker Umberto Eco den Briefwechsel mit dem Titel «In cosa crede chi non crede?»[15] lancierte, sondern auch in seinen Schriften immer wieder auf das Spannungsfeld zwischen Glauben und Nichtglauben verwies:

«Io ritengo […] che ciascuno di noi abbia in sé un non credente e un credente, che si parlano dentro, si interrogano a vicenda, si rimandano continuamente interrogazioni pungenti e inquietanti l'uno all'altro. Il non credente che è in me inquieta il credente che è in me e viceversa.»[16]

Wie aber gestaltet sich der Schutz des Agnostizismus im Religionsverfassungsrecht nun konkret? Religionsverfassungsrechtlich gesprochen, handelt es sich beim Agnostizismus um eine Weltanschauung, die in Deutschland von der Weltanschauungsfreiheit nach Art. 4 Abs. 1 GG geschützt wird. In der Schweiz realisiert sich der Schutz über Art. 15 BV. Auf europäischer Ebene sind Art. 9 Abs. 1 EMRK sowie Art. 10 Abs. 1 GRC die zentralen Bestimmungen zum Schutz der Weltanschauungsfreiheit.

In welchen Konstellationen wird nun die Weltanschauungsfreiheit von Agnostikern überhaupt geltend gemacht und wie reagiert das Recht darauf? Ein Kurzüberblick über die einschlägige religionsverfassungsrechtliche Rechtsprechung ergibt, dass viele Klagen unter Berufung auf die Religionsfreiheit von Gläubigen unterschiedlicher Religionen erhoben werden. Vergleichsweise häufig sind daneben auch Klagen von Weltanschauungsgemeinschaften, die sich als Auffangbecken für Konfessionslose, Skeptikerinnen, Atheisten und auch Agnostiker verstehen. Als Beispiel insoweit kann die erfolgreiche Verfassungsbeschwerde des Bundes für Geistesfreiheit gegen das ausnahmslose Tanzverbot am Karfreitag in Bayern angeführt werden.[17] Ebenfalls in diese Kategorie fällt die letztlich erfolg-

---

15 Carlo Maria Martini/Umberto Eco, In cosa crede chi non crede?, 2014.

16 Carlo Maria Martini, Primo Incontro: Introduzione, in: Virginio Pontiggia (Hrsg.), Carlo Maria Martini – Le cattedre dei non credenti (1987), 2015, 5 f. (Übersetzung A.E.: «Ich glaube, dass jeder von uns einen Ungläubigen und einen Gläubigen in sich trägt, die miteinander reden, sich gegenseitig befragen und sich fortlaufend bohrende und beunruhigende Fragen stellen. Der Ungläubige in mir beunruhigt den Gläubigen in mir und umgekehrt.»

17 BVerfGE 143, 161.

lose Klage des Bundes für Geistesfreiheit vor dem Bundesverwaltungsgericht gegen § 28 der Allgemeinen Geschäftsordnung für die Behörden in Bayern, wonach im Eingangsbereich einer jeden bayerischen Behörde ein Kreuz aufzuhängen sei.[18] Explizit auf die Weltanschauung des Agnostizismus beriefen sich die Kläger in beiden Fällen freilich nicht. Auch im Fall *Lautsi*/*Italien* stand nicht eine agnostische Weltanschauung des Beschwerdeführers, sondern vielmehr dessen säkulare Haltung in Rede.[19] Selbst in der Kruzifix-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 1995 machten die Beschwerdeführer nicht ihren Agnostizismus geltend, sondern vielmehr ihre anthroposophische Weltanschauung nach der Lehre Rudolf Steiners,[20] die nicht als Agnostizismus einzuordnen ist. Klagen unter Berufung auf eine agnostische Weltanschauung sind hingegen vergleichsweise selten und betreffen dann, wenn sie vorkommen, beispielsweise die Pflicht zum Besuch des Religionsunterrichts[21] oder den Zwang zur Verwendung einer Eidesformel mit Gottesbezug.[22] Vor dem Bundesverfassungsgericht sind Verfassungsbeschwerden unter Berufung auf eine agnostische Weltanschauung noch seltener als entsprechende Klagen im internationalen Kontext. Dieses Ergebnis mag angesichts der vielen Gerichtsverfahren unter Berufung auf die negative Religionsfreiheit, die Weltanschauungsfreiheit und die religiös-weltanschauliche Neutralität des Staates überraschen, es ist jedoch angesichts der nicht grundsätzlich ablehnenden Haltung von Agnostikerinnen und Agnostikern gegenüber Religion durchaus folgerichtig. Dennoch betonen gerade EGMR und EuGH in schöner Regelmässigkeit, dass die Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit ein wertvolles Gut auch für Atheisten, Agnostiker und Gleichgültige sei.[23] Dies ist richtig. Richtig ist aber auch, dass Agnostikerinnen und Agnostiker dieses wertvolle Gut im Verhältnis zu Gläubigen und Atheisten vor Gericht vergleichsweise selten geltend machen. Bemerkenswert ist schliesslich, dass gerade in von Muslimen lancierten Gerichtsverfahren Agnostiker gerne als Bezugspunkt gewählt werden, da, wie der EuGH konstatiert, Agnostiker ihre Überzeugung systematisch seltener

---

18 BVerwG, Urt. vom 19.12.2023 – 10 C 3.22, NVwZ 2024, 677.

19 EGMR, Entsch. vom 3.11.2009, 30814/06, Lautsi/Italien.

20 BVerfGE 93, 1.

21 Für einen solchen Fall s. EGMR, Entsch. vom 15.6.2010, 7710/02, Grzelak/Polen, N 6.

22 EGMR, Entsch. vom 19.10.2021, 50272/19, Róisín Shortall u.a./Irland, N 7.

23 So etwa EGMR, Entsch. vom 25.5.1993, 14307/88, Kokkinakis/Griechenland, N 31; EGMR, Entsch. vom 15.2.2001, 42393/98, Dahlab/Schweiz; Entsch. vom 9.5.2023, 31172/19, Zeugen Jehovas/Finnland, N 72; EuGH (GK), Rs. C-804/18, C-341/19 (WABE und MH Müller Handels GmbH), ECLI:EU:C:2021:594 N 48.

durch spezifische Bekleidung, Schmuckstücke oder Aufkleber nach aussen zum Ausdruck brächten als Menschen, die einen bestimmten Glauben oder eine bestimmte Weltanschauung hätten und sie daher durch Regelungen über das äussere Erscheinungsbild weniger diskriminiert würden.[24] Dieser Befund ist umso erstaunlicher, als die grossen Konfliktlinien im Religionsverfassungsrecht gerade eher nicht zwischen Agnostikern und Muslimen verlaufen.

Der kurze Überblick zeigt zum einen, dass die Beschäftigung mit dem Religionsverfassungsrecht immer wieder überraschende Einsichten zutage fördert. Zum anderen lässt sich daran erkennen, dass gerade die Toleranz der Vermeidung von Konflikten sehr zuträglich ist. Nicht zuletzt wird deutlich, dass das Religionsverfassungsrecht auf den Menschen als Ganzes und mitunter auch auf die ganz grossen Fragen zielt. Womöglich ist dies mit ein Grund, warum sich der Jubilar dieser spannenden Materie gerne widmet. Jedenfalls aber verbindet ihn das Interesse an dem Rechtsgebiet mit der Verfasserin des vorliegenden Beitrags.

[24] S. dazu EuGH (GK), Rs. C-804/18, C-341/19 (WABE und MH Müller Handels GmbH), ECLI:EU:C:2021:594 N 39 unter Verweis auf ArbG Hamburg, Vorlagebeschluss vom 21.11.2018 – 8 Ca 123/18, BeckRS 2018, 33797.

Verhältnismässigkeit im Finanzmarktrecht

Mirjam Eggen[*]

Die Bedeutung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes wird den Studierenden bereits im Studium vermittelt. Hoheitliche Massnahmen müssen notwendig, geeignet und zumutbar sein, so steht es in vielen Lehrbüchern. Auch in der Verfügungs- und Gerichtspraxis wird der Verhältnismässigkeitsgrundsatz regelmässig herangezogen, um behördliches Tätigwerden zu rechtfertigen oder zu widerlegen. Das Finanzmarktrecht bildet dabei als Teil des öffentlichen Rechts keine Ausnahme: Auch Massnahmen der Finanzmarktaufsicht müssen verhältnismässig sein. Der Gesetzgeber hat den Grundsatz der Verhältnismässigkeit zusätzlich bereits bei der Festlegung der Leitplanken, innerhalb derer die Institute tätig sein dürfen, zu beachten.

Was heisst das aber in der konkreten Umsetzung von nicht selten eher technokratisch anmutenden Vorschriften? Ist ein behördlicher Eigenmittelzuschlag bei gestiegenen Rechtsrisiken aufgrund des Fehlverhaltens einer Bank wirklich verhältnismässig? Wenn ja, in welcher Höhe genau? Und ist es verhältnismässig, für die grösste Schweizer Bank höhere Eigenmittelanforderungen zu statuieren als für vergleichbare Institute im Ausland? Die Debatte dazu ist in vollem Gange. Während die einen argumentieren, es gehe nur um eine moderate und zwingend erforderliche Verschärfung der Vorschriften, werfen andere die Milliarden in die Waagschale, die durch die betroffene Bank zusätzlich aufgebracht werden müssten. Ein unverhältnismässig hoher Betrag, welcher die Bank zum Übernahmeobjekt werden lässt?

Ziel der erhöhten Eigenmittelvorschriften ist die Wahrung der Finanzstabilität. Für die Umsetzung dieser Zielsetzung ist die Erhöhung der Eigenmittelanforderungen an eine global systemrelevante Bank sicher geeignet. Auch die Erforderlichkeit dürfte ohne weiteres zu bejahen sein. Die vergangenen Krisen haben gezeigt, dass das bestehende Finanzsystem äusserst fragil ist. Mehr Eigenkapital verbessert die Stabilität der systemrelevanten Bank und damit des gesamten Finanzsystems.

* Prof. Dr. iur., Rechtsanwältin, LL.M., Ordinaria für Privatrecht an der Universität Bern.

Dass die Stabilität mit den geltenden Regeln nicht ausreichend gewährleistet ist, wurde uns allen im Frühling 2023 mit dem Untergang der Credit Suisse eindrücklich vor Augen geführt.

Was bleibt, ist somit die Frage nach der Zumutbarkeit der erhöhten Eigenmittelanforderungen. Entscheidend für deren Beantwortung sind die konkreten Verhältnisse – als der durch den Jubilar definierte zweite Eckpfeiler des Verhältnismässigkeitsprinzips.[1] Steht der Grundrechtseingriff im Verhältnis zum gewählten Zweck? Durch die Erhöhung der Eigenmittelanforderungen betroffen ist die Wirtschaftsfreiheit der erfassten Bank. Diese kann unter Umständen nicht mehr alle Geschäfte in der gleichen Weise tätigen, wie sie dies bisher gemacht hat. Der Aufbau an zusätzlichen Eigenmitteln würde zudem dazu führen, dass sie vorübergehend weniger Kapital an ihre Aktionäre ausschütten könnte, was sich wiederum auf den Aktienkurs auswirken dürfte. Schliesslich wird u.U. eine Restrukturierung ihrer Organisation erforderlich. Der Eingriff darf somit nicht kleingeredet werden.

Allerdings: Wie sich die neuen Regeln konkret auf die Bank auswirken würden, lässt sich kaum vorhersehen. Zu komplex sind die Entwicklungen an den Kapitalmärkten, zu verflochten ist die Schweiz mit den globalen Entwicklungen. Je nach Situation auf den Märkten könnten sich die strengeren Regeln auch positiv auf die Bank und ihre wirtschaftliche Tätigkeit auswirken: Eine unerwartete Krise könnte beispielsweise mit höheren Eigenmittelanforderungen leichter überstanden werden; das Vertrauen der Aktionäre in die Bank wäre aufgrund der strengen Vorgaben auch im Krisenfall gefestigt.

Die Zumutbarkeit der erhöhten Eigenmittelanforderungen beurteilt sich somit je nach getroffenen Annahmen über die Marktentwicklung ganz unterschiedlich. Ähnlich wie *in* einer Krisensituation präsentieren sich die Herausforderungen der Verhältnismässigkeitsprüfung bereits bei der Formulierung von Regeln *für* den Krisenfall: Die konkreten Verhältnisse sind bei der Entstehung der Vorschriften äusserst ungewiss. Zusätzlich profitieren gerade jene Kreise, welche im Krisenfall geschützt werden sollen, in ruhigen Zeiten nicht von den strengeren Regeln. Die über die Bank hinaus durch die Regeln betroffenen Personen stehen somit gleichermassen auf beiden Seiten der Zumutbarkeitsprüfung.

[1] Markus Müller, Verhältnismässigkeit, Gedanken zu einem Zauberwürfel, 2. Auflage, Bern 2023, 135.

Wie ist nun in so einem Fall vorzugehen? Wenn auch die Krise als «Stunde der Exekutive» gilt,[2] wie es Markus Müller schreibt, so ist zugleich klar, dass diese nur dann agieren kann, wenn der Gesetzgeber die entsprechenden Voraussetzungen geschaffen hat, damit diese im Krisenfall wirksam tätig werden und in Vorbereitung darauf eine geeignete Ausgangslage schaffen kann.

Unter diesem Blickpunkt vermag das Verhältnismässigkeitsprinzip auch für die Festsetzung der Regeln zur Krisenprävention an Bedeutung zu gewinnen: Die Regeln für die Krisenbewältigung und deren Vorbereitung sind so zu definieren, dass die zuständige Behörde vor und in der Krise über genügend Spielraum verfügt, um das beaufsichtigte Institut wirkungsvoll zu begleiten. Eine übermässige Einschränkung dieses Spielraums erscheint dabei gerade nicht zielführend. Dies bedeutet aber auch, dass Eigenmittelvorschriften für einzelne Institute nicht ins Gesetz gehören. Es muss an der Aufsichtsbehörde oder am Bundesrat sein, diese festzulegen und je nach Situation auch wieder anzupassen.

Diesen Weg hat der Bundesrat für die zusätzlichen Eigenmittelanforderungen nun nicht eingeschlagen. Der Gesetzgeber ist vielmehr beauftragt worden, das angemessene Eigenmittelpolster für die letzte global tätige, systemrelevante Bank der Schweiz selbst zu definieren. Es ist zu hoffen, dass er mit diesem Richtungsentscheid den behördlichen Spielraum für die Krisensituation nicht übermässig einschränken wird. Die Richtung des Entscheids ist durch diese Kompetenzdelegation von der Exekutive an die Legislative im Grundsatz bereits vorgegeben – dies jedenfalls dann, wenn der Gesetzgeber den behördlichen Spielraum für die Krisenprävention und -begleitung nicht von vorneherein empfindlich beschneiden will.

---

[2] Markus Müller, Verhältnismässigkeit, S. 136, m.H. auf Hustedt, Verwaltung, 186; ferner Waldmann, Herausforderungen, 9 ff.; Caroni/Schmid, Notstand, 714.

90 Punkte – 100 Optionen! Beobachtungen zur Vielfalt des schweizerischen Master of Law

Florian Eichel[*]

Das Jus-Studium in der Schweiz hat mit der Umstellung vom Lizenziat auf das sog. Bologna-System bekanntlich durchgreifende Änderungen erfahren.[1] Durch den Zuschnitt auf einen Bachelor- und einen Masterabschluss liegt der heutige Schwerpunkt des Jus-Studiums auf der ersten Stufe, dem Bachelor, der damit teilweise die Funktion übernehmen muss, die im Lizenziat dem Hauptstudium zufiel.[2] Diese Grösse der ersten Stufe regt einen Vergleich mit einer Rakete an, die mehrstufig gebaut wird. Die Stufen ermöglichen ihr, höhere Geschwindigkeiten und Umlaufbahnen zu erreichen, in die Jurist:innen doch ebenfalls gerne vordringen wollen. Die grosse erste Stufe soll erreichen, dass sich eine Rakete aus eigener Kraft fortbewegen kann. Gleichsam verleiht der Bachelor den Absolventen die eigene Antriebskraft, um die nächste Stufe, den Master, zu durchlaufen. Trotz der erworbenen Schubkraft ist es bis zum Ziel noch ein weiter Weg. Mit der Anwalts- oder Notariatsausbildung ist nach den Plänen des Grossteils der Absolventen sogar noch eine (inoffizielle[3]) dritte Stufe erforderlich, um das eigene Ausbildungsziel zu erreichen.

Diese Worte waren der Versuch, den womöglich berechtigten Einwand gegen das Thema («It's not rocket science!») im Keim zu ersticken. Damit kann der Raketenvergleich nun beendet und die Brücke zum Jubilar, meinem sehr geschätzten Kollegen Markus Müller, geschlagen werden, der in vielen Umlaufbahnen unterwegs ist. Entsprechend hat er mich an seiner kritischen Reflexion zu zahlreichen, auch

[*] Prof. Dr., Ordinarius für Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Internationales Privatrecht sowie schweizerisches, ausländisches und internationales Zivilverfahrensrecht, Universität Bern.

1 Grundlegend: Tobias Jaag, Bologna-Reform – Auswirkungen auf die juristische Ausbildung und Praxis, SJZ 103/2007, 565 ff.

2 Anschaulich für die Universität Zürich: Rolf Sethe, Vom Lizenziats- zum Bologna-System: Auswirkungen auf das Prüfungsgeschehen, in: Brockmann/Pilniok (Hrsg.), Prüfen in der Rechtswissenschaft – Probleme, Praxis und Perspektiven, Baden-Baden 2013, 94, 98 f.

3 Die offizielle dritte Stufe des Bologna-Systems wäre das Doktorat, Jaag (FN 1), 567.

nicht-juristischen Themen teilhaben lassen. Aus all diesen Gesprächen will ich hier das über den rechtswissenschaftlichen Studienplan aufgreifen und um ein paar Bemerkungen zu bereichern versuchen.

1. Rahmenbedingungen für den schweizerischen Master of Law

Dem knappen Umfang des Beitrags entsprechend soll das Masterstudium beleuchtet werden. Die Umstellung auf das Bologna-System bedeutete, dass an die Stelle der früheren gesamthaften Abschlussprüfung die Modulprüfungen am Ende jedes Semesters getreten sind.[4] Welche Fachkenntnisse ein MLaw-Absolvent mitbringt, zeigt sich folglich weniger durch einen einheitlich festgelegten Prüfungsstoff, als vielmehr durch die Fächer, die zum Abschluss des MLaw berechtigen. Das lenkt den Blick auf die Studienpläne der schweizerischen Jus-Fakultäten. Der zeigt: die Vielfalt ist gross. Das ist Ausdruck der Freiheit, welche der Gesetzgeber den Fakultäten bei der Gestaltung des Masterstudiums belässt.[5] Sie ermöglicht es, eine Ausbildung vorzusehen (und anzupassen!), die den zeitgemässen Bedürfnissen der Studierenden, des Arbeitsmarkts und der Rechtspflege gerecht wird. Schon nach der Zielsetzung des Masterstudiums sucht man in den gesetzlichen Grundlagen vergebens, sodass die Fakultäten frei sind, diese zu definieren. Lediglich der Umfang des Masterstudiums ist gesetzlich festgelegt. Das gewöhnliche Masterstudium erfordert Studienleistungen im Umfang von 90 ECTS, was einem ebenfalls gesetzlich definierten Arbeitsaufwand von 2'250–2'700 Stunden, inkl. Heimstudium, entspricht.[6] Die Schätzung, wieviel Arbeitszeit eine Vorlesung benötigt, übernehmen die Fakultäten, was die Vielfalt erhöht.[7] So erbringt man mit einer zweistündigen Mastervorlesung je nach Universität 6 ECTS oder nur 5 ECTS; ganz auseinander gehen die ECTS, die man mit einer Masterarbeit erwerben kann.

---

4 Jaag (FN 1), 568 f.; laut Sethe (FN 2), 102 ff., hatte das eine «Noteninflation» zur Folge.

5 Zu den Rechtsgrundlagen siehe Jaag (FN 1), 565 f.

6 Art. 4 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 3 Abs. 2 S. 2 Verordnung des Hochschulrates über die Koordination der Lehre an den Schweizer Hochschulen vom 29.11.2019 (SR 414.205.1).

7 Für die Berechnungen in Zürich Jaag (FN 1), 567.

Indirekt setzt die Anwaltsausbildung eine bedeutende rechtliche Vorgabe. Nach Art. 7 Anwaltsgesetz[8] berechtigt nicht der Bachelor, sondern erst der Master zuzüglich eines weiteren Examens zum Erwerb des Anwaltspatents. Wenn Fakultäten berücksichtigen wollen, dass ein (Gross-)Teil ihrer Absolventen das Anwaltspatent anstreben, müssen sie das Masterstudium so gestalten, dass diese die nötigen Kenntnisse erlangen.[9] Das zeigt das Spannungsfeld, in dem sich der Master bewegt: Er *sollte* die im Bachelor erworbenen Fähigkeiten weiter ausbauen, die der Gesetzgeber *de lege lata* als unzureichend ansieht, um das Anwaltsexamen abzulegen. Er *darf* zugleich individuelle Laufbahninteressen oder spezielle Bedürfnisse des ausserhalb der Rechtspflege bestehenden Arbeitsmarktes berücksichtigen. Und er *muss* als Universitätsabschluss gewährleisten, dass der gesetzlich geforderte Arbeitseinsatz im Regelfall wirklich erforderlich ist. Die folgenden Zeilen sollen zeigen, wie dieses Spannungsfeld von den schweizerischen Fakultäten gestaltet wird. Dazu werden anhand der öffentlich einsehbaren Masterstudienpläne[10] einige Zielsetzungen und Gestaltungsinstrumente ermittelt.

2. Zielsetzungen

Aus der Gestaltung der Masterstudiengänge lassen sich unterschiedliche Stossrichtungen ableiten. Ein Ansatz ist, den Master zur Vertiefung des Bachelorstudiums einzusetzen, also zum Ausbau der juristischen Kernkompetenzen durch Repetition, Vernetzung und Vertiefung des bereits grundlagenweise erlernten Stoffes. Ein Merkmal dafür sind Kurse wie z.B. «Vertrags- und Sachenrecht», «Wiederholungs- und Vertiefungskurs Strafrecht», «Kolloquium Privatrecht». Ein zweiter Ansatz besteht darin, dass der Master Lücken füllen soll, die das Bachelorstudium lässt, also Fächer anbietet, die juristische Allgemeinbildung vermitteln und daher in den Grundlagen gelehrt werden könnten, wenngleich vielleicht nicht derart tiefgehend, wie es auf Masterebene geschieht. Als Beispiele hierfür sehe ich

---

8 SR 935.61.

9 Jaag (FN 1), 567; Sethe (FN 2), 100. Kritisch gegenüber diesem Ansatz Andreas R. Ziegler, Ich werde Jurist. Was bedeutet das heute in der Schweiz eigentlich?, recht 2020 196 ff., 208.

10 Für die Recherche wurden die im Internet per 28.4.2025 publizierten Studienpläne ausgewertet; vom Abdruck der Links wird aus Platzgründen abgesehen. Die Fussnoten stellen keinen abschliessenden Vergleich dar, sondern nur beispielhafte Schlaglichter. Nicht berücksichtigt wurde die FernUni Schweiz, da dort mit dem berufsbegleitenden Angebot eine ganz eigene Zielsetzung dominiert.

Kurse wie Erbrecht,[11] SchKG,[12] IPR,[13] womöglich auch das Arbeitsrecht[14]. Ein dritter Ansatz ist die Erweiterung des juristischen Horizonts durch Spezialfächer (wie z.B. Kriegsvölkerrecht, Luft- oder WTO-Recht) oder die Vermittlung von Soft Skills (wie z.B. Juristisches Schreiben, Verhandeln, Rhetorik).[15] Wird dieser Ansatz stark betont, ist der Vorteil eine höhere Expertise, der Preis aber die Vernachlässigung der Grundlagen. Ein vierter Ansatz ist die Betonung der Berufsbezogenheit durch Schwerpunktbereiche, die sich entweder auf Branchen des Arbeitsmarktes (z.B. Master Advokatur, Gesundheitsrecht, Sportrecht) oder auch nur auf bestimmte Rechtsbereiche beziehen.[16] Ein fünfter Ansatz ist die Vorbereitung auf die Anwaltsausbildung,[17] was eine gewisse Reflexion darüber bedingt, welcher Stoff noch begleitend zur Anwaltsausbildung unterrichtet wird[18] und welche Fragen dort oder besser in der Universität zu behandeln wären. Ein sechster Ansatz kann es sein, Leistungen aus einer anderen Fakultät bzw. Universität einzubinden, um die Weitsicht und Mobilität der Studierenden zu erhöhen.[19]

---

11 Die meisten Fakultäten unterrichten Erbrecht im Bachelor, andernorts wird es im Master nachgeholt.

12 Teilweise wird das SchKG im Bachelor allenfalls angerissen und erst auf Masterstufe unterrichtet, z.B. BE, BS, FR oder ZH; zum Teil ist es Bestandteil des Bachelors, z.B. in GE, LA oder LU.

13 Das IPR wird zum Teil auf Bachelorstufe (z.B. in GE, LA oder ZH), zum Teil im Master (z.B. in BE, BS, FR oder LU) gelehrt.

14 Im Bachelor unterrichtet in: FR, GE, LA, NE und ZH; auf Masterebene unterrichtet in: BE, BS und LU.

15 NE; z.B. in FR, GE, LU oder ZH können u.U. Praktika in geringem Umfang auf den Master angerechnet werden.

16 Z.B. Master im Privat-/öffentlichem/Strafrecht/Internationalen Recht (BE; LA).

17 Z.B. ZH. An einigen Universitäten kann der Master mit einer entsprechenden Vertiefungsrichtung gewählt werden.

18 In BE bietet die Universität Kurse für die Anwaltsausbildung an; in GE gibt es eine an die Universität angebundene «École d'avocature».

19 Hinweise unten bei 3.

3. Gestaltungsinstrumente

Es gibt verschiedene Instrumente, um diese Zielsetzungen zu erreichen. Ein Instrument ist die Wahlfreiheit: Es liegt an den Studierenden, sich den Master nach ihren eigenen Interessen zuzuschneidern. Je ausgeprägter die Wahlfreiheit ist,[20] desto mehr riskiert ein solches Modell, dass zielfremde Interessen wie «gute Noten» oder «wenig Arbeit» in die Gestaltung einfliessen und manche der geschilderten Ziele nicht erreicht werden, bzw. es überlässt die Regulierung dem Arbeitsmarkt. Dieser ist gehalten, seine Anforderungen so zu kommunizieren, dass Studierende diese Interessen in ihre Studiengangsplanung einbeziehen können. Die Fakultät nimmt sich in ihrer Gestaltungsfreiheit zwangsläufig etwas zurück. Eine abgeschwächte Variante der Wahlfreiheit sind Mastergefässe, für die in der Fakultät Empfehlungen über den Nutzen von gewissen Fächerkombinationen gegeben werden.

Das Gegenmodell zur Wahlfreiheit ist, den Erwerb des Masters an gewisse Pflichtveranstaltungen zu knüpfen, um zu gewährleisten, dass die fakultären oder gesetzlichen Ziele des Masterprogramms erreicht werden.[21] Etwas abgeschwächt kann es auch sogenannte Wahlpflichtveranstaltungen geben, bei denen aus einem Pool von Pflichtfächern gewählt werden kann.[22] Ein drittes Instrument ist, einen Master mit einem ergänzenden fachlichen Schwerpunkt[23] oder gar verschiedene Masterprogramme anzubieten, die jeweils ein anderes Ziel besonders betonen.[24]

Ein verschiedentlich eingesetztes Werkzeug, um den Master auf die eine oder andere Weise zu gestalten, ist auch die Gewichtung einzelner Lehrgefässe. Wer Masterarbeiten statt mit 30 ECTS[25] nur mit 5 ECTS[26] gewichtet, gewinnt unter den 90 verfügbaren Kreditpunkten Spielraum für eine höhere Anzahl an Fächern.

---

20 U.a. in BE, BS, LA gibt es Mastergefässe, in denen die Fächerwahl völlig frei ist.

21 Z.B. FR (Internationales Privatrecht, Schuldbetreibung und Konkurs, Verwaltungsverfahren, Zivilprozessrecht, Strafprozessrecht); SG (Methodenlehre, IPR, SchKG, Kolloquien Öffentl. und Privatrecht).

22 Z.B. in SG oder ZH.

23 BE; FR; GE; LA; LU; NE.

24 Z.B. BS; ZH.

25 BS bei der grossen Masterarbeit.

26 FR.

Es gibt sogar Modelle, in denen Masterarbeiten verschiedenen Umfangs angeboten werden.[27] Einen ähnlichen Effekt haben Überlegungen, Kurse zwei- statt vierstündig anzubieten.

Durch das Spiel mit den ECTS können Fakultäten auch Freiräume für extra-fakultäre Kurse schaffen, damit der Abschluss nicht nur für eine hohe Fachexpertise steht, sondern auch für den sprichwörtlichen «Blick über den Tellerrand». Je mehr der Bachelor allerdings damit beladen ist, schon halbwegs einsetzbare Jurist:innen hervorzubringen, desto mehr fällt es dem Masterstudium zu, jenes Anliegen nachzuholen.[28] Hier fällt auf, dass es Universitäten gibt, die den Besuch ausserfakultärer Fächer verpflichtend machen[29], solche, die ihn ermöglichen,[30] oder solche, die interdisziplinär angelegte Masterprogramme anbieten.[31]

Nicht mehr begründungsbedürftig ist, dass Mehrsprachigkeit oder Internationalität fast in jedem Arbeitsalltag sichtbar wird.[32] Auch insoweit gibt es verschiedene Modelle, dies erst- oder nochmals im Masterstudium aufzugreifen. Jedenfalls bietet der Master viele Möglichkeiten, die internationale bzw. mehrsprachige Expertise deutlich auszubauen. Das fängt bei Pflichtfächern,[33] Schwerpunkten mit Fächern zum internationalen Recht[34] oder optionalen Veranstaltungen in einer Fremdsprache[35] (wird es hier nicht Zeit für eine Pflichtveranstaltung?) an. Jedoch gibt es auch bilinguale Studienpläne, in denen ein Teil des Masters in der jeweils anderen Landessprache, im jeweils anderen Landesteil oder im Ausland erbracht

---

27 In BS kann zwischen einer grossen Masterarbeit (30 ECTS) und einer kleinen Masterarbeit (18 ECTS) gewählt werden.

28 Jedoch kann auch der BLaw Raum für extrafakultäre Leistungen bieten, z.B. in SG oder in FR der BLaw mit Zusatzfach.

29 12 ECTS in BS; vgl. auch das «Kontextstudium» in SG.

30 BE; LU; ZH.

31 Z.B. BE (Master Public Management and Policy, Master of Arts in Business and Law und Master of International Law and Economics); FR (Master of Law mit Zusatzfach); NE (Master en innovation); LA (u.a. Droit en professions judiciaires); LU (MLaw in Kombination mit Economics & Management, International Relations oder Health Policy).

32 Weiterführend: Andreas R. Ziegler, Sind Schweizer Juristen für die Globalisierung gewappnet?, Jusletter 8. Juni 2020.

33 Z.B. Internationales Privatrecht in FR.

34 Z.B. MLaw International and Comparative Law in ZH.

35 Z.B. BE, BS, FR, ZH.

wird.[36] Das Maximum bilden Joint- oder Double Degrees, bei denen innerhalb der 90 ECTS oder darüber hinaus Leistungen im anderen Landesteil[37] oder im Ausland[38] erbracht werden und zum Erwerb mehrerer Diplome führen.

4. Fazit

Ein schneller Blick auf die Studienpläne zum Erwerb des MLaw in der Schweiz hat gezeigt, dass Masterstudiengänge entweder mehrere der oben ermittelten Zielsetzungen verfolgen, diese aber unterschiedlich akzentuieren, oder Universitäten für verschiedene Ziele verschiedene MLaw-Gefässe vorsehen. Beeindruckend ist die Vielfalt der Wege, die – um im einleitenden Bild zu bleiben – wenn nicht nach Rom, so doch in höhere Umlaufbahnen führen. Damit erweist sich die Masterstudienlandschaft als Labor für den Wettbewerb um eine passende Ausbildung, das viele Ideen für die jeweilige Fortentwicklung des Jus-Studiums hervorbringen kann, aber auch als facettenreiches Angebot im Sinne grösstmöglicher Wahlfreiheit für die Studierenden.

---

36 Z.B. SEMP-Programme oder z.B. BE mit NE-FR; BS insb. mit GE.

37 NE-LU (120 ECTS); ZH-LA (90 ECTS); BA-GE (90 ECTS).

38 FR (schon im Bachelorstudium beginnend); NE; BS im Rahmen des EUCOR-Masters (Erwerb dreier Diplome); ZH (120 ECTS); LU (122 ECTS).

Galileo Galilei und die Justiz

Heiner Eiholzer[*]

Dem Physiker Galileo Galilei, Begründer der «Neuen Wissenschaft», wird ein folgenreicher Satz zugeschrieben: Messen, was messbar ist, messbar machen, was noch nicht messbar ist. Eine Spiegelung dieses Konzepts in der Justiz führt zur Formel: Entscheiden, was entscheidbar ist, entscheidbar machen, was noch nicht entscheidbar ist.

Nach dem (noch) gängigen Rechtsstaatsverständnis wird darüber entschieden, was der Gesetzgeber als entscheidungswürdig erklärt. Nicht mehr und nicht weniger. Das will heissen: der Richter ist nicht Gesetzgeber. Die gesetzlichen Normen sind auszulegen, nur in seltenen Fällen (Lücken) sind Bestimmungen zu erfinden und neue Regeln zu begründen. Richtschnur dabei ist die Fiktion des verständigen und konsequenten Gesetzgebers.[1] Ansonsten gilt: Der richterliche Wille hat sich der gesetzlichen Kür zu beugen. Das ist eine gebotene und damit zulässige Willkür.

Im öffentlichen Recht ist die gesetzlich definierte Verfügung die Säule für und in der Justiz. Gegenstand jeglicher Entscheidung (Behörden, Gerichte) ist das Was, das Gegebene, das in eine schriftliche Form gefasst und einer bestimmten Person oder Personengruppe eröffnet wird. Verfügung und Urteil sind ideale, typisierte Rechtsakte. Eine verbindliche und erzwingbare Regelung, gegründet auf den bestehenden und gültigen Rechtsvorschriften. Verfügung und Urteil werden umflort von Ornamenten: Konsensformen zwischen den Beteiligten (Verträge), Weisungen, Pläne, Anleitungen und Realakte. Dazu gesellt sich das Feld des schriftlich und mündlich «Informellen».

Der Kern richterlicher Arbeit – entscheiden, was entscheidbar ist – scheint sich zu verlagern. Die Formen des Ornaments, in der Rechtsprechung zugelassen als subsidiäre Mittel, verselbständigen sich: Feststellungen über angeblich rechtliche Verhältnisse (Verfügung in der Warteschleife), Aufarbeitung von alltäglichem Handeln der Behörden (Realakt und Haftung), Verzicht auf Vollstreckung (nachträgliche Bewilligungsverfahren), Erweiterung des Befugnis- und Rügekreises

[*] Dr. iur., ehemaliger Kantonsrichter, Luzern.

[1] Pierre Tschannen/Markus Müller/Markus Kern, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. A., Bern 2022, 221 ff.

(das Wer verdrängt das Was im Prozess). Virtuelle Interessen und abstrakte Rechtsfragen werden wichtiger, faktische Positionen und konkrete Entscheidungen verlieren an Bedeutung.

Der zweite Teil der Galileischen Sentenz ist kein taugliches Rezept für die Justiz. Die Tendenz ist freilich eine andere. Richterinnen und Richter, gleich welcher Instanz, machen sich im Gefüge des Rechtsstaates die Funktionen des Gesetzgebers zu eigen. Sie werden zu einer Art Prätor des römischen Rechts, statt weiterhin iudices zu sein. Der Prätor hatte die abstrakte Rechtsfrage (verbunden mit der Rechtsfolge) zu entscheiden; der iudex war später als Sachrichter gefragt.[2] Illustrativ für diese Umkehrung der Rollen ist das in der Schweiz breit diskutierte Klimaurteil des EGMR.[3] Es geht hier nicht um eine (weitere) Analyse dieser Entscheidung.[4] Aber immerhin: Der klassische Rechtsschutz führt vom (richtig ermittelten und gewürdigten) Fall zum allenfalls grundsätzlichen Rechtsspruch, somit vom Fall zum Grundsatz. Der EGMR ist den umgekehrten Weg gegangen: eine Anweisung an den Gesetzgeber, eine richterliche Festlegung einer Staatsaufgabe, somit vom Grundsatz zu einem (noch nicht) existenten Fall. Dabei sind elementare Prinzipien, wie die Legitimation, das Anfechtungsobjekt und die Vollstreckbarkeit des Urteilsspruchs unter dem Prägestempel der Menschenrechte übersehen, aufgeweicht oder (weg)rationalisiert worden. Eine Justiz, die sich ungefragt in die Aufgaben des Gesetzgebers einmischt, braucht sich indes nicht zu wundern, wenn der Gesetzgeber die Justiz einst nicht mehr ernst nimmt.

Wie wäre es mit einem anderen folgenreichen Satz, dieses Mal dem Dichter Rainer Maria Rilke geschuldet: Schützen, Grenzen, Grüssen.[5] Ja, die Justiz muss schützen, aber nur was Schutz verdient. Ja, die Justiz soll grenzen, sich dem Kernanliegen widmen und das Grenzwertige aussen vorlassen. Ja, die Justiz darf grüssen, eine klare, kurze und verständliche Grussformel (das Dispositiv). Zeremoniell und Ritual haben in Form und Inhalt von Verfügung und Urteil nichts zu suchen. Er-

---

2 Die Zweiteilung des römischen Zivilprozesses. Der Prätor bestimmt das Prozessprogramm (die actio); der iudex führt das Verfahren durch und entscheidet den konkreten Fall; Uwe Wesel, Geschichte des Rechts – Von den Frühformen bis zur Gegenwart, München 1997, 175.

3 Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) Nr. 53600/20 vom 9. April 2024 (Verein KlimaSeniorinnen gegen die Schweiz).

4 Siehe dazu die gleichermassen weitsichtige und tiefschichtige Kritik an diesem Urteil: Ulrich Meyer, Gedanken zum EGMR-Urteil vom 9. April 2024 i.S. Verein KlimaSeniorinnen gegen die Schweiz, ZBJV 9/2024, 476 ff.

5 Rainer Maria Rilke, Briefe an einen jungen Dichter – An Franz Xaver Kappus, verfasst in Rom am 14. Mai 1904, herausgegeben in Leipzig 1929.

wägungen auf «Vorrat» nach der Formel «Was wäre, wenn», Appelle an den Gesetzgeber, eine von der Justiz vorgeschlagene Regel zur Norm zu erheben, oder das Beklagen (fehlender) Verfahrensrechte für Personen in besonderen Lebenslagen (eine Art richterlicher Nachteilsausgleich), sind nicht zielführend. Kurz: Es braucht verlässliche Konturen hinsichtlich der Befugnis (Eintritt in das Haus des Rechts), des Anfechtungsgegenstands (Zuweisung des Raums) und des Rechtsspruchs (Austritt aus dem Haus des Rechts). Das Recht und seine Anwendung kann und darf nur einen bestimmten Bereich des Öffentlichen und des Privaten bestimmen. Deshalb ist Abgrenzung und Respekt im gewaltenteiligen Staat die Grundvoraussetzung für Wohlstand und Wohlfahrt.[6] Dass durch die Justiz (anstelle des Gesetzgebers) geschaffene Ansprüche, die über Bestimmungen der Sach- und Verfahrensgesetze hinausgehen, zu gerechteren, weil individuell abgestimmten Lösungen führten, ist ein Zerr- oder gar ein Trugbild. Eine Explosion von Rechten führt zwangsläufig zur Implosion des Rechts. Der einzelne Mensch braucht aber Verlässlichkeit und Sicherheit; allein das (und nicht mehr) vermag die Justiz – wenn überhaupt – zu leisten.

Der Geehrte hat dies mit einer zauberhaften Hellsicht erkannt. Seine Gedanken zu einem Zauberwürfel, zur Verhältnismässigkeit[7] können das «galileische» Konzept für die Justiz am Ende fruchtbar machen. Das universal begriffene Prinzip der Verhältnismässigkeit verlangt, die konkreten Verhältnisse zu messen und dann das Mass der Verhältnisse zu wägen, sprich festzulegen. Oder anders formuliert: Messen, was im Mass Platz findet. Dann ruhen sie in sich, die beiden rechtsstaatlichen Einsamkeiten (der Gesetzgeber und die Justiz). Machen beide, wozu sie der Rechtsstaat berufen hat, wird ihr Machen zur (vielleicht gerechten) Macht, weil sie sich gegeneinander schützen, voneinander abgrenzen und einander grüssen.

Was wäre, wenn – und alles bleibt trotz der Fragen im Vagen. Nur das Eine nicht. Ein begnadeter Lehrer und einflussreicher Denker des Rechts ist an einem Wendepunkt angelangt. Viele neue Aussichten seien ihm gegönnt, solange sein Überblick uns erhalten bleibt. Die Justiz wird es ihm danken.

---

6 Zu den rechtsphilosophischen, demokratisch-rechtsstaatlichen Konzepten (wer setzt welches Recht?) siehe neustens: Luc Gonin/Hansjörg Seiler, Gesetzgebungsstaat vs. Richterstaat, Kleine Schriften zum Recht, Bern 2025.

7 Markus Müller, Verhältnismässigkeit, Kleine Schriften zum Recht, 2. A., Bern 2023.

Die Schweiz und ihre Beziehung zur EU – je t'aime, moi non plus

Astrid Epiney[*]

Verfolgt man die Beziehungen der Schweiz zur Europäischen Union (EU) während der letzten rund 30 Jahre, so fallen in der (in erster Linie politischen, aber mitunter auch in der rechtswissenschaftlichen) Diskussion zwei letztlich gegensätzliche Tendenzen auf:

- Auf der einen Seite – und hier dürften auch die geographische Lage der Schweiz und die damit einhergehenden vielfältigen, insbesondere wirtschaftlichen Verflechtungen mit der EU und ihren Mitgliedstaaten (insbesondere denjenigen in der Nachbarschaft) eine nicht zu unterschätzende Rolle spielen – besteht jedenfalls sehr weitgehend Einigkeit darüber, dass geregelte Beziehungen zur EU im Allgemeinen und ein Zugang zum Binnenmarkt der EU im Besonderen im ureigensten Interesse der Schweiz sind.
- Auf der anderen Seite sind diejenigen Stimmen, die mitunter gleichzeitig bzw. im gleichen Atemzug betonen, die «Souveränität» der Schweiz und ihre Handlungsfreiheit müsse (möglichst gleichzeitig) im Wesentlichen vollumfänglich gewahrt werden, nicht zu überhören. Dabei sticht insbesondere eine gewisse Aversion gegen den Grundsatz der dynamischen Rechtsübernahme sowie einer (schiedsgerichtlichen) Streitbeilegung bei den Binnenmarktabkommen ins Auge.

Nun kann man in Bezug auf die Ausgestaltung konkreter Abkommen oder Abkommensentwürfe sowie die Notwendigkeit bzw. Sinnhaftigkeit der Teilnahme der Schweiz an gewissen Teilen des unionsrechtlichen Besitzstandes und damit am Binnenmarkt geteilter Meinung sein. Aus rechtlicher Sicht gilt es hingegen zu beachten, dass es bei der Teilnahme der Schweiz am Binnenmarkt – wie dies in den entsprechenden Abkommen der «Bilateralen I» angelegt ist – und einem blossen Freihandel um zwei konzeptionell und inhaltlich unterschiedliche Kategorien von Abkommen der Union mit Drittstaaten geht:

---

[*] Prof. Dr. iur., LL.M., Ordentliche Professorin für Völkerrecht, Europarecht und öffentliches Recht an der Universität Freiburg i.Üe., geschäftsführende Direktorin des Instituts für Europarecht.

- Freihandelsabkommen sehen den Abbau von «direkten» Handelshemmnissen vor: Der Handel soll nicht durch Massnahmen wie Einfuhrbeschränkungen oder Zölle behindert werden, um auf diese Weise den Austausch der erfassten Wirtschaftsgüter (Waren oder/und Dienstleistungen) und einen grundsätzlichen Marktzugang zu gewährleisten. An diesem Grundkonzept ändert auch der Umstand nichts, dass modernere Freihandelsabkommen der Union – wie z.B. diejenigen mit Kanada oder dem Vereinigten Königreich – darüber hinaus häufig noch weitere Bestimmungen, z.B. betreffend Wettbewerbsvorschriften oder Umweltschutzstandards, enthalten. Denn die jeweils eigenen Märkte der Vertragsparteien – im Sinn von Rechts- und Regulierungsräumen – bleiben bestehen, und es erfolgt insofern keine «Integration».
- Dies ist bei Binnenmarktabkommen der EU mit Drittstaaten grundlegend anders: Abkommen dieses Typs sehen vor, dass Drittstaaten mehr oder weniger weitgehend am Binnenmarkt der Union teilnehmen. Durch solche Abkommen mit der Union verbundene Drittstaaten übernehmen die einschlägigen Unionsregeln bzw. deren Anwendungsbereich wird im Ergebnis über eine Integration in die entsprechenden völkerrechtlichen Abkommen auf die betreffenden Drittstaaten ausgeweitet. Damit gelten im Anwendungsbereich solcher Integrationsabkommen dieselben (unionsrechtlichen) Regelungen, z.B. in Bezug auf die Voraussetzungen für das Inverkehrbringen von Produkten oder die Ausübung bestimmter beruflicher Tätigkeiten. Dies hat zur Folge, dass es für den gegenseitigen Marktzugang nicht nur keine «direkten» Hindernisse mehr gibt (wie bei Freihandelsabkommen), sondern auch die sonstigen Regulierungen der EU vom Drittstaat übernommen werden, so dass die erfassten «Produktionsfaktoren» (Produkte und Dienstleistungen sowie ggf. Personen) grundsätzlich «automatisch» auch Zugang zum jeweils anderen Markt haben, ohne dass noch geprüft werden dürfte, ob den nationalen Vorschriften z.B. bezüglich der Produktbeschaffenheit oder der für die Berufsausübung erforderlichen Qualifikation Rechnung getragen wird. Soweit ein Abkommen mit einem Drittstaat also die Teilhabe am EU-Binnenmarkt vorsieht, geht es um eine «echte» (Teil-)Integration in diesen.

Drittstaaten können ein grosses, insbesondere wirtschaftliches Interesse an einer solchen (partiellen) Teilnahme am Binnenmarkt haben. Indessen ist eine solche – so die seit vielen Jahren, wenn nicht gar Jahrzehnten explizite Politik der EU – in der Zukunft nur zu haben oder aufrecht zu erhalten, soweit sie grundsätzlich nicht nur die einschlägigen bestehenden EU-Regeln, sondern auch deren Weiterentwicklungen übernehmen («dynamische Rechtsübernahme»), ein Aspekt, der letztlich vor dem Hintergrund der Teilnahme am EU-Binnenmarkt, in welchem eben diese harmonisierten Regeln für alle gelten, zu sehen ist. Zudem ergibt sich für die Streitbeilegung aus der ständigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH), dass die für die Vertragsparteien verbindliche Auslegung von Abkommensbestimmungen, die im Hinblick auf die Integration in den EU-Binnenmarkt in die Abkommen mit den Drittstaaten übernommen wurden, unter Beteiligung des EuGH erfolgen müsse, da es letztlich um Unionsrecht gehe.

Für die Drittstaaten implizieren solche Abkommen somit in jedem Fall eine durchaus ins Gewicht fallende Einschränkung ihres Handlungsspielraums. Dies ist indessen kein Alleinstellungsmerkmal von solchen Abkommen mit der EU; vielmehr implizieren völkerrechtliche Abkommen immer entsprechende Bindungen und Verpflichtungen. Entscheidend ist daher, ob derartige Binnenmarktabkommen als im übergeordneten Interesse (des schrankenlosen Zugangs zum Binnenmarkt im begrenzten Anwendungsbereich solcher Abkommen) liegend angesehen werden.

Mit Bezug auf die derzeit im Fokus der Diskussion stehenden «Bilateralen III» ist dies unter Berücksichtigung aller Elemente des Pakets zu diskutieren und zu eruieren, wobei auch die skizzierte Position der EU – welche selbstredend ihre Interessen vertritt – und damit die grundsätzlich möglichen Handlungsoptionen zu berücksichtigen sind, sind doch für den Abschluss der Abkommen beide Partner (wobei auf Unionsseite noch die Mitgliedstaaten einzubeziehen sind) notwendig. Abzuwägen ist das Interesse der Schweiz am Zugang zum Binnenmarkt und an geregelten sowie stabilen Beziehungen zur EU mit den Einschränkungen des Handlungsspielraums. In Bezug auf den zuletzt genannten Punkt ist auch massgeblich einzubeziehen, auf welche Weise spezifischen schweizerischen Interessen durch besondere Bestimmungen und damit Ausnahmeregelungen Rechnung getragen wird und ob sowie mit welchen Implikationen ggf. auch darüber hinaus Abweichungen von der grundsätzlichen dynamischen Rechtsübernahme vorgesehen sind. Von Bedeutung ist weiter der in den «Bilateralen III» vorgesehene Einbezug der Schweiz bei der Ausarbeitung der betreffenden EU-Regeln.

Diese Interessen- und Risikoabwägung kann – je nach insbesondere politischer Einschätzung – unterschiedlich ausfallen. Wenig hilfreich erscheint es jedoch in diesem Zusammenhang, mit Schlagworten wie «Souveränitätsverlust» oder «fremde Richter» zu operieren; vielmehr gilt es, auf der Grundlage der Abkommensinhalte eine möglichst rationale Bewertung vorzunehmen – und bei den Risiken auch dasjenige eines Scheiterns des jetzigen Anlaufs der (durchaus qualitativ bedeutsamen) Stabilisierung und Weiterentwicklung der Beziehungen zur Union einzubeziehen. Es bleibt zu hoffen, dass sich die Diskussionen – ganz im Sinn des Jubilars, der immer Wert auf eine sachliche und analytische Herangehensweise gelegt hat – vermehrt in diese Richtung entwickeln.

Die Bändigung der Macht durch das Recht oder: Glaube Hoffnung Liebe

Martin Föhse[*]

> *«Nun aber bleiben Glaube, Hoffnung, Liebe, diese drei. Aber die Liebe ist die Grösste unter ihnen.»*[1]

Nein, ich bin kein religiöser Mensch, obwohl dieses Zitat aus der Bibel stammt. Und keine Sorge, ich beabsichtige mit diesem Beitrag nicht etwa die Exegese des Corpus Paulinum. Das Zitat ist aus einem anderen Grund passend. Einerseits, weil sich mein Doktorvater Markus Müller, dem dieses Buch gewidmet ist, auch mit Fragen der Religion und der Psychologie im rechtlichen Kontext auseinandersetzt. Andererseits, weil ich mich mit Fragen der Macht beschäftige, was mich immer wieder an eben jenen Kern zurückführt: Glaube, Hoffnung, Liebe.

1. Glaube

Man braucht kein Sozialkonstruktivist zu sein, um zu erkennen, dass der Staat nur existiert, weil die Menschen an ihn glauben. Demokratie und Staat sind nicht mehr als intellektuelle Gebilde, getragen von einem unterstellten, stillschweigenden Konsens, einem contrat social. Demokratie und Staat sind das Preisschild der Freiheit, denn beides ist anstrengend. Die Demokratie fordert einen Diskurs, die Auseinandersetzung mit anderen Meinungen, nötigenfalls das Dulden einer Niederlage und die Unterwerfung unter Recht, das man nicht billigt. Das Recht, anderen eine Meinung aufzuzwingen, sofern diese Meinung von einer Mehrheit geteilt wird, ist aus unserer Sicht die Manifestation legitimer Macht. Demokratie ist ein stetes, nie endendes Ringen um Entscheide, die sich im positiven Recht materialisieren. Dieses Recht wiederum mündet in einem Staat – sofern dieser auf einer liberalistischen Grundphilosophie beruht – zwangsläufig in Eingriffe in die Freiheit jeder und jedes Einzelnen. Staat bedeutet Einschränkung der Freiheit um der Freiheit willen.

---

[*] Dr. iur., Rechtsanwalt, Lehrbeauftragter an der Universität Bern, Vizedirektor des Bundesamts für Polizei fedpol, Bern.

[1] LU17 1 Korinther 13,13.

Ein Schlüssel der Demokratie ist das Verfahren, das diese Entscheide hervorbringt. Es verschafft dem Recht, jedenfalls formell, Legitimation, bestenfalls auch Akzeptanz. Letzteres wird massgeblich durch die Qualität des geführten Diskurses beeinflusst, der diese Entscheide hervorbringt. Mit einschliessend dem Respekt, nicht nur vor gegenteiligen Meinungen, sondern auch vor der Person, die diese Meinung äussert. Sprache ist mächtig. Diskreditierung der politischen Gegnerin ist ebenso demokratiegefährdend wie rigide Einschränkungen der Meinungsfreiheit. Beides verstärkt die Polarisierung der Gesellschaft wie ein Resonanzboden. Beides macht es schwerer, Niederlagen zu ertragen, beides kann dazu führen, den Glauben zu erschüttern.

2. Hoffnung

Glauben heisst hoffen, denn wer weiss, dass etwas ist, braucht nicht mehr daran zu glauben. Die Unsicherheit der Hoffnung ist dem Glauben inhärent. Juristinnen und Juristen glauben an die Geltungskraft der Verfassung und hoffen, dass sie hält, was sie verspricht: Ordnung und Kontrolle der Macht. Gewissheit zu haben, blind in die Kraft der Normen zu Vertrauen, wäre naiv, zu viel Hoffnung fahrlässig. Fehlten Glaube und Hoffnung gänzlich, bliebe der nackte Nihilismus. Glaube und Hoffnung sind folglich fundamental für unseren Berufsstand.

Dies ist unumgänglich, weil die Verfassung die Macht nur zu einem gewissen Grad zu bändigen vermag – was wiederum in ihrer Natur begründet liegt. Politische Macht ist fluid, nicht greifbar, sie zerrinnt zwischen den Normen der Verfassung, sie umfliesst sie, und es will nicht gelingen, sie zu fassen und zu verkorken. Dieses Phänomen ist seit der Antike bekannt und vielfach aus unterschiedlichen Perspektiven beschrieben. Kurt Eichenberger spricht von einer «soziologischen Staatstruktur».[2] Sie ist das empirisch-deskriptive Bild des Staates, das jenes der normativen Ordnung überlagert. Juristinnen und Juristen hoffen auf Kongruenz von «Soll» (Verfassung) und «Ist» (Soziologische Staatsstruktur).

Macht manifestiert sich – jedenfalls heute noch – einzig und allein durch Handlungen und Entscheide von Menschen. Sie sind es, die sich im Gefüge der Normen der Verfassung und als Mitglieder der Institutionen, die diese Normen hervorbrachten und hervorbringen (insbesondere Exekutive, Legislative und Judikative),

[2] Kurt Eichenberger, Die oberste Gewalt im Bunde: Über die verfassungsrechtliche Verteilung und die tatsächliche Ausübung der Rechtssetzungs- und Regierungsfunktionen im schweizerischen Bundesstaat, Diss. Univ. Bern 1948, Zürich 1949, 321 ff.

bewegen. Es ist ein Allgemeinplatz, dass nicht nur jene Macht im Staat ausüben, die Kraft ihrer Rolle auch Macht haben sollen. Auch staatliche Macht bricht sich nicht nur über die dafür vorgesehenen Kanäle Bahn. Die *tatsächliche* Macht hat, wem es gelingt, die Haltung jener Person oder Gruppe, die *rechtlich* die Macht hat, den massgeblichen Entscheid zu fällen, falls nötig in die gewünschte Richtung zu lenken. Letzteres zu leisten vermögen ganz unterschiedliche Akteure (Ehegatten, Freunde, die Verwaltung, Beraterinnen, Verbände, Medien, Bestecher) oder schlicht und ergreifend Ereignisse.

Wer Macht verstehen will, muss demnach verstehen, wie Menschen funktionieren, von welchen Trieben sie sich leiten lassen. Exemplarisch dafür die Überlegungen von Hannah Arendt und John Stuart Mill. Mill spricht von zwei fundamentalen Gemütszuständen:

> «one is, the desire to exercise power over others; the other is disinclination to have power exercised over themselves.»[3]

Arendt teilt diese Ansicht nicht vorbehaltlos:

> «Würden wir unseren Erfahrungen in diesen Dingen trauen, so sollten wir wissen, dass der Hang zur Unterwerfung, der Trieb zum Gehorsam und der Schrei nach dem starken Mann in der menschlichen Psychologie eine mindestens ebenso grosse Rolle spielt, wie der Wille zur Macht, und dass diese Unterwerfungsinstinkte politisch vermutlich erheblich relevanter sind.»[4]

Der Blick auf die politischen Ereignisse in den Vereinigten Staaten von Amerika (USA) und vergleichbare Strömungen in Europa – sofern wir den Fokus auf jene Staaten lenken wollen, man als «Demokratien westlicher Prägung» bezeichnen mag – lassen vermuten, dass Arendt Recht haben könnte. Die Handlungen des aktuellen Präsidenten der USA zeigen, dass die Persönlichkeit eines Menschen in einer machtvollen Position nicht weniger relevant ist als die Regeln, an die sie sich halten sollte.

Wer sich also ernsthaft mit Fragen der Macht auseinandersetzt, wer sich – wie wir Juristinnen und Juristen – anschickt, Macht normativ zu lenken, kommt nicht umhin, *interdisziplinär* zu denken und nicht nur rechtlich, kommt also nicht umhin, auch rechtssoziologische und psychologische Aspekte zu berücksichtigen. Diese Dimension fehlt weitgehend in der jüngeren staatsrechtlichen Diskussion.

---

[3] John Stuart Mill, Considerations on Representative Government, New York 1861, 64.

[4] Hanna Arendt, Macht und Gewalt (aus dem Englischen), München 1970, 13. Auflage 1998, 40 f.

Vielmehr scheint die Hoffnung Überhand zu nehmen, die Hoffnung, es möge nicht so sein, wie es ist. Verdrängen ist leider nicht nur salonfähig, sondern auch bequem, denn wenn sich Juristinnen und Juristen zu Fragen der Rechtssoziologie oder gar der Psychologie äussern, wäre dies nicht wissenschaftlich und damit nicht qualifiziert. Wir katapultieren uns zurück in die Zeit der «Reinen Rechtslehre» Hans Kelsens. Kelsen wollte das Recht von «fremden Elementen» befreien. Die Rechtswissenschaft soll analysieren «was und wie das Recht ist», nicht, «wie es sein oder gemacht werden soll».[5]

3. Liebe

> «Liebe, Macht und Gerechtigkeit. Sie begegnen uns an den entscheidenden Stellen in der Lehre vom Menschen, in der Psychologie und Soziologie; sie haben eine Schlüsselstellung in der Ethik und Rechtswissenschaft inne, aber sie spielen auch eine grosse Rolle in der politischen Theorie (...).»[6]

Die Verschränkungen von Liebe, Gerechtigkeit und Macht manifestieren sich ethisch betrachtet in der Frage, von welcher Maxime der oder die Betroffene sich in ihrem oder seinem Handeln leiten lässt. Löst man sich von einer individuellen Perspektive, abstrahiert man Liebe auf eine allgemeine ethische Ebene, könnte man sie auch mit dem Kategorischen Imperativ Kants gleichsetzen.[7] Aus der christlichen Ethik ist der Begriff «Nächstenliebe» geläufig. Das ZGB unterstellt Handelnden den «guten Glauben» (Art. 3), umgangssprachlich mag man vom «moralischen Kompass», vom «Gerechtigkeitssinn» sprechen. Dieser ist – wie das Leben zeigt – individuell unterschiedlich ausgeprägt. Immerhin scheinen aber bereits Kinder ab dem Alter von sechs Jahren einen Gerechtigkeitssinn zu haben[8] – was uns wohl von anderen Primaten unterscheidet, die zwar durch eine selbst er-

---

5 Hans Kelsen, Reine Rechtslehre, 1. Auflage Leipzig 1934, hier verwendet: Studienausgabe der 1. Auflage 1934, Tübingen 2008, III (Vorwort).

6 Paul Tillich, Liebe – Macht – Gerechtigkeit, Nachdruck (Original von 1969), 1. Auflage, Berlin 1991, 3.

7 «Der kategorische Imperativ ist also nur ein einziger, und zwar dieser: handle nur nach derjenigen Maxime, durch die du zugleich wollen kannst, dass sie ein allgemeines Gesetz werde.» Immanuel Kant, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, 1785, in: Königlich Preussische Akademie der Wissenschaften (Hrsg.), Kant's gesammelte Schriften, Band IV, Erste Abtheilung: Werke, vierter Band, Berlin 1911, N 5, 421.

8 Sophie Strauss/Rebecca Bondü/Felix Roth, Justice Sensitivity in Middle Childhood: Measurement an Location in the Temperamental and Social Skills Space in: Journal of Personality Assessment, 2021, Vol 103 No. 4, 476 ff.

lebte (nicht gerechtfertigte) Ungleichbehandlung enttäuscht sein können, die aber eine entsprechende Ungleichbehandlung anderer wohl kaltlässt.[9]

Die beschränkte Wirkungsmacht des positiven Rechts unterstreicht nach dem Gesagten die Wichtigkeit des Vorhandenseins einer ethisch verstandenen Liebe bei Trägerinnen und Trägern eines politischen Amts, die Wichtigkeit einer gesunden psychologischen Entwicklung der Person in einer machtvollen Stellung. Anders ausgedrückt: Es ist für eine Staatsordnung zentral, dass der Mensch im Affen in den Vordergrund tritt und nicht umgekehrt.

[9] Rowan Titchener/Constance Thiriau/Timo Hüser/Hansjörg Scherberger/Julia Fischer/Stefanie Keupp, Social disappointment and partner presence affect long-tailed macaque refusal behaviour in an «inequity aversion» experiment in: Royal Society Open Science, 10, 221225 (2023), 10 f.

(Mehr) Toleranz in Glaubensfragen?

Ueli Friederich[*]

Toleranz gilt neben Neutralität in religiösen Angelegenheiten als wesentlicher objektivrechtlicher Gehalt der Religionsfreiheit. Selbstverständlich war und ist Toleranz in Glaubensfragen allerdings nicht. Das gegen Ende des 18. Jahrhunderts in Nordamerika und in Frankreich verkündete Dogma religiöser Freiheit traf die Eidgenossenschaft und ihre konfessionell grösstenteils geschlossenen Kantone mit dem Einmarsch der französischen Truppen unvorbereitet. Besonders tolerant waren auch die etablierten Kirchen, die sich in erster Linie als Hüterinnen des rechten Glaubens verstanden, lange Zeit nicht. Die öffentliche Bekundung einer religiösen oder religiös motivierten Überzeugung birgt aber auch heute noch Konfliktpotenzial. Erkennbar ist dies etwa an Diskussionen und politischen Forderungen[1] zu der im Jahr 2016 in Deutschland verbotenen Kampagne «Lies!» einer salafistischen Vereinigung zur Verteilung des Korans oder an der Tatsache, dass die Sängerin Bernarda Brunovic, nach Angaben der Veranstalter wegen Drohungen und entsprechenden Sicherheitsbedenken, im März 2025 vom Auftritt an einem Konzert in Zürich ausgeschlossen wurde, weil sie an einem «Marsch fürs Läbe» gegen Abtreibungen demonstriert hatte. Solche Kontroversen erstaunen an sich nicht. Religiöse Überzeugungen betreffen nicht vorab rational fassbare Sachverhalte, sondern gründen im Glauben an nicht Sicht- und Greifbares, an eine transzendentale göttliche Macht, an eine Existenz «nicht von dieser Welt» und an unverrückbare Dogmen, über deren Wahrheitsgehalt sich nicht wissenschaftlich streiten lässt.

Die Glaubens- und Gewissensfreiheit (Art. 15 BV) schützt nicht nur gegen jeden Zwang in Glaubensfragen und die Freiheit zum Nichtglauben, sondern auch die positive Bekundung und Betätigung des Glaubens, beispielsweise durch das muslimische Freitagsgebet, eine katholische Prozession, religiös konnotierte Bekleidung oder die Beachtung von Ernährungsregeln – auch und gerade dann, wenn die dahinterstehende Überzeugung nicht dem Mainstream entspricht. Das

[*] Dr. iur., Rechtsanwalt, Partner der Kanzlei Recht & Governance, Bern.

[1] Vgl. die am 16. Juni 2017 im Nationalrat eingereichte Motion Wobmann 17.3583 Verbot der salafistischen Organisation «Lies!» und Unterbindung der Verbreitung von dschihadistischem Gedankengut.

Bundesgericht hielt bereits im Jahr 1886 im Zusammenhang mit einer Missionsveranstaltung der (in der Bevölkerung damals wenig beliebten) Heilsarmee treffend fest, Grundrechte wie die Religionsfreiheit müssten «auch dann und gerade dann ihre Wirksamkeit äussern, wenn es sich um Vereine oder Versammlungen handelt, welche dem Publikum in seiner Majorität oder der Regierungsgewalt nicht sympathisch sind», denn gerade in solchen Fällen habe «sich die verfassungsmässige Garantie des individuellen Rechtes des Bürgers praktisch zu bewähren».[2]

Den Privaten ist – selbstverständlich – nicht Neutralität in Glaubensfragen geboten. Ich muss (und kann) nicht «ne uter» (lateinisch für «weder noch») sein, sondern kann als Christ an das Leben, die Botschaft, den Tod und die Auferstehung des Jesus von Nazareth oder als Angehöriger einer andern Religion an andere Personen und Ereignisse als unverrückbare Wahrheit glauben – oder überzeugt sein, dass solcher Glaube irrig und bestenfalls «Opium für das Volk» ist. Anderes gilt für die Toleranz. Freiheit ist kein Freipass für ungebremste private Macht und auch nicht für Verachtung Andersdenkender, sondern nur als verantwortete Freiheit akzeptabel. «Freiheit und Verantwortung sind Geschwister», proklamiert ein Blog auf der Website von Avenir Suisse.[3] «Ver-Antwortung» tragen heisst zur Antwort an ein Gegenüber fähig und bereit sein. Verantwortung verbindet das Individuum mit anderen und mit der Gesellschaft. Verantwortlich Denken und Handeln entspricht mithin einer Grundforderung der Ethik, wenn der Mensch nicht gefangen im eigenen Universum, sondern in der Gesellschaft lebt und leben soll. Jedenfalls aus christlicher Perspektive schliessen auch dezidierte Glaubensüberzeugungen die Akzeptanz einer pluralistischen Gesellschaft und einer Rechtsordnung nicht aus, welche die eigenen Glaubenssätze nicht anerkennt und nach dem Gebot staatlicher Neutralität auch nicht anerkennen kann. Gilt der Satz «Gebt dem Kaiser, was des Kaisers ist, und Gott, was Gottes ist» (Matthäus 22,21) für das römische Imperium mit einem vergöttlichten Caesar, gilt er bestimmt auch für den demokratisch legitimierten Rechtsstaat, der individuelle Freiheiten und Überzeugungen (grund-)rechtlich schützt.

Selbstverständlich sind solche Akzeptanz und Toleranz gegenüber Andersdenkenden aber offenbar nicht. Mehr und mehr, so scheint es zumindest, wird die (angebliche) eigene Überzeugung zum Dogma erhoben und wird verachtet, als korrupt qualifiziert und, wenn möglich, ausgeschaltet, was diese Überzeugung in kritischen Medien, in der Wissenschaft, in der Politik oder in der Rechtsprechung

---

2 BGE 12 I 93 E. 5.

3 Internet: ‹https://www.avenir-suisse.ch/freiheit-und-verantwortung-sind-geschwister/› (Abruf 17.4.2025).

infrage stellt. Zu beobachten ist dies nicht nur auf der grossen Weltbühne, sondern auch im schweizerischen Alltag, wo Corona-Massnahmen, Fragen zum Klima oder 5G-Antennen zuweilen unreflektiert und mit System zum Anlass genommen werden, Behörden und womöglich der halben Welt Desinformation, Korruption und Verschwörung vorzuwerfen.

Peter Saladin hat postuliert, das «Prinzip Verantwortung» nicht nur als ethische Maxime, sondern auch als Staatsprinzip zu verstehen und zu deuten.[4] Eine Verpflichtung nicht nur des Staats, sondern auch der Privaten zu Verantwortung und Toleranz mag ungute Erinnerungen an totalitäre Systeme wecken. Die Idee verfassungsrechtlicher Grundpflichten ist aber alt und auch Rechtsstaaten westlicher Prägung durchaus nicht fremd. Die Bundesverfassung statuiert nicht nur eine Wehrpflicht als «klassische» Bürgerpflicht (Art. 59 Abs. 1 BV), sondern verpflichtet neben den staatlichen Organen auch die Privaten generell zum Handeln nach Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 BV). Allgemeine Grundpflichten als Pendant zu Grundrechten kennt sie allerdings nicht. Die Grundrechte müssen zwar in der ganzen Rechtsordnung zur Geltung kommen (Art. 35 Abs. 1 BV), und der Schutz von Grundrechten Dritter entspricht einem öffentlichen Interesse an Grundrechtseinschränkungen (Art. 36 Abs. 2 BV). Es ist aber Sache der *Behörden*, dafür zu sorgen, dass «die Grundrechte, soweit sie sich dazu eignen, auch unter Privaten wirksam werden» (Art. 35 Abs. 3 BV). Der Vorentwurf für eine neue Bundesverfassung von 1977 ging in diesem Punkt weiter. Er wollte alle verpflichten, bei der Ausübung von Grundrechten immer auch «die Grundrechte anderer zu achten», und sah «vor allem» auch vor, dass niemand «Grundrechte durch Missbrauch seiner Machtstellung beeinträchtigen» darf (Art. 25 Abs. 2). Nach dieser Bestimmung verleiht beispielsweise die Meinungsfreiheit kein Recht, die religiöse Überzeugung anderer zu verspotten oder zu beschimpfen.[5] Die Aufnahme einer Regelung in dieser Richtung stünde der Verfassung gut an – auch als «normative Umsetzung» der Präambel, mit der das Schweizervolk und die Stände feierlich den Willen bekunden, «in gegenseitiger Rücksichtnahme und Achtung ihre Vielfalt in der Einheit zu leben». Zu staatlicher «Gesinnungskontrolle» und Unterdrückung kritischer Auseinandersetzungen dürfte eine solche Bestimmung

---

4 Peter Saladin, Verantwortung als Staatsprinzip. Ein neuer Schlüssel zur Lehre vom modernen Rechtsstaat, Bern/Stuttgart 1984.

5 Bericht der Expertenkommission für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung, Bern 1977, 55.

selbstverständlich nicht führen. Als programmatische Norm könnte sie für die Beurteilung konkreter Sachverhalte und die Auslegung darauf anwendbarer Vorschriften indes durchaus praktische Bedeutung erhalten.

Mit Blick auf den Staat und staatliche Behörden kann die Frage gestellt werden, ob dem Grundsatz der Toleranz nicht mehr Gewicht gegenüber dem regelmässig hervorgehobenen Neutralitätsgebot zugemessen werden sollte, wie dies Markus Müller zur Diskussion gestellt hat.[6] Dazu nur ein Beispiel: Die Rechtsprechung des Bundesgerichts geht wie die Praxis in Deutschland[7] davon aus, dass religiöse Symbole und das Tragen religiös konnotierter Kleidung durch Angehörige eines Gerichts[8] nicht mit der dem Staat gebotenen Neutralität vereinbar sind und das Vertrauen in eine unbefangene Justiz untergraben können.[9] Die Argumente des Bundesgerichts sind gewiss ernst zu nehmen. Aber: Das Kopftuch einer Muslima oder die Kippa eines Juden muss keineswegs schon per se unzulässige «religiöse Demonstration» sein, sondern entspricht in erster Linie einer religiös verstandenen Pflicht und damit einem Gebot religiös oder kulturell verstandener Schicklichkeit – das auch für die berufliche Tätigkeit im Gerichtssaal gilt, wo wohl unbestrittenermassen auch andere unschickliche Bekleidungen wie kurze Hosen, bauchfreie Tops oder transparente Blusen fehl am Platz wären. Allein aufgrund einer Kopfbedeckung oder eines Kleidungsstücks kann auch nicht kurzerhand auf Voreingenommenheit geschlossen werden, jedenfalls kaum mehr als aufgrund der gesellschaftlich und rechtlich akzeptierten Zugehörigkeit zu einer politischen Partei, die etwa in sozialen, Ausländer- oder Umweltfragen unter Umständen wesentlich mehr Einfluss auf die Beurteilung eines konkreten Sachverhalts haben dürfte als die religiöse Überzeugung. Beispiele aus andern Ländern zeigen, dass ein etwas entspannterer Umgang in dieser Hinsicht auch möglich wäre. Der britische Lord Justice of Appeal Rabinder Singh trägt anstelle der Richterperücke den Sikh-Turban, was offenbar niemanden zu stören scheint und soweit bekannt nie dazu geführt hat, dass seine Kompetenz und Unbefangenheit infrage gestellt worden wäre.

---

6 Markus Müller, Religion im Rechtsstaat. Von der Neutralität zur Toleranz, Bern 2017, insb. 140 ff.

7 Vgl. etwa das Urteil des Bayrischen Verfassungsgerichtshofs vom 14. März 2019, 3-VII-18.

8 Das Bundesgericht hat auch ein Kopftuchverbot für eine Lehrerin an einer öffentlichen Schule geschützt; vgl. BGE 123 I 296.

9 BGer, 2C_546/2018, 11.3.2019.

Aufsicht versus Coaching – Wie der Staat mit seinen Unternehmen umgeht

Peter Friedli[*]

Alles beginnt und endet mit der Kardinalfrage: Was tut die öffentliche Hand, und wovon soll sie die Hände lassen? Anerkanntermassen handelt das die demokratisch-rechtsstaatliche Gesellschaft stets aufs Neue politisch aus. Die Quintessenz davon schlägt sich in der Rechtsordnung nieder: sei es an der Spitze in der Bundesverfassung, sei es – gleichsam am Fuss der föderalen Pyramide – in einem kommunalen Beschluss. Die Zeiten des *Nachtwächterstaats* sind längst vorbei. Heute gehen die Erwartungen gemeinhin viel weiter. Der Staat – und damit seien alle bundesstaatlichen Ebenen angesprochen – soll nicht nur *regulieren*, *kontrollieren*, sondern auch: *moderieren*. Will hier heissen: unter den verschiedenen politisch, gesellschaftlich, wirtschaftlich oder weltanschaulich relevanten Erwartungs- und Anspruchsgruppen für einen *fairen* oder – um einem in der Gesetzesredaktion beliebten Begriff Ehre anzutun – *angemessenen* Ausgleich sorgen; dies nicht zuletzt bei der Verteilung immer knapper werdender Ressourcen. Kommen zudem die Belange der Umwelt und jene künftiger Generationen ins Spiel, werden die Diskussionsbedingungen menschlich-irdischen Zusammenlebens in ihrer Komplexität erst recht greifbar[1]. Insofern lässt die bundesdeutsche Bezeichnung *Daseinsvorsorge* womöglich Raum für mehr als das helvetische Pendant: der sich an den Realitäten der Gegenwart abmühende *Service public*.

[*] Rechtsanwalt, Konsulent in Bern (www.friedli-recht.ch).

[1] Die geneigte Leserschaft möge dem Verfasser das Ausblenden der internationalen Dimensionen nachsehen: *Reduktion von Komplexität* sollte als hehres Motiv genügen. Denn wer möchte sich schon beispielsweise wegen eines europarechtlichen Bezuschussungs-Verbots die Pflege eines Nationalhobbys vermiesen lassen?

An dieser Stelle erhebt sich die Anschlussfrage: *Wie* erfüllt der Staat seine Aufgaben am besten? Was tut er selbst (Modell *Zentralverwaltung*)? Was lässt er *dezentral* durch separate, jedoch an den Staat gekoppelte Organisationen[2] erledigen? Und schliesslich: Für welche öffentlichen Aufgaben werden welche privaten Aufgabenträgerinnen mit der Besorgung betraut? Es geht um nichts weniger als um *vitale Funktionen* für Gesellschaft und Wirtschaft, letztlich aber meist auch um *legitime individuelle Bedürfnisse*. Unweigerlich denkt man an *Ver- und Entsorgung*, und zwar in einem weitgespannten Sinn.

Der Staat hat sich dabei in einem *Spannungsverhältnis* zu positionieren, einem *Trade-off* zwischen

- *staatlichen Leistungsversprechen*, deren Einlösung oft auf das Vorhandensein *investitions- und unterhaltsintensiver Netzwerkindustrien* angewiesen ist;
- den Forderungen nach *Eigenwirtschaftlichkeit*, wenn nicht gar *Rentabilität*[3] auf Stufe Unternehmen[4] bzw. Verwaltungseinheit[5] sowie nach *Fachkompetenz* in hochspezialisierten Aufgabenfeldern bis hin zu postulierter *unternehmerischer Innovationskraft*;
- dem *Gebot des haushälterischen Umgangs mit öffentlichen Mitteln*, direkt eingesetzt oder via *Subventionen*; und
- der von einer Mehrheit gewünschten *demokratisch legitimierten Steuerung* (Stichwort: *Primat der Politik*), je nachdem mit vorgelagerter *Partizipation* und institutionalisierter nachträglicher *Überprüfung der Vorgabenerreichung* samt allfälliger *Korrektur* oder *Sanktionierung*.

---

2 Früher: Anstalten und Betriebe; heute i.d.R. teils nach wie vor Anstalten, teils spezialgesetzliche Aktiengesellschaften, bisweilen Stiftungen (wie Pro Helvetia), alle nicht selten mit nachgelagerten *Beteiligungsgesellschaften*. Handelsregister- und fusionsrechtlich ist regelmässig der Sammelbegriff *Institut des öffentlichen Rechts* anzutreffen.

3 Namentlich, wenn Politik und Öffentlichkeit auch noch namhafte *Gewinnausschüttungen* an die öffentlichen Hände erwarten.

4 Hier gemäss Legaldefinition in Art. 2 Abs. 1bis Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

5 Für die Bundesebene nach der Terminologie im Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz vom 21. März 1997 (RVOG; SR 172.010).

Der mit dieser Festschrift Geehrte hat zum Verhältnis Staat und staatsnahe Unternehmen in den ganzen Jahren derart viel Kluges und Klärendes geschrieben und gesagt[6], dass Anstalten zu weiteren Wortmeldungen zwangsläufig etwas frevelhaft Anmassendes innewohnt. Umgekehrt würde der diskursfreudige Markus Müller seinerseits derlei Skrupel wohl raschestmöglich verscheuchen wollen. So seien denn zum titelgebenden Thema und zu dessen politisch-ökonomischem Umfeld ein paar mehr oder minder unausgegorene *Thesen* in die Welt gesetzt:

- *Das perfekte, das letztgültige Organisationsmodell gibt es nicht.* Ein erheblicher *Systemvorteil* der föderalen Schweiz liegt gerade in der *praktizierten Vielfalt* und den entsprechenden *empirischen Chancen*.
- Die *Hoffnungen* im Zeichen von *Verwaltungsreformideen des New Public Management (NPM)*[7], von *Deregulierung* und «*Privatisierung»* der 1990er-Jahre dürften sich aus heutiger Warte – gute drei Jahrzehnte später – nur, aber immerhin *teilweise erfüllt* haben. Manche Verkrustungen sind aufgebrochen. Selbst *Spurenelemente von Wettbewerb* führen, zumal in (ehemaligen) Monopolbereichen, erfahrungsgemäss zu höherer Servicequalität und mehr Kundenfreundlichkeit. Letzteres aber wohldosiert: Tugendhaft wird bei der *königlichen* Behandlung der Kundschaft Mass gehalten. Denn zu viel monarchisches Gehabe wäre demokratiefeindlich.
- Aus gesellschafts- und sozialpolitischer Sicht ist zu bedauern, dass etliche über lange Zeit aus legitimen Motiven behütete (Schon-)Stellen des öffentlichen Diensts im Niedriglohnbereich (namentlich im *Facility-Management*) via *Outsourcing* inzwischen im Namen der *Effizienz* preisgegeben worden sind. Im Gegenzug entstanden relativ abgeschottete *«Business-Trainingsstätten»* für hoch salarierte Kader.
- *Betriebswirtschaftliche Prozessmodelle* haben Kosten- und Rollen- resp. Funktionsbewusstsein zweifellos gestärkt. Sie haben aber auch zu jenen *«Identitäts-Exzessen»* beigetragen, welche einzelne Verwaltungseinheiten in deren Selbstverständnis zu vom Gemeinwesen losgelösten Akteurinnen werden liessen.

---

6 Im frühen 3. Jtd. n. Chr. hat sich *«Pistor locutus causa finita»* (dt.: Müller hat gesprochen, die Sache ist erledigt) als *Rechtsregel* objektiv durchgesetzt. – Jener, mit Bescheidenheit nie kokettierend, sondern sie geradezu verkörpernd, würde allerdings die Geltung der Sentenz weit von sich weisen.

7 Grundlegend zum Thema NPM: Ruedi Krebs, *«Kennet Dir scho ds NPM?»*, im Rahmen des Programms der Berner Troubadours *«Réserve du Patron»*, Live-Aufnahme von Radio DRS (heute: SRF) vom 14. November 2002 (Tonträger im Eigenvertrieb).

- Übergeordnete Aufgabe des Staats ist und bleibt es, die Aktivitäten seiner Aufgabenträgerinnen zu regeln und zu koordinieren: per *Gesetz*, verfeinert per *Leistungsauftrag*, periodisch mess- und überprüfbar gemacht mit sinnvollen, zweckmässigen *Zielsetzungen.* Von der interessierten Öffentlichkeit wird insbesondere eine taugliche *Definition des jeweils vorgeschriebenen Kerngeschäfts* erwartet[8].
- Besonders dort, wo der Staat als *Eigner*, als *Kapital-* und/oder *Subventionsgeber* involviert ist, hat er für *sach-* und *stufengerechte Steuerung* zu sorgen[9]. Das erheischt am Ende eine *Erfolgskontrolle*, die ihren Namen verdient. Ein «Verwaltungsklassiker» sind die *subventionsrechtlichen Prüfungen* und *Berichterstattungen*, denen bisweilen etwas kalkulierbar Ritualhaftes eignet.
- Die Schweiz, die relevanten Märkte und das qualifizierte Führungspersonal sind überschaubar. So treffen nicht selten dieselben Leute in wechselnden Chargen aufeinander. *«Promiskuität»* wäre eine despektierliche Umschreibung. Dass sich Persönlichkeiten mit *Verständnis für föderale, direktdemokratische Strukturen* und für die einschlägigen *Abgeltungs-Mechanismen* sowie *Führungs-Know-how aus Netzwerkindustrien* für höhere Weihen in Verwaltung, Politik und Wirtschaft empfehlen, lässt sich kaum dementieren. Dergestalt stellen sich *à la longue mutuelle Kontroll-Konstellationen* ein[10]. Man kennt und «versteht» sich. Das kollegial anmutende Fachgespräch *«auf Augenhöhe»* unter den Repräsentanten von «wachsamem» Eigner und selbstbewusster dezentralisierter Aufgabenträgerin führt so eher in die *Coaching-Zone* bzw. *VIP-Lounge* im Stadion (und damit in die magnetisierende Sphäre des Sports) denn in die demodierte Zwickmühle von Subordination und Inspektion[11].

---

8 Mit Blick auf die *Innovationszyklen* nicht a priori als blosse Schutzbehauptung des Managements abtun lässt sich der Gedanke, *kommerzielle Nebentätigkeiten von heute* könnten den Grundstein zum *Kerngeschäft der Zukunft* legen.

9 Dabei wird heute typischerweise zwischen *strategischen, Geschäftsfeld-bezogenen Zielen* einerseits und *finanziellen Zielen* andererseits unterschieden. *Organisatorisches Abbild* davon auf Seiten Staat ist die Zuweisung der entsprechenden Kontrollverantwortlichkeiten an die jeweils fachzuständigen Departemente bzw. Direktionen.

10 Unvermittelt schaltet sich Friedrich Dürrenmatts Diagnose des dialektischen Wesens der Schweiz ein als *zugleich frei, gefangen und sich selbst beaufsichtigend* (sinngemäss zitiert nach dessen legendärer Laudatio auf Vaclav Havel anlässlich der Verleihung des Gottlieb-Duttweiler-Preises 1990).

11 Maliziös wird gemunkelt, die *Festlegung strategischer Ziele* sei ein *iterativer Prozess*, der wegen des *«institutionellen Informationsvorsprungs»* mitunter durchaus *bottom-up* in Gang komme.

– *Aufsicht* ist ein vielschichtiger Begriff[12]. Auch hierzulande begegnet man ihm im Sinn von – mitunter *politisch* geprägter – *strategischer Oberleitung*. Im vorliegenden Kontext soll es indes vielmehr um diejenige Aufsicht gehen, die *ad hoc* den *Schutz der klassischen Polizeigüter* (wie Gesundheit, Sicherheit oder Lauterkeit im Geschäftsverkehr) bis hin zum funktionierenden Wettbewerb[13] im Auge hat und gegebenenfalls ein *behördliches Einschreiten gegen Missstände* meint. Diesbezüglich hat der Staat – *ungeachtet allfälliger Beteiligungsverhältnisse – alle Wirtschaftssubjekte auf dem Markt grundsätzlich gleich zu behandeln*.

In jedem Fall ist *Übersicht* gefragt. Und allenthalben ab und an auch *Einsicht.*

[12] Vgl. nur die Be*aufsicht*igung nach Art. 333 ZGB.

[13] Beispielsweise mittels *kartellrechtlicher Fusionskontrolle* oder *Überwachung administrierter Preise.*

Die Erfindung der Kunstfreiheit in Sils Maria

Christoph Beat Graber[*]

Markus Müller liebt Sils Maria. Er ist damit in guter Gesellschaft. Auch für Friedrich Nietzsche war Sils ein Kraftort. Zwischen 1881 und 1889 verbrachte er dort siebenmal die Sommermonate. Täglich machte er mehrstündige Spaziergänge am Silvaplanersee oder am Silsersee, im Val Fex oder auf Chastè. Treu dem Motto, dass keinem Gedanken zu trauen sei, der im Sitzen kommt, sah er die freie Bewegung im Hochgebirge als ideale Bedingung seines Denkens. Auf seinen Wanderungen hielt er Einfälle und Geistesblitze in einem Notizbuch fest und abends, in seinem bescheidenen Zimmer, das er im Haus der Familie Durisch mietete, redigierte er seine Texte. Hier entstanden die meisten der Bücher, für die Nietzsche später berühmt wurde.

Während Nietzsches Zeitgenossen wenig mit ihm anzufangen wussten, waren es Künstler wie Pablo Picasso, die zu Beginn des 20. Jahrhunderts als erste seine Bedeutung erkannten. Das kommt nicht von ungefähr: In Abkehr von der bis dahin geltenden Auffassung in der Philosophie plädierte Nietzsche für die Freiheit der Kunst als radikale Abgrenzung von wissenschaftlicher Wahrheit und von Moral. «Wir haben die Kunst, damit wir nicht an der Wahrheit zugrunde gehen», schrieb er im Sommer 1888. Einer Nietzsche-Lektüre in jungen Jahren verdankte Picasso die Einsicht, die für sein ganzes Schaffen bestimmend werden sollte: Kunst darf nicht mit Wahrheit verwechselt werden. In einem in der Zeitschrift *The Arts* abgedruckten Interview vom 23. Mai 1923 sagte er: «We all know that Art is not truth. Art is a lie that makes us realize truth, at least the truth that is given us to understand.»

Mit Blick auf heutige Tendenzen zur Moralisierung und Politisierung der Kunst sind Nietzsches radikale Thesen zur Kunstfreiheit bemerkenswert. In der «Schelmenkappe», welche die Kunst zur Verfügung stellt, sah Nietzsche eine befreiende Kraft. So schrieb er in der «Fröhlichen Wissenschaft»: «Und gerade weil wir im letzten Grunde schwere und ernsthafte Menschen und mehr Gewichte als Menschen sind, so tut uns nichts so gut als die *Schelmenkappe*: wir brauchen

[*] Prof. Dr. iur., Ordinarius an der Universität Zürich, Professor für Rechtssoziologie mit besonderer Berücksichtigung des Medienrechts.

alle übermütige, schwebende, tanzende, spottende, kindische und selige Kunst, um jener *Freiheit über den Dingen* nicht verlustig zu gehen, welche unser Ideal von uns fordert.» Auch von der Moral wollte er sich mit Hilfe der Kunst befreien. Die Kunst und den Narren brauchen wir auch, so meinte er, um «*über* der Moral stehen zu *können*: und nicht nur stehen, mit der ängstlichen Steifigkeit eines solchen, der jeden Augenblick auszugleiten und zu fallen fürchtet, sondern auch über ihr schweben und spielen!»

Ein zeitgenössischer Künstler, der sich die Schelmenkappe nur zu gerne überstreift, ist Jonathan Meese. Auch er ist begeistert von Sils Maria. Seit mehr als zwanzig Jahren reist er sommers wie winters dorthin, um sich zu erholen und um sich inspirieren zu lassen für grosse Gedanken wie die «Diktatur der Kunst». Seine Kunst ist provokativ und in seinen Performances geht er an die Schmerzgrenze. Gerne trägt er bei seinen Auftritten Masken und verkleidet sich als Indianer, als Ausserirdischer oder auch als Hitler. Masken trägt Meese zum Schutz und vor allem fürs Spiel: «Hinter den Masken findet etwas statt», sagt er, «ein Rollenspiel, das man durch die Maske präsentieren kann. Kunst ist Spielzeug, und wir sind Spielzeug der Kunst.» In einem in der Zeitschrift *Kunstforum International* vom Mai/Juni 2017 veröffentlichten Gespräch mit Oliver Zybok bezeichnet er Kunst als Gegenpol zu jeder Art von Ideologie. Als «Ideologie» versteht er normative Verfestigungen von Dingen, die nicht notwendig sind: «Wenn ich sage, ich esse gerne Kartoffelbrei, dann ist das in Ordnung. Aber sobald ich kein Verständnis für denjenigen aufbringe, der keinen Kartoffelbrei mag, reagiere ich aus ideologischen Gesichtspunkten und das ist falsch.» Auch Künstler können sich von Ideologien gefangennehmen lassen. Dann aber seien sie keine Künstler, sondern Kulturfunktionäre. Mit der «Diktatur der Kunst» versucht er einem solchen Kunstverständnis entgegenzuwirken. Es gehe um eine Machtübernahme durch die Kunst, die jeglicher Ideologie ein Ende setzt. Indem er den negativ besetzten Begriff der «Diktatur» im Zusammenhang von Kunst verwendet, in Performances Oralsex mit hakenkreuzverschmierten Alienpuppen andeutet oder den rechten Arm zum «Meesegruss» ausstreckt, betreibt er Ideologieaustreibung mit den Mitteln der Kunst. Weil das Satirische seines Wirkens oft nicht verstanden wird, provoziert Meese immer wieder Skandale und Gerichtsverfahren.

So war Meese 2013 Angeklagter in einem Strafverfahren, weil er im Rahmen einer Kunstperformance an der Documenta in Kassel den Hitlergruss gezeigt hatte. Konkret ging es um § 86*a* des deutschen StGB, der das «Verwenden von Kennzeichen verfassungswidriger und terroristischer Organisationen» unter Strafandrohung verbietet. Mit Urteil vom August 2013 wurde er vom Amtsgericht Kassel freigesprochen. Darin heisst es: «Es ist klar, dass der Angeklagte sich nicht

mit nationalsozialistischen Symbolen oder Hitler identifiziert, sondern das Ganze eher verspottet». Bei der fraglichen Aktion habe es sich klarerweise um eine satirische Form der Kunst gehandelt, weshalb der Tatbestand von § 86*a* StGB nicht anwendbar sei.

Während das Kasseler Amtsgericht die Bedeutung der Kunstfreiheit verstand, war dies bei den Verantwortlichen der Bayreuther Festspiele nicht der Fall. Meese, ein grosser Liebhaber und Kenner des Werks von Richard Wagner, war 2013 nach Bayreuth eingeladen worden, um Wagners Parsifal als Oper zu inszenieren. Wenige Monate nach dem Urteil in Kassel wurde er aber wieder ausgeladen. In den Medien wurde geschrieben, dass Meeses Regiepläne für die Bayreuther Festspiele zu teuer gewesen seien. In einem Gespräch an der Universität Zürich vom Mai 2024 hat Meese das als Farce bezeichnet. Es sei gar nicht um das Geld gegangen, sondern die Politik habe entschieden: Der Meese muss weg. Katharina Wagner, die Leiterin der Bayreuther Festspiele, sei von einflussreichen Leuten aus der Politik unter Druck gesetzt und vor die Wahl gestellt worden: Entweder der Meese geht oder du gehst. Für Meese ist klar, dass seine Auftritte an der Documenta in Kassel und im Jahr darauf an den Schillertagen in Mannheim, wo er während einer 165-minütigen Performance unaufhörlich seinen Arm zum «Meesegruss» gestreckt und sich dabei ein Deodorant unter der Achsel abgerollt hatte, den Ausschlag für seinen Rauswurf in Bayreuth gegeben hatten.

Auf die Frage, was ein Künstler tun könne, wenn er – wie im Fall von Bayreuth – nicht vom Staat, sondern von privater Seite «gecancelt» wird, antwortet Meese, dass man das immer wieder auf den Tisch bringen müsse und auch ein bisschen Rache nicht schade. Für Meese ist klar: Aufgeben gilt nicht. Seine Stunde in Bayreuth werde noch kommen, spätestens wenn die Festspiele in neue Hände gelegt würden. So wie Meese selbst unverbesserlich an seinen Zielen festhält, bewundert er auch Friedrich Nietzsches Unbeirrbarkeit: Dieser sei ein Hermetiker, ein komischer sturer Bock, der kraft seiner gigantischen Sprachgewalt ein bis heute wichtiger philosophischer Umdeuter und Umwerter geworden sei. Unweigerlich stelle ich mir vor, wie sich die beiden bei einem Spaziergang am Silsersee begegnen und im Gespräch über die Freiheit der Kunst die Zeit vergessen.

Mehr Wirklichkeit und Wirksamkeit

Ruth Herzog[*]

Wie ein roter Faden durchzieht die Auseinandersetzung mit «Wirklichkeit» im öffentlichen Recht das wissenschaftliche Werk von Markus Müller. Orientierungspunkt ist immer der Mensch, seien es die im Einzelrechtsverhältnis oder durch Verwaltungsrealhandeln adressierten Bürgerinnen und Bürger, seien es die für den Staat handelnden Akteure. Die Betrachtungen schliessen die realen Bedingungen mit ein, unter denen sich Recht entfaltet und wirkt oder eben nicht (optimal) wirkt. Ausdruck findet dieser Ansatz hauptsächlich im Verständnis des Verwaltungsrechts als «interdisziplinäres Recht»[1], in der Beschäftigung mit dem Verhältnismässigkeitsprinzip, der Auseinandersetzung mit weiteren Rechtsbegriffen oder -figuren und in der Konzeption des Verfahrens als eines von psychologischen Faktoren beeinflussten Prozesses. Markus Müller schöpft dabei aus dem Verwaltungsrecht – in der Grundanlage ein «droit inégalitaire»[2] – ein griffiges Instrumentarium, das vom Menschen in seinen realen Daseinsbedingungen ausgeht und den Staat als zugleich individuellen und gemeinschaftlich orientierten Freiheitswahrer sieht.

Die dazu angestellten Überlegungen schärfen in diversen Zusammenhängen den Blick auf mehr Wirklichkeit und Wirksamkeit im Recht:

– Dogmatisch ist anerkannt, dass Rechtserzeugung und -verwirklichung auf *interdisziplinäres Wissen* angewiesen sind, d.h. auf natur-, geistes- und sozialwissenschaftliches Tatsachenwissen. Es geht dabei um nicht weniger als die Sachgerechtigkeit des Rechts, folglich um dessen Legitimation und Steuerungsfähigkeit.[3] Zu Recht wird freilich bemerkt, dass der Einsatz von interdisziplinärem Wissen in der Rechtsanwendung grundsätzlich nicht zu

---

[*] Dr. iur., Rechtsanwältin, Richterin am Verwaltungsgericht des Kantons Bern.

[1] Markus Müller, Verwaltungsrecht. Eigenheit und Herkunft, Bern 2006, 7 ff., 22 ff. (zit. Müller, Verwaltungsrecht).

[2] Müller, Verwaltungsrecht (FN 1), 11 ff.

[3] Tilman Altwicker, Evidenzbasiertes Recht und Verfassungsrecht, ZSR 2019 I, 181. Vgl. auch Matthias Kradolfer, Interdisziplinäres Wissen in der Rechtsprechung, «Justice-Justiz-Giustizia» 2022/4 N 2 f.

den Kernkompetenzen von Juristinnen und Juristen gehört.[4] Die «Realien» des Rechts finden damit oft nicht die nötige Beachtung, was auch daran liegt, dass sich die juristische Methodenlehre hauptsächlich mit der Auslegung von Rechtsnormen befasst.[5] Dies und die Herausforderungen, vor denen Gesellschaft und Rechtsstaat heute in vielerlei Hinsicht stehen, verleiht dem Ruf nach interdisziplinärer Zusammenarbeit im öffentlichen Recht beträchtliches Gewicht.[6]

– Als wichtiges Einsatzfeld von interdisziplinärem Wissen identifiziert Markus Müller die Prüfung der *Verhältnismässigkeit* staatlicher Massnahmen.[7] Was unter den konkreten Verhältnissen «mässig» sein soll, bedarf – in Krisenzeiten umso mehr – des Fachwissens anderer Disziplinen, um Kriterien wie Eignung oder Erforderlichkeit sachgerecht, d.h. dem realen Milieu entsprechend («wirklich») mit Substanz zu füllen bzw. die Verhältnismässigkeitsprüfung namentlich mit hinreichend gesichertem (Prognose-)Wissen über die künftige Wirkungsweise von Massnahmen durchzuführen.[8] Das Verhältnismässigkeitsprinzip ist daher interdisziplinär «nicht nur ein anschlussfähiger, sondern vor allem auch ein *anschlusspflichtiger* Begriff»[9]. Auf «Wirklichkeit» und «Wirksamkeit» ausgerichtet erscheint auch das Konzept umfassender Schutzwirkung des Verhältnismässigkeitsprinzips, wenn angemahnt wird, dass Verhältnismässigkeit der Freiheit aller verpflichtet ist, individuelle Freiheitspositionen daher mitunter gegenüber der Freiheit anderer (gebündelt in einem öffentlichen Interesse) zurückzutreten haben.[10]

---

4 Kradolfer (FN 3), N 4.

5 Vgl. etwa Kradolfer (FN 3), N 6, 29; Markus Müller, Überforderung im öffentlichen Recht?, ZBJV 2010, 353 ff., 360 f.; Benjamin Schindler, 100 Jahre Verwaltungsrecht in der Schweiz, ZSR 2011 II, 331 ff., 413 ff.

6 Vgl. exemplarisch im Kontext der digitalen Transformation Sarah Rachut, Recht ohne Wirklichkeit? Ein rechtswissenschaftlicher Ausblick ins Jahr 2035, Ordnung der Wissenschaft OdW 2023, 129 ff.

7 Vgl. Markus Müller, Verhältnismässigkeit. Gedanken zu einem Zauberwürfel, 2. A., Bern 2023, 43 ff. (zit. Müller, Verhältnismässigkeit). Zu weiteren Einsatzfeldern Kradolfer (FN 3), N 11 ff.

8 Vgl. Müller, Verhältnismässigkeit (FN 7), 7 f., 43 ff., 125 ff.

9 Müller, Verhältnismässigkeit (FN 7), 44.

10 Vgl. Müller, Verhältnismässigkeit (FN 7), 61 ff.; Ders., Verhältnismässigkeit: Vom Kampf zur Ordnung, ZBl 2021, 129 f.

– Dem *öffentlichen Verfahren* spricht Markus Müller entgegen dem bis heute prägenden Verständnis (überwiegend der Verwirklichung des materiellen Rechts dienend) eine eigenständige Funktion zu: diejenige der Legitimation staatlichen Handelns schlechthin. In dieser zentralen Funktion trägt das Prozessrecht zur Verwirklichung der Rechtsstaatsidee bei oder bildet gar ein «konstitutives Element dieser Idee».[11] Dieses Konzept erfasst den realen Stellenwert von Verfahren besser und unterstützt deren Wirksamkeit im Interesse der materiellen Rechtsverwirklichung. Darauf fokussiert Markus Müller auch, wenn er althergebrachte Verfahrensinstitute hinterfragt. So postuliert er etwa mit gutem Grund, die Beschwerdebefugnis zugunsten von Gemeinwesen (kollektiver Interessen) aus der tradierten Verengung auf den Individualrechtsschutz herauszulösen.[12] Auch nimmt er das «Innenleben» oder die «weichen» (Erfolgs-)Faktoren von Verfahren in den Blick und schält gestützt auf Erkenntnisse sozial- oder rechtspsychologischer Verfahrensforschung die massgebenden Parameter für wirksame Verfahren heraus, namentlich «Akzeptanz» als Ziel,[13] «vertrauensbildende» Verfahren als Weg[14] oder «Höflichkeit» als Vorbedingung zielführender Kommunikation im öffentlichen Verfahren.[15]

Ich sehe im «roten Faden» ein eigentliches Plädoyer für ein am realen Menschen und an der Rechtsgemeinschaft orientiertes und damit wirksames Recht und lege die Müllerschen Thesen den Verwaltungsträgern und Kontrollinstanzen aller föderalen Ebenen ans Herz: Mehr Wirklichkeit und Wirksamkeit im öffentlichen Recht!

---

11 Vgl. Markus Müller, Akzeptanz als Ziel des Verwaltungsverfahrens, in: Markus Rüssli et al. (Hrsg.), Staats- und Verwaltungsrecht auf vier Ebenen, Festschrift für Tobias Jaag, Zürich 2012, 57 ff., 59 f. (zit. Müller, Akzeptanz), Zitat von Peter Saladin, Das Verwaltungsverfahrensrecht des Bundes, Basel 1979, 17.

12 Vgl. Bemerkungen zum Urteil des Bernischen Verwaltungsgerichts vom 15.5.2017, BVR 2017, 418 ff., 429 ff. Dazu auch Markus Müller, Perspektiven der schweizerischen Rechtsstaatlichkeit, in: Oliver Diggelmann et al. (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz II, Zürich 2020, 1147 ff., 1153 f.

13 Müller, Akzeptanz (FN 11), insb. 61 f.; Ders., Psychologie im öffentlichen Verfahren, Bern 2010, 23 ff.

14 Vgl. Müller, Akzeptanz (FN 11), 64 ff.

15 Vgl. Markus Müller, Höflichkeit im öffentlichen Verfahren, in: Martina Caroni et al. (Hrsg.), Auf der Scholle und in lichten Höhen, Festschrift für Paul Richli zum 65. Geburtstag, Zürich 2011, 316 ff.

Der Mensch im Staat bzw. im ZGB – Ein Stück in vier Akten

Stephanie Hrubesch-Millauer[*]

Stellen wir uns vor, das Schweizerische Zivilgesetzbuch (ZGB) wäre der heimliche Regisseur unseres Lebens in der Schweiz, der uns wie ein unsichtbarer Kapellmeister durch das Leben begleitet – oft überraschend einfühlsam, aber manchmal auch ziemlich unnachgiebig. Das ZGB umfasst sämtliche Lebensphasen, vom ersten Schrei bis zum letzten Atemzug – und noch darüber hinaus. Und wer glaubt, das ZGB betreffe nur Juristinnen und Juristen oder Personen, die mit Querelen zu tun haben, irrt …

1. Die Rolle des Menschen – Ein bisschen wie ein Held in einem grossen Drama

Zu Beginn einer Geschichte gibt es immer einen Helden. Im Fall des ZGB ist dieser Held der Mensch. Der Mensch, der als «natürliche Person» im Mittelpunkt steht, getragen von einem System, das ihm Rechte zuspricht und ihn zugleich in die Pflicht nimmt.

Der Mensch ist im ZGB nicht bloss ein passiver Akteur. Nein, er ist der Star der Show, der mit seinen Rechten und Pflichten dafür sorgt, dass das soziale System funktioniert. Das ZGB räumt ihm nicht nur Rechte ein, sondern schützt ihn auch in einer Art, die ihn nicht nur als Einzelgänger, sondern als Teil eines Ganzen begreift. Art. 11 ZGB lässt keinen Zweifel: Der Mensch ist Träger von Rechten und Pflichten – ein vollständiges Subjekt, das der Staat nicht nur duldet, sondern aktiv schützt.

[*] Prof. Dr. iur., Professorin für Privatrecht, Zivilistisches Seminar, Universität Bern, Rechtsanwältin.

Im ersten Teil des ZGB, der sich mit dem Personenrecht befasst, wird der Mensch in seiner ganzen Komplexität vorgestellt. Von der Geburt über die Verwandtschaft, über die Heimat und den Wohnsitz, über den Namen bis hin zu der Eintragung einer Geschlechtsänderung und der Beurkundung des Personenstandes – der Mensch ist hier eine Art Dauergast, der immer wieder in verschiedenen Rollen auftaucht. Das ZGB erkennt den Einzelnen als eigenständig, selbstbestimmt und mit unantastbaren Rechten ausgestattet. Ob es um das Recht auf physische Unversehrtheit geht, das Recht auf Würde oder den Schutz der Privatsphäre – das ZGB bietet dem Individuum alles, was es braucht, um in der modernen Gesellschaft zu bestehen. Hier sind die Rechte keine leeren Versprechungen, sondern rechtlich abgesicherte Freiheiten, die dem Menschen auch in schwierigen Situationen zur Seite stehen. Und wer glaubt, dass ein einzelnes Foto oder ein unüberlegter Kommentar in den sozialen Medien nicht zu Problemen führen kann, wird sich schnell bewusst, dass der Staat – durch das ZGB – tatsächlich auch in die kleinsten Ecken unseres Lebens eingreifen kann, um den Schutz der Persönlichkeit sicherzustellen.

2. Familie und soziale Bindungen: Die Bühnenreife der Lebensbeziehungen

Aber halt, was ist mit der Familie? Ist der Mensch wirklich nur ein Einzelkämpfer in diesem System? Nein, auch hier spielt das ZGB eine entscheidende Rolle. Vom ersten Flirt bis hin zu den dramatischen Auseinandersetzungen über das Sorgerecht – fast alles findet sich im ZGB wieder!

Die Familie ist der berühmte «Probenraum», in dem wir unsere sozialen Rollen einüben – vom Kind über den Ehepartner bis hin zum pflegebedürftigen Elternteil. Das ZGB ist hier der Regisseur, der dafür sorgt, dass alle ihren Part spielen.

Die Ehe, die im ZGB als freier Bund zwischen zwei Personen definiert ist, ist weit mehr als eine romantische Vereinbarung. Sie ist ein gesetzlicher Vertrag mit Rechten und Pflichten, die für beide Partner bindend sind. Wer denkt, die Ehe sei nur ein «schöner Status», hat die Tragweite der gesetzlichen Regelungen nicht verstanden – denn hier geht es nicht nur um Liebe, sondern auch um Unterhalt, Sorgerecht und gegenseitige Verantwortung. Und wenn es dann mal kracht, sorgt das ZGB dafür, dass auch der emotionale «Showdown» ordentlich geregelt wird – sei es durch Scheidungsvereinbarungen und allenfalls auch durch Unterhaltsforderungen.

Auch spannend ist das Thema «elterliche Sorge». Während viele Eltern sich in die Rollen der «superheldenhaften Erzieherinnen und Erzieher» verlieben, sorgt das ZGB dafür, dass der Staat auch in Erziehungsfragen einen Blick auf das Wohl des Kindes hat. Störungen, Streitigkeiten und das scheinbar endlose Ringen um das Sorgerecht? All das ist im ZGB geregelt – mit einem klaren Ziel: Das Wohl des Kindes zu sichern. Und wer sich fragt, ob der Staat zu viel eingreift, kann beruhigt sein: Das ZGB bietet auch Raum für eine gewisse Flexibilität – doch wehe dem, der die Grenzen überschreitet.

3. Eigentum und Nachbarschaft: Dein Garten, mein Balkon – Und was der Staat dazu sagt

Man stelle sich vor, man habe gerade das Traumhaus gekauft, und der Nachbar pflanzt seinen Apfelbaum direkt an die Grundstücksgrenze an. Was nun? Keine Sorge, das ZGB regelt das. Im Art. 641 ZGB heisst es, dass «jeder das Recht hat, über sein Eigentum zu verfügen», jedoch: «in den Schranken der Rechtsordnung». Wer glaubt, dass man einfach bauen und gestalten kann, wie man möchte, wird schnell feststellen, dass das ZGB auch hier klare Grenzen zieht. Lärm, Unordnung, die unerwünschte Bepflanzung der Grundstücksgrenze – alles ist im ZGB geregelt. Denn das ZGB ist nicht nur der Beschützer der «freien Entfaltung des Eigentums», sondern auch ein sicherer Ort für die Wahrung der «guten Nachbarschaft». Wer sich also in seinem Garten oder Balkon sonnt, darf dabei nicht vergessen, dass der Staat auch in den kleinsten sozialen Beziehungen – wie der zwischen Nachbarn – eingreifen kann. Harmonisches Zusammenleben? Ganz klar, das ZGB sorgt dafür!

4. Erbrecht: Das dramatische Finale

Und jetzt – das grosse Finale! Der Vorhang fällt. Wir kommen zu einem der spannendsten und vielleicht auch mysteriösesten Kapitel des ZGB: dem Erbrecht. Hier zeigt sich der Mensch im Staat noch einmal von seiner ernsthaften Seite. Was passiert, wenn der Vorhang fällt und wir von der Bühne des Lebens abtreten? Wird das ZGB uns auch im Tod noch begleiten? Oh ja! Die Regelungen zum Erbrecht sind ein hochdramatisches Finale, in dem es um den Nachlass geht – aber auch um die Frage, wie der Mensch nach seinem Ableben weiterwirkt. Das ZGB sorgt dafür, dass der letzte Wille eines Menschen respektiert wird, aber auch, dass niemand durch das Erbe übermässig begünstigt oder benachteiligt wird. Der Staat

sorgt hier für eine (fast) faire Verteilung der Güter. Denn: Wer glaubt, dass sein Geld ohne Widerstand an den Lieblingsneffen oder die langjährige Geliebte vererbt werden kann, wird möglicherweise überrascht – der Staat bzw. das ZGB hat auch hier ein Auge auf die Dinge!

5. Fazit: Der Mensch im Staat – Ein spannendes zivilrechtliches Bühnenstück

Wer sich fragt, wie das Leben im Schweizer Staat aussieht, muss nur einen Blick in das ZGB werfen. Dort zeigt sich, dass die Bühne des Lebens nicht nur von individuellen Entscheidungen, sondern auch vom feinen Geflecht staatlicher Regelungen gestaltet wird. Das ZGB ist so mehr als nur ein Gesetzestext – es ist der unsichtbare Regisseur, der – wie gesehen – jeden Akt unseres Lebens prägt.

Woke? Von Verfassungs wegen!

Matthias Hürlimann[*]

Ich habe keine Sekunde gezögert, als die Anfrage einging, ob ich einen Beitrag zu diesem Sammelband beisteuern würde. Die Gründe dafür sind schlicht. Erstens: Ich mag Markus Müller sehr gerne. Zweitens: Markus Müller hat auch immer seine Meinung gesagt. Drittens: Markus Müller würde sicherlich auch für meine Festschrift einen Beitrag verfassen.[1] Es geht mir mit meinem Beitrag also insbesondere nicht darum, meine zu Recht nicht existente Publikationsliste[2] mit einem ersten halbwegs zählbaren Beitrag zu eröffnen. Auch möchte ich nicht versuchen, den bisherigen Höhepunkt meiner akademischen Karriere zu toppen, welchen ich übrigens im Rahmen der gemeinsamen Zusammenarbeit mit Markus erlebt habe.[3] Nein, ich möchte einfach gerne die Gelegenheit nutzen, etwas loszuwerden, das mich beschäftigt.

Aber jetzt fertig schwadroniert. Das einleitende Geschwafel diente ohnehin nur dazu, mich dafür zu entschuldigen, dass es in meinen folgenden Ausführungen nicht wirklich wissenschaftlich zu- und hergehen wird.[4] Und wenn ich mir schon herausnehme, die mir zur Verfügung gestellte Seite unwissenschaftlich zu füllen, möchte ich auch gleich ganz oben im System anfangen: bei der Verfassung. Und

---

[*] Lic. iur., Fürsprecher, Leiter Abteilung Telecomdienste und Post und Vizedirektor Bundesamt für Kommunikation BAKOM, Biel.

[1] Das ist zugegebenermassen ein absolut theoretischer Grund.

[2] Siehe «ehemalige Assistierende» auf der Internetseite des Instituts für öffentliches Recht der Universität Bern.

[3] Als Assistent durfte ich mit Markus die Vorlesung «Bernisches Verwaltungsrecht» durchführen, die sich an Kandidatinnen und Kandidaten der Anwaltsprüfung richtete. Jeweils Ende Semester wurde die Veranstaltung, wie dies üblich ist, von den Studierenden evaluiert. Eine Frage war «Was hat Ihnen an der Vorlesung besonders gefallen?». Und eine Antwort auf einem der abgegebenen Fragebogen freut mich noch heute. Ich erwähne sie hier jetzt nicht, Markus kennt sie. Das war also der Zenit meiner universitären Laufbahn, den ich nicht mehr erreichen werde. Das geht aber absolut in Ordnung so.

[4] Eine Entschuldigung, die eigentlich gar nicht nötig wäre, hiess es doch in der Anfrage-E-Mail, dass «Gedanken aller Art: Neues, Unausgegorenes oder alles, was schon lange einmal gesagt werden müsste» Platz haben.

dort nicht etwa irgendwo im hinteren Teil – zum Beispiel bei einer der gerne übersehenen Organisationsnormen – sondern gleich ganz am Anfang: bei der Präambel. Diese enthält nämlich einen Teilsatz, der mich sehr beeindruckt. Er lautet folgendermassen: «*Gewiss, (…) dass die Stärke des Volkes sich misst am Wohl der Schwachen*». Ich bin ein grosser Fan dieses Satzes, der vom Nichtjuristen Adolf Muschg stammt. Er drückt auf eine sprachlich sehr elegante Art eine zentrale Idee für das gesellschaftliche Zusammenleben aus: eine Gemeinschaft ist dann stark, wenn es auch den Schwachen gutgeht. Das bedeutet, dass in einer starken Gemeinschaft die Starken eine Pflicht haben, sich um die Schwachen zu kümmern.

Dieser Ansatz ist in der heutigen Zeit relevanter denn je. Damit meine ich jetzt nicht die gegenwärtigen globalen Zustände, in welchen die mächtigsten Männer[5] der Welt entweder schon Diktatoren oder sonst auf dem Weg dazu sind und sich absolut irr verhalten können, wobei ihnen auch noch zugejubelt wird. Es ist ein trauriger Fakt, dass die Schwachen in der heutigen Weltordnung nicht gestärkt, sondern weiter entrechtet werden, und es ist wohl auch ein Fakt, dass der oder die Einzelne von all den globalen Krisen und Problemen überfordert wird und sich ihnen gegenüber hilflos und ohnmächtig fühlt. Ich möchte deshalb nicht dazu etwas sagen, sondern vielmehr den Umstand ansprechen, dass es leider auch bei uns in gesellschaftlichen Diskussionen immer mehr salonfähig wird, dass man die Schwachen angreift, anstatt sie zu schützen.

Dies geschieht meistens nicht direkt und häufig auch nicht bewusst. Dazu ein Beispiel: Eine ältere Person aus meinem Umfeld, die ich auch sehr gerne mag, sagte letzthin Folgendes: «Es ist mittlerweile schon schlimm geworden. Jetzt darf man nicht einmal mehr Mohrenkopf sagen. Ich bin doch kein Rassist. Wir haben dem Mohrenkopf immer Mohrenkopf gesagt. Warum darf man das jetzt nicht mehr?». Ich habe spontan geantwortet: «Also verboten ist das ja nicht. Das heisst, du darfst das schon sagen. Es ist einfach nicht anständig.» Das Gespräch verlief daraufhin in eine andere, unverfänglichere Richtung – vermutlich, weil wir beide gerade wenig Lust verspürten, das Thema weiter zu vertiefen. Bei mir blieb aber die Frage hängen, woher diese Aussage kommt und warum sie auch bei gebildeten und gut situierten Menschen verfängt.

[5] Nicht, dass auch Frauen dazu gezählt werden könnten. Aber es können m.E. im Moment in der Tat wirklich nur Männer gemeint sein.

Ich denke, man muss hier nicht allzu lange suchen, um fündig zu werden. Die Aussage passt zur Rhetorik der sogenannten Anti-Woke-Bewegung[6], welche man häufig an Sätzen erkennt, die mit «Jetzt darf man nicht einmal mehr …» oder «Mittlerweile muss man sogar schon …» beginnen, und das «dürfen» oder «müssen» sich anschliessend auf Merkmale oder Attribute von Andersartigen bezieht. Diese Andersartigen sind regelmässig einfache Opfer von Stigmatisierung und sie werden dadurch zu Aussenseitern degradiert und weiter zu Schwachen gemacht. Es sind der Mann im Bus mit der anderen Hautfarbe, die Alkoholikerin auf dem Bahnhofplatz, das Kind, das in der Schule gemobbt wird, die Jugendliche, die sich mit der ihr zugeordneten geschlechtlichen Identität nicht zurechtfindet. Diese Menschen sind unter uns, auch wenn man sie nicht immer sieht. Sie haben den gleichen Wert wie jene, denen es gut geht. Sie sind aber verletzlich, und sie brauchen den Schutz und die Unterstützung der Starken der Gemeinschaft, wenn diese als ganze stark sein will. Das steht so in der Präambel der Verfassung[7].

Ist die Bundesverfassung deshalb «woke»? Mein Lieblingssatz in der Präambel liefert einen kleinen Hinweis in diese Richtung, auch wenn selbsternannte «Freunde der Verfassung» eventuell keine Freude an dieser Idee hätten[8]. Vielleicht spielt es auch keine Rolle, letztlich handelt es sich um ein Label, über welches diskutiert werden kann. Die Bundesverfassung basiert in jedem Fall aber neben anderen zentralen humanen Prinzipien auf der Prämisse, dass die Starken eine Pflicht haben, die Schwachen der Gemeinschaft zu unterstützen. Voraussetzung dazu ist, dass man sich sozialen oder anderen Ungerechtigkeiten überhaupt bewusst ist. Und dies wiederum erfordert Aufmerksamkeit. Lassen wir uns also nicht von Meinungen blenden, die durch absurdes Hochstilisieren von gesellschaftlichen Tendenzen im Sinne von «Unisex-Toiletten sind der Untergang der Demokratie» von den wahren Problemen ablenken möchten. Bleiben wir wach: «Wokeness» ist als Stärke der Gemeinschaft verfassungsmässig erwünscht.

---

6 «Woke» meint «Wachsamkeit gegenüber Diskriminierung und Missständen», also letztlich auch, dass man sich sozialen Ungerechtigkeiten bewusst ist. «Anti-Woke» ist die Gegenreaktion, die in «woke» eine Einschränkung der Freiheit sieht.

7 «Im Namen Gottes des Allmächtigen» übrigens.

8 Ein weiterer Hinweis findet sich vielleicht auch im Präambel-Teilsatz «im Willen, in gegenseitiger Rücksichtnahme und Achtung ihre Vielfalt in der Einheit zu leben»?

Involviertheit und Kritik: Zur Relevanz der Wissenschaftsfreiheit in den Rechtswissenschaften

Manuela Hugentobler[*]

«Freie Forschung», schreibt Markus Müller 2014, «heisst unbeeinflusstes Suchen nach […] der Erkenntniswahrheit»[1]. Und zehn Jahre später:

> «Die Glaubwürdigkeit der staatlichen Hochschulen als Stätten freier Wissenschaft […] ist Garant verlässlicher wissenschaftlicher Erkenntnisse – die zentrale Grundlage für Entscheidungen, die unsere Gesellschaft und Umwelt prägen.»[2]

In den vergangenen Jahren widmete sich Markus Müller mit der ihm eigenen Beharrlichkeit der Frage, wie Universität und Wissenschaft als eigenständige Wissensräume erhalten werden können. Er verfasste nicht nur wissenschaftliche Beiträge, sondern lancierte den «Zürcher Appell»[3] und äusserte sich regelmässig in der Öffentlichkeit. Nun sind eine hohe Frequenz und Dringlichkeit im Ton nicht generell Garanten für inhaltliche Relevanz; hier aber, und davon bin überzeugt, sind sie angebracht, sogar notwendig:

Die Wissenschaftsfreiheit wird als grundrechtliche Garantie von der Verfassung gewährleistet, ist das Fundament einer verantwortungsvollen Wissensproduktion und erfordert von Forscher:innen und Institutionen dennoch stetig ihre aktive Verteidigung – diskursiv und vor Gericht.[4] Dasselbe gilt für Glaubwürdigkeit und Unabhängigkeit der Wissenschaft. Alle betreffen sie sowohl die konkrete Arbeit

---

[*] Wissenschaftliche Mitarbeiterin und Dozentin am Interdisziplinären Zentrum für Geschlechterforschung der Universität Bern.

1 Markus Müller, Akademische Freiheit: Sorgen um ein bedrohtes Gut, in: Peter V. Kunz et al. (Hrsg.), Berner Gedanken zum Recht: Festgabe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern für den Schweizer Juristentag 2014, Bern 2014, 393 (zit. Müller, Akademische Freiheit).

2 Ders., Die Glaubwürdigkeit von Wissenschaft in Zeiten der Ökonomisierung, Bulletin SAGW 1/2024, 30 (zit. Müller, Glaubwürdigkeit).

3 Internet: ‹https://www.zuercher-appell.ch› (Abruf 14.6.2025).

4 Siehe etwa American Association of Colleges and Universities AACU, Public Statement: A Call for Constructive Engagement, 22.4.2025.

am Forschungsgegenstand als auch die Aufstellung der Disziplinen sowie ihre Organisation und Finanzierung. Vom Geehrten längst treffend nachgezeichnet[5] kann hier der Fokus ein ganz spezifischer sein: Das Selbstverständnis und die Handlungsmöglichkeiten von Rechtswissenschaftler:innen an der Universität.

Den Rechtswissenschaften ist ein spezifischer Praxisbezug inhärent; sie sind – mehr oder weniger – in Staatlichkeit *involviert*. Deutlich zeigt sich das im für Jurist:innen nahezu banal anmutenden Umstand, dass Gesetzgebung und insbesondere Rechtsprechung direkt auf wissenschaftliche Arbeiten, die überwiegend an Universitäten verfasst werden, angewiesen sind; sich nicht nur auf diese beziehen, sondern wissenschaftliche Erkenntnisse stellenweise wortwörtlich zu Recht werden. Rechtsdogmatik ist, wie Markus Müller treffend formuliert, «wissenschaftliche Beschäftigung mit dem geltenden Recht, die zu seinem besseren Verständnis, zu seiner Ordnung und Systematisierung und schliesslich zu seiner Weiterentwicklung und Verbesserung beiträgt.» [6] Nicht explizit werden in diesem Zitat allerdings die erkenntnistheoretischen Grundlagen dieser Dogmatik, ihre epistemische Verfasstheit, die sowohl für das Selbstbild der Disziplin als auch für ihre tatsächliche Praxis folgenreich ist: Eine «Verbesserung» des Rechts ist gesellschaftlich bedeutsam, und das nicht (nur) als indirekte Analyse, sondern als unmittelbare Veränderung der materiellen Verhältnisse.[7]

Damit ist die Idee der Wissenschaftsfreiheit für die Rechtswissenschaften doppelt relevant. Aufgrund des Näheverhältnisses der Rechtswissenschaften zum Staat ist

---

5 Siehe etwa Müller, Akademische Freiheit (FN 1), Ders., Glaubwürdigkeit (FN 2), Ders., Die Wissenschaft des öffentlichen Rechts in Zeiten der Ökonomisierung – Denkanstösse, in: ZSR 2016, Heft 5, 411 ff., Ders. et al, Private funding and its dangers to Academia: An experience in Switzerland, in: European Journal of Higher Education, 2017, 1 ff., siehe auch Daniel Klösel, Die Reformen der Hochschule als hegemoniales Projekt?, Studiengebühren und Bologna im geltenden Verfassungsrecht, Kritische Justiz 2008, 353 ff.; Marcel Hänggi, Cui bono: Wer bestimmt, was geforscht wird, Basel 2013; Ellen Schrecker, The Lost Soul of Higher Education: Corporatization, the Assault on Academic Freedom and the End of the American University, New York 2010; Verena Schwander, Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit im Spannungsfeld rechtlicher und gesellschaftlicher Entwicklungen, Bern 2002, Gerlinde Mautner, The Entrepreneurial University, A Discursive Profile of a Higher Education Buzzword, in: Critical Discourse Studies 2005, 95 ff.

6 Markus Müller, Staat und Wissenschaft/Etat et science – Rechtsdogmatik als Staatsaufgabe? in: Mehr oder weniger Staat? Festschrift für Peter Hänni zum 65. Geburtstag, Bern 2015, 577.

7 Siehe dazu Andreas Kley, Geschichte des öffentlichen Rechts der Schweiz, Zürich 2011, 449.

ihnen – anders als etwa Geistes- oder Naturwissenschaften – ihr Gegenstand nicht bloss äusserlich. Sie sind an der sozialen Praxis «Recht» *schon immer* aktiv beteiligt. Eine Wissenschaft, die aufgrund ihrer Involviertheit in Gesetzgebung und Rechtsprechung den Rechtstaat direkt mitkonstituiert, erneuert nicht nur abstrakt das durch sie erarbeitete Wissen, sondern immer wieder auch den Rechtsstaat selbst. Dass die Wissenschaftsfreiheit gerade auch die Möglichkeit eröffnet, Bestehendes in Frage zu stellen und neu zu denken, wird damit zur Herausforderung.

Umso mehr sind gerade die Rechtswissenschaften existenziell auf institutionelle Rahmenbedingungen angewiesen, die solche Denk- und Forschungsprozesse zulassen und fördern. In Zeiten, in denen öffentliche Trägerschaften der Universitäten ihre Finanzierungen einschränken und mit privaten Mitteln zu ersetzen versuchen, in denen sich New-Public-Management-Reorganisationen verstetigt haben und sich die Ökonomisierung der Universitäten normalisiert hat, werden Unabhängigkeit und Glaubwürdigkeit der Wissenschaften prekär.

Immerhin ist die rechtswissenschaftliche Perspektive auch ausserordentlich gut geeignet, potenzielle Einschränkungen der Wissenschaftsfreiheit zu erkennen, zu analysieren und sie damit allenfalls auch zu verhindern. Markus Müller beweist dies mit seinem Konzept des *Anscheins der Abhängigkeit* im Kontext von privatem Sponsoring. In Analogie zur richterlichen Unabhängigkeit[8] bzw. dem Anschein der Befangenheit entwickelt er eine Kritik von privater Hochschulfinanzierung, die sich nicht auf die Intransparenz von Verträgen mit Geldgebern beschränkt, sondern vielfältige, tatsächliche und scheinbare, persönliche und institutionelle Abhängigkeiten in den Blick nimmt.[9] Damit erst wird das Ausmass des Gefahrenpotenzials privater Hochschulfinanzierung offenbar. Die Bedeutung von Anschein und institutioneller Unabhängigkeit erhöht sich angesichts einer politisch instrumentalisierten, zunehmenden Wissenschaftsskepsis. Auch der Druck zur Verwertbarkeit, zur Selbstvermarktung und zur affirmativen Anpassung verlangt nach einer erhöhten Aufmerksamkeit für die Wissenschaftsfreiheit. Das gelingt allerdings nicht durch den Rückzug von Wissenschaftler:innen aus der (wissenschafts-)

---

8 Markus Müller, Die innere Unabhängigkeit des Richters, Gedanken zu einem Diamanten, in: Ruth Herzog/Reto Feller (Hrsg.), Bernische Verwaltungsgerichtsbarkeit in Geschichte und Gegenwart. 100 Jahre Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Bern 2010, 527 ff.

9 Müller, Glaubwürdigkeit (FN 2), 28.

politischen Debatte, sondern durch die *Auseinandersetzung*, gerade auch mit existierenden Abhängigkeiten psychologischer oder anderer Natur und einen produktiven Umgang damit.[10]

Dafür wäre u.a. eine Rezeption interdisziplinärer Wissenschaftskritiken in den Rechtswissenschaften zielführend. Insbesondere Donna Haraways Konzept der *situated knowledges*, das Positionalität in den Wissenschaften theoretisiert, konnte für die Rechtwissenschaften noch nicht umfassend reflektiert werden.[11] So ist bis anhin nur ansatzweise geklärt, inwiefern damit umgegangen werden soll, «dass», wie Eva Kocher schreibt, «Objektivität und Unabhängigkeit als feldspezifische Illusionen notwendig wesentliche Sinnkonfigurationen richterlicher Selbstverständnisse darstellen»,[12] dass also die richterliche Unabhängigkeit als notwendige Voraussetzung des Richtens erscheint. Unbedingt nötig, und da trifft sich Kocher mit Müller, ist dabei die «eine Praxis des kontinuierlichen selbstkritischen Hinterfragens, der Vorläufigkeit und Erfahrungsbasiertheit jeder Wahrheit».[13]

Rechtswissenschaft und Unabhängigkeit sind alte Bekannte, erstere ist auf letztere angewiesen; insbesondere, aber nicht nur, vor Gericht. Umgekehrt obliegt ersteren die Sicherung der letzteren, und zwar nicht nur vor Gericht, sondern bereits an den Universitäten. Um die Wissenschaftsfreiheit dort zu verteidigen, können sich die Rechtswissenschaften auf ihre instrumentelle Stärke im rechtstaatlichen Gefüge nur so lange verlassen, wie sie bereit sind, eben jene Praxis der Selbstreflexion und Neuverortung zu leisten, die Kocher als Ausgangspunkt für situierte Rechtswissenschaften setzt. Vielleicht liesse sich so auch zu einem rechtswissenschaftlichen Wissenschaftsverständnis finden, das in der Lage ist, Abhängigkeiten und Widersprüche mitzudenken und allenfalls sogar zu transformieren, damit auch die juristischen «Stätten freier Wissenschaft»[14] ihre Glaubwürdigkeit für die Zukunft erhalten und weiterentwickeln können.

---

10 Ebd., 29.

11 Donna Haraway, Situated Knowledges, The Science Question in Feminism and the Privilege of Partial Perspective, Feminist Studies 1988, 575 ff.

12 Eva Kocher, Objektivität und gesellschaftliche Positionalität Kritische Justiz 2021, 268 ff., 270.

13 Ebd., 282.

14 Müller, Glaubwürdigkeit (FN 2), 30.

Wenn es ihn nicht gäbe, müsste man ihn erfinden!

Michel Huissoud[*]

Wie zerbrechlich sind doch unsere Demokratien!

Das souveräne Volk muss nur einen Psychopathen demokratisch zum Präsidenten wählen, und schon ist der Faschismus da. Aber warum trifft das souveräne Volk diese falsche Wahl?

Wie vor dem Kauf eines neuen Autos wird das Volk bei seiner politischen Entscheidung von persönlichen Recherchen, der Meinung von respektablen Menschen, den Medien, der Wissenschaft und der Werbung geleitet. Werbung und Marketing? Was haben diese «schmutzigen» Disziplinen mit dem edlen Bereich der Politik zu tun?

Die Antwort kommt wie so oft aus den USA, genauer gesagt vom republikanischen Senator Mark Hanna. Er sagte 1895: «Zwei Dinge sind wichtig in der Politik. Das erste ist Geld, und an das zweite erinnere mich nicht». Mit Geld lassen sich Medien kaufen. Mit Werbung verwandelt sich ein völlig Unbekannter in eine sympathische und vertrauenswürdige Persönlichkeit. Und dann gibt es noch die Schweizer Besonderheit: Gelder an Bundesparlamentarier und Bundesparlamentarierinnen dürfen direkt und offiziell fliessen.

Die Schweiz wird seit Jahren und zu Recht in den Berichten der GRECO (Groupe d'Etats contre la Corruption) an den Pranger gestellt. Sie bekämpfe die Korruption nicht ausreichend, insbesondere die Korruption, die das politische Leben in der Schweiz finanziert.

Da die GRECO bei der offiziellen Schweiz auf taube Ohren stiess, lancierte eine Allianz junger Menschen aus mehreren Parteien die Transparenz-Initiative, die Ende 2017 zustande kam. Der Bundesrat schlug zunächst süffisant vor, die Initiative ohne Gegenentwurf abzulehnen.

Nach ähnlichen Abstimmungen in Freiburg und Schwyz, bei denen das Volk Ja zur Transparenz sagte, bekam das Parlament langsam Angst und machte einen zaghaften Vorschlag für eine Revision des Bundesgesetzes über die politischen Rechte[1].

---

[*] Lic. iur., Direktor der Eidgenössischen Finanzkontrolle 2014–2022.

[1] SR 161.1.

Das Komitee zog seine Initiative zurück. Das Bundesamt für Justiz (BJ) wurde beauftragt, die dazu gehörende Verordnung[2] zu verfassen.

Genau inmitten dieser Konstellation hatte ich das Privileg, Professor Markus Müller kennenzulernen. Er wurde durch die Eidgenössischen Finanzkontrolle (EFK) gebeten, den Entwurf des BJ zu begutachten.

Der erste Fehler in dieser Verordnung wurde im Herbst 2021 von der Generalsekretärin des EJPD und dem Verfasser dieses Textes begangen. Die Initiative sah vor, die neuen Transparenzaufgaben der Bundeskanzlei zu übertragen; die Kanzlei lehnte dankend ab, und das Gesetz liess diese Frage offen. Die Verordnung musste es also richten. Auf der Suche nach einem Organ, das die Transparenz herstellen und kontrollieren konnte, fand man die EFK, die sich schliesslich bereit erklärte, dieses Baby, das niemand wollte, zu betreuen.

In seinem Rechtsgutachten[3] stellt Professor Müller fest, dass dies wahrscheinlich ein Fehler gewesen sei, da die EFK andere gesetzliche Aufgaben habe. Damit hat er Recht. Der einzige Vorteil dieser schlechten Lösung: Die EFK hat kurzentschlossen und schnell ein wirksames System aufgebaut, das unabhängige professionelle Kontrollen umfasst. Die Lösung ist institutionell unbefriedigend, aber sie liefert glaubwürdige Ergebnisse.

Abgesehen davon hatte die erste Version der Verordnung zwei weitere Probleme. Das erste betraf die Art und Weise der Kontrolle. Der Entwurf sah lediglich eine formale Fernkontrolle der von den Parteien übermittelten Dokumente vor. Nach sehr zähen Verhandlungen, bis hin zur Drohung, sich aus dem Projekt zurückzuziehen, gelang es der EFK, die Kompetenz zu erhalten, materielle Kontrollen vor Ort durchzuführen. Dieses Problem konnte also behoben werden.

Das zweite Problem wurde leider, trotz des sehr treffenden Plädoyers von Professor Müller, nicht gelöst. Es handelt sich um die Veröffentlichung der Kontrollergebnisse. Konkret: Angenommen, die EFK stellt fest, dass eine politische Partei eine Summe von 5 Millionen Franken, die sie von einem Oligarchen erhalten hat,

---

2 SR 161.18.

3 Markus Müller und Jan Sigrist, Kurzgutachten betreffend Art. 76 f. Änderung des Bundesgesetzes über die politischen Rechte vom 18. Juni 2021, Bern, 25. Februar 2022, Internet: ‹https://www.efk.admin.ch/fachtexte/kurzgutachten-betreffend-art-76f-aenderung-des-bundesgesetzes-ueber-die-politischen-rechte-vom-18-juni-2021/› (Abruf 1.5.2025).

nicht deklariert hat. Muss die EFK die falschen Zahlen kommentarlos veröffentlichen? Muss sie diese korrigieren? Muss sie sagen, dass sie den Fall dem kantonalen Staatsanwalt gemeldet hat? Ja, nein und nein.

Das BJ ist sich seiner Sache sehr sicher.

> «Die EFK kann diese Angaben nicht von sich aus korrigieren, auch wenn sie Verstösse feststellt und bei der Staatsanwaltschaft Anzeige erstattet. Dabei besteht zwar ein gewisses Risiko, dass die veröffentlichten Angaben falsch sind und dies erst nach der Abstimmung oder Wahl bekannt wird. Der Gesetzgeber hat dies aber bewusst in Kauf genommen».[4]

Markus Müller liefert auf rund 20 Seiten einen brillanten Beweis für das Gegenteil. Die Auslegungen sind glasklar, sei es die grammatikalische, die historische, die systematische oder die teleologische Auslegung. «Soweit eine Kontrolle Hinweise auf Ungereimtheiten betreffend Korrektheit oder Vollständigkeit der eingereichten Daten zutage fördert, ist die zuständige Behörde gehalten, die Öffentlichkeit im Rahmen der Publikation in geeigneter Form darauf ins Bild zu setzen».[5] Seiner Meinung nach hat die zuständige Behörde also nicht einmal eine Wahl; sie *muss* diese Information veröffentlichen.

Die damalige Departementsleiterin, die heute dem Bundesrat vorsteht, wollte der Meinung von Professor Müller nicht folgen. Der Bundesrat auch nicht. Zwei Jahre später wurden mehrere Zugangsgesuche nach Öffentlichkeitsgesetz eingereicht, um die EFK zu verpflichten, die Ergebnisse ihrer Prüfungen zu veröffentlichen.

In seiner Weisheit bestätigte[6] der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte (EDÖB) die Meinung von Professor Müller. Bundesratstreu lehnte die EFK die Empfehlung des EDÖB ab.

Nichtsdestotrotz bleibt das Problem der Transparenz der Finanzierung des politischen Lebens bestehen. Die Offenlegung von absichtlichen oder unabsichtlichen Fehlern der politischen Parteien ist ein Detail. Wichtig, gewiss, aber ein Detail.

Das derzeitige Gesetz weist gravierende Lücken auf. Durch den Einsatz von Tarnstiftungen und -vereinen können Finanzierungen verschleiert werden. Die Gelder, die von zahlreichen ins Parlament gewählten Anwälten kassiert werden, fallen

---

4 Verordnung über die Transparenz bei der Politikfinanzierung, Erläuternder Bericht zur Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens, 17. Dezember 2021.

5 Müller/Sigrist (FN 3), 19.

6 EDÖB, Empfehlung vom 5. August 2024: EFK/Prüfberichte zur Einhaltung der Transparenzvorschriften in der Politikfinanzierung.

unter das Berufsgeheimnis. Und unser Milizsystem erlaubt es gemäss Recherchen rund 200 von 246 Parlamentariern, einer Nebenbeschäftigung nachzugehen, ohne die Einnahmen daraus offenlegen zu müssen.

Kurzum, die Schweiz ist leider noch weit von den tugendhaften Praktiken ihrer Nachbarn entfernt, die sich nicht scheuen, ehemalige Präsidenten, Minister oder Parteivorsitzende wegen Verstössen gegen die Regeln zur Finanzierung des politischen Lebens zu verurteilen.

Und die Wissenschaft?

Wir hatten gesehen, dass das Volk bei seinen politischen Entscheidungen von vielen Faktoren und der Wissenschaft geleitet wird. Ist sie unabhängig? Leider nicht. Die von Zigarettenherstellerinnen finanzierte Pseudo-Krebsforschung ist kein Einzelfall. Eine kürzlich durchgeführte Untersuchung zeigt, dass 162 Lehrstühle an Schweizer Universitäten von der Wirtschaft finanziert werden.

Freuen wir uns also, dass es einen Professor gibt, der es wagt, eine Meinung zu vertreten, die der Mehrheit des Parlaments und der Regierung widerspricht.

Lang lebe Professor Markus Müller!

Das Ständemehr

Tobias Jaag[*]

Die Schweiz und die Europäische Union (EU) sind daran, *neue bilaterale Verträge* abzuschliessen. In der Schweiz sind nicht nur die Inhalte der Verträge politisch umstritten. Eine ebenso kontroverse politische Diskussion wird über die Frage geführt, ob die Verträge dem fakultativen oder dem obligatorischen Referendum zu unterstellen sind. Von diesem verfahrensrechtlichen Entscheid könnte der Ausgang der Volksabstimmung über die neuen Verträge und damit die Zukunft der Beziehungen zwischen der Schweiz und der EU abhängen.

Die *Bundesverfassung* (BV) listet in Art. 140 Abs. 1 lit. b die Fälle abschliessend auf, für welche das obligatorische Staatsvertragsreferendum gilt. Da die bilateralen Verträge mit der EU den Beitritt weder zu einer Organisation für kollektive Sicherheit noch zu einer supranationalen Gemeinschaft vorsehen, unterliegen sie nicht dem obligatorischen, sondern gemäss Art. 141 Abs. 1 lit. d BV dem fakultativen Referendum. Für plebiszitäre obligatorische Referenden auf Beschluss des Parlaments enthält die BV keine Grundlage.[1]

Die aktuelle Diskussion rückt die Problematik des obligatorischen Referendums mit dem *doppelten Mehr von Volk und Ständen* (Art. 142 Abs. 2 BV) wieder einmal in den Fokus. Das Erfordernis des Ständemehrs ist nicht ein demokratisches Instrument, sondern ein föderalistisches Element der Gewaltenhemmung und des Minderheitenschutzes. Die verschiedentlich gehörte Aussage, bei den neuen Verträgen mit der EU sei das obligatorische Referendum aus demokratischen Gründen erforderlich, ist deshalb unzutreffend.

---

[*] Prof. em., Ordinarius für Staats-,Verwaltungs- und Europarecht, Universität Zürich.

[1] Vgl. dazu Bundesamt für Justiz, Das Staatsvertragsreferendum im Bundesverfassungsrecht. Rechtliche Übersicht und Analyse, 27.5.2024; Stefan G. Schmid, Das «ungeschriebene» obligatorische Staatsvertragsreferendum. Verfassungsrechtliche Würdigung im Hinblick auf eine Abstimmung über die zurzeit verhandelten bilateralen Verträge Schweiz–EU, ZBl 2024, 519 ff., 540 ff., mit weiteren Hinweisen.

Die Schweiz ist nicht nur ein demokratischer Rechtsstaat, sondern auch ein Bundesstaat. Das föderalistisch motivierte Erfordernis des Ständemehrs hat deshalb auch heute noch seine grundsätzliche Berechtigung. Problematisch ist jedoch seit längerer Zeit die *Ausgestaltung des Ständemehrs* (wie auch der Vertretung der Kantone im Ständerat). War zur Zeit der Gründung des Bundesstaates (1848) die gleichmässige Berücksichtigung aller Kantone mit einer Standesstimme (und zwei Sitzen im Ständerat)[2] naheliegend, so ist sie heute fragwürdig.

Die *Grössenunterschiede der Kantone* haben sich in den bald 180 Jahren erheblich verstärkt. 1848 hatte der grösste Kanton (Bern) rund 450'000 Einwohnerinnen und Einwohner, der kleinste (Appenzell Innerrhoden) ungefähr 11'000. Heute hat der grösste Kanton (Zürich) rund 1,6 Millionen Bewohner, der kleinste (immer noch Appenzell Innerrhoden) knapp 17'000. Während somit 1848 das Verhältnis zwischen den Bevölkerungszahlen des grössten und des kleinsten Kantons rund 40:1 betrug, liegt es heute bei rund 100:1.

Heute verfügen die acht kleinsten Kantone mit insgesamt rund 400'000 Einwohnerinnen und Einwohnern und damit weniger als 5 % der gesamschweizerischen Bevölkerung[3] über mehr als 25 % der Standesstimmen (und der Sitze im Ständerat). Damit hat das föderalistische gegenüber dem demokratischen Element ein zu grosses und damit *unverhältnismässiges Gewicht*.[4]

Das bedeutet nicht, dass das Ständemehr abgeschafft werden soll. Aber es muss den heutigen Gegebenheiten angepasst werden. Das kann beispielsweise dadurch erfolgen, dass der Bevölkerungszahl der Kantone durch eine bescheidene *Abstufung der Standesstimmen* Rechnung getragen wird.

Denkbar wäre es, den grössten Kantonen drei, den mittelgrossen zwei und den kleinen Kantonen eine Stimme zu geben. Eine solche Lösung könnte etwa wie folgt aussehen: Drei Stimmen für die Kantone mit mehr als 500'000 Einwohnerinnen und Einwohnern, zwei Stimmen für die Kantone mit 100'000 bis 500'000 Einwohnerinnen und Einwohnern und eine Stimme für die kleinsten

---

2 Vgl. zur Sonderregelung für die «Halbkantone» hinten, 127 f.

3 Vgl. die Bevölkerungszahlen hinten bei FN 5.

4 Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit ist einer der Forschungsschwerpunkte von Markus Müller. Vgl. nur seine kleine Schrift Verhältnismässigkeit. Gedanken zu einem Zauberwürfel, 2. Aufl., Bern 2023, 157: «Verhältnismässigkeit ist das Leitprinzip jeder freiheitlichen Rechts- und Gesellschaftsordnung».

Kantone mit einer Bevölkerungszahl von weniger als 100'000. Das ergäbe die folgende *Verteilung der Standesstimmen auf die Kantone* (in Klammern die Bevölkerungszahl in Tausend):[5]

- Sechs Kantone mit je drei Stimmen: Zürich (1'606), Bern (1'064), Waadt (846), Aargau (727), St. Gallen (535) und Genf (524), total 18 Stimmen;
- Zwölf Kantone mit je zwei Stimmen: Luzern (433), Wallis (366), Tessin (358), Freiburg (342), Basel-Landschaft (299), Thurgau (295), Solothurn (287), Graubünden (205), Basel-Stadt (200), Neuenburg (178), Schwyz (167) und Zug (133), total 24 Stimmen;
- Acht Kantone mit je einer Stimme: Schaffhausen (87), Jura (75), Appenzell Ausserrhoden (56), Nidwalden (45), Glarus (42), Obwalden (39), Uri (38) und Appenzell Innerrhoden (17), total 8 Stimmen.
- Gesamttotal: 26 Kantone (8'960) mit 50 Stimmen.

Die Grenze insbesondere zwischen den Kantonen mit drei und mit zwei Stimmen könnte auch anders festgesetzt werden, so z.B. bei 700'000 statt bei 500'000; das ergäbe vier Kantone mit drei und 14 Kantone mit zwei Stimmen, insgesamt somit 48 Stimmen. Oder bei einer Million; dann hätten nur zwei Kantone drei und 16 Kantone zwei Stimmen, das ergäbe insgesamt 46 Stimmen. Wo die Grenze gezogen wird, ist letztlich eine politische Frage, die der Verfassungsgeber entscheiden muss.

Die gleiche Gewichtung wie für die Standesstimmen müsste konsequenterweise auch für die Vertretung der Kantone im *Ständerat* gelten. Eine unterschiedliche Lösung für die Standesstimmen und die Sitze im Ständerat wäre nicht zu rechtfertigen.

Mit einer solchen Lösung könnte gleichzeitig der Anachronismus mit den sechs *Kantonen mit halber Standesstimme* und lediglich einem Sitz im Ständerat («Halbkantone») beseitigt werden (Art. 142 Abs. 4, Art. 150 Abs. 2 BV). Anachronismus vor allem deshalb, weil bei der Abtrennung des Kantons Jura vom Kanton Bern vor fünfzig Jahren nicht wie bei früheren Kantonsteilungen zwei Halbkantone mit

---

[5] Einwohnerzahlen 2023; Bundesamt für Statistik, Die Schweiz in Zahlen. Statistisches Jahrbuch 2024, 128. – Ähnliche Vorschläge finden sich bereits bei Tobias Jaag, Die Halbkantone nach der Gründung des Kantons Jura, ZBl 1979, 145 ff., 150 f.; und Art. 150. Zusammensetzung und Wahl des Ständerates, in: Sophie Weerts/Colette Rossat-Favre/Christine Guy-Ecabert/Anne Benoit/Alexandre Flückiger (Hrsg.), Révision imaginaire de la Constitution fédérale. Mélanges en hommage au prof. Luzius Mader, Basel 2018, 285 ff.

halber Standesstimme geschaffen wurden; vielmehr erhielten Bern und Jura – anders als Obwalden und Nidwalden, die beiden Basel und die beiden Appenzell – je eine ganze Standesstimme (und zwei Sitze im Ständerat). Damit ist die historische Begründung des halben Gewichts der aus Kantonsteilungen hervorgegangenen Kantone nicht mehr haltbar.[6]

Die vorgeschlagene moderate Anpassung der Gewichtung der Kantone im föderalistischen System würde die heute *unverhältnismässige Übervertretung der Kleinstkantone* auf ein vertretbares Mass reduzieren und damit die Ungerechtigkeiten der geltenden Regelung entschärfen, ohne das föderalistische Anliegen zu beeinträchtigen. Die acht kleinsten Kantone hätten neu acht von insgesamt 50 Stimmen; mit einem Anteil an der Gesamtbevölkerung der Schweiz von weniger als fünf Prozent hätten sie immer noch mehr als 15 Prozent der Standesstimmen (und der Sitze im Ständerat).

Auch das *Gleichgewicht zwischen lateinischer und deutscher Schweiz* würde mit den vorgeschlagenen Anpassungen kaum verändert.[7] Anders als bei der verschiedentlich postulierten Aufhebung der Sonderstellung der «Halbkantone» durch Gewährung einer vollen Standesstimme (und zwei Sitzen im Ständerat) würde das Übergewicht der Deutschschweiz gegenüber der lateinischen Schweiz nicht verstärkt.

Zu einer solchen Lösung müssten auch die Kantone Hand bieten, da für die entsprechende Anpassung der Bundesverfassung neben dem Volksmehr auch das Ständemehr erforderlich ist (Art. 140 Abs. 1 lit. a BV). Im Interesse eines auf *Fairness und Verhältnismässigkeit* basierten Föderalismus wäre eine solche Anpassung sehr zu begrüssen. Dass es politisch schwierig sein wird, dafür ein Ständemehr zu erreichen, darf kein Grund sein, es nicht zu versuchen.

---

6 Vgl. dazu den in FN 5 erwähnten Aufsatz von 1979.

7 Rechnet man zu den lateinischen Kantonen Tessin, Waadt, Neuenburg, Genf und Jura zur Hälfte die mehrsprachigen Kantone Bern, Freiburg, Graubünden und Wallis dazu, so würden diese Kantone neu über 15 von 50 Standesstimmen verfügen, d.h. wie bisher rund 30 %.

Verfahrensdauer und der Mensch

Christoph Jäger[*]

Die Dauer von staatlichen Verfahren ist aktuell wieder in aller Munde. Dieses Thema vereint gleich zwei Schwerpunkte im wissenschaftlichen Werk von Markus Müller: Das Verfahrensrecht[1] und der Mensch[2] als Subjekt des Verfahrens.[3] Es folgen vor diesem Hintergrund einige Gedanken zur Verfahrensdauer und deren Auswirkung auf den Menschen.

Beklagt wird weitherum die zu lange Dauer der Verfahren, gefordert deren Beschleunigung. Davon betroffen sind insbesondere die Strafjustiz sowie die Raumplanung und das Bauwesen. Katalysatoren des Themas sind namentlich die Energiewende und die befürchtete Strommangellage, aber auch die mit dem Bevölkerungswachstum nicht Schritt haltende Schaffung eines genügenden Wohnungsangebots. Namentlich der sog. Solarexpress nahm trotz mannigfachen materiellen und Verfahrenserleichterungen nie richtig Fahrt auf; die Projekte drohen, sich u.a. im Verfahrensdickicht zu verheddern. Das Thema der Verfahrensbeschleunigung ist losgelöst davon jedoch ein altes und kehrte in den vergangenen dreissig Jahren verlässlich immer wieder auf die politische Traktandenliste zurück.

Wann aber dauert ein Verfahren «zu lange»? Gemäss Art. 29 Abs. 1 der Bundesverfassung[4] hat jede Person in Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen Anspruch auf «Beurteilung innert angemessener Frist». Die Verfahren sind möglichst rasch abzuschliessen; eine übermässige Verfahrensdauer ist verboten und stellt eine Rechtsverzögerung dar. Das Verfahrensrecht enthält jedoch in

---

[*] Dr. iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Bau- und Immobilienrecht, Partner der Anwaltskanzlei Kellerhals Carrard.

[1] Vgl. insbesondere Markus Müller, Bernische Verwaltungsrechtspflege, 3. Auflage, Bern 2021.

[2] Vgl. u.a. Markus Müller, Psychologie im öffentlichen Verfahren. Eine Annäherung, in: Markus Müller/Pierre Tschannen, Kleine Schriften zum Recht (KSR), Bern 2010; ders., Religion im Rechtsstaat. Von der Neutralität zur Toleranz, in: Markus Müller/Pierre Tschannen, Kleine Schriften zum Recht (KSR), Bern 2017.

[3] Vgl. Müller, Verwaltungsrechtspflege (FN 1), 3.

[4] Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101).

der Regel keine absoluten, verbindlichen Vorgaben für die Verfahrensdauer.[5] Rechtsprechung und Literatur nennen verschiedene Kriterien, nach welchen die «Angemessenheit» der Verfahrensdauer im Einzelfall zu beurteilen ist: Umfang und Komplexität des Verfahrens und der sich stellenden Sachverhalts- und Rechtsfragen, Bedeutung für die Parteien, Entscheidabläufe sowie das prozessuale Verhalten der Parteien und Behörden.[6] Zudem steht der Anspruch in einem Spannungsverhältnis zu weiteren verfassungsrechtlichen Geboten, insbesondere zum Anspruch auf richtigen Entscheid, auf korrekte Abklärung des Sachverhalts sowie auf rechtliches Gehör.[7]

Aus Sicht eines praktizierenden Rechtsanwalts hat sich die Verfahrensdauer namentlich in Planerlass- und Baubewilligungsverfahren sowie auch in Rechtsmittelverfahren in den letzten zehn Jahren auf allen Stufen merklich verlängert. Dieser subjektive Eindruck lässt sich stichprobeweise auch durch Tätigkeitsberichte der Gerichte objektiv erhärten. So wies das Bundesverwaltungsgericht im Jahr 2014 für Beschwerden bis zu deren Erledigung eine mittlere Verfahrensdauer von 206 Tagen aus; im Jahr 2023 betrug sie 259 Tage.[8] Beim Bundesgericht dauerten 2014 die Verfahren öffentlich-rechtlicher Beschwerden im Mittel 151 Tage, zehn Jahre später 217 Tage.[9] Im Kanton Bern wurden die bei der verwaltungsrechtlichen Abteilung des Verwaltungsgerichts hängigen Fälle im Jahr 2014 nach einer durchschnittlichen Verfahrensdauer von 8,4 Monaten abgeschlossen, im Jahr 2023 nach 12,75 Monaten.[10] In der Raumplanung dauert das Planerlassverfahren im Kanton Bern immer länger, was zu verschiedenen politischen Vorstössen geführt hat. Die Ordnungsfrist von Art. 59 Abs. 4 BauG[11] kann in den meisten Fällen wohl nicht mehr eingehalten werden, und das Genehmigungsverfahren dauert mitunter mehr als ein Jahr. Kommt noch ein Beschwerdeverfahren dazu, schiebt sich

---

5 René Wiederkehr/Kaspar Plüss, Praxis des öffentlichen Verfahrensrechts. Eine systematische Analyse der Rechtsprechung, Bern 2020, N 83 ff.

6 Vgl. etwa BGE 144 II 486, E. 3.2; BGE 135 I 265, E. 4.4; Wiederkehr/Plüss, Praxis (FN 5), N 83 ff., 134 ff.

7 Vgl. BGer, 6A.100/2000, 15.6.2001, E. 2d; BGE 131 III 334 E. 2.3; Wiederkehr/Plüss (FN 5), N 133.

8 Tätigkeitsberichte 2014 und 2023, 73 bzw. 77.

9 Tätigkeitsberichte 2014 und 2023, je 23.

10 Tätigkeitsberichte 2014 und 2023, 63 bzw. 79.

11 Baugesetz des Kantons Bern vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721.0).

das Verfahrensende ohnehin in weite Ferne. So zog in einem erlebten Fall der Beschwerdeführer seine Anfang 2020 gegen die Genehmigung einer Ortsplanung eingereichte Beschwerde nach dreieinhalb Jahren ohne absehbaren Entscheid resigniert, frustriert und «zermürbt» zurück.

Solche individuellen Erfahrungen und erlebte Gefühle zeigen, was auch verallgemeinert ohne weiteres nachvollziehbar ist: Die Verfahrensdauer ist ein relevanter Faktor einer Streitsache, die auch etwas mit den vom Verfahren betroffenen Menschen «macht» – und zwar diesseits und jenseits der Schranke. Der – zugegeben sehr laienhafte – Blick in die sozialpsychologische Literatur zeigt, dass die psychologische Auswirkung der Verfahrensdauer, soweit ersichtlich, nicht umfassend untersucht zu sein scheint. Immerhin wurde dieser Zusammenhang punktuell durchaus thematisiert, hauptsächlich im Bereich des Strafrechts. So zeigt eine Studie aus dem Jahr 2023, dass sich der Zustand von Menschen, die bereits psychisch beeinträchtigt sind, verschlechtert, während sie auf die Gerichtsanhörung warten und unerwünschte Ereignisse (Gewalt, suizidale Vorfälle u.ä.) zunehmen.[12] In einer Studie aus Dänemark wurde untersucht, ob ein Zusammenhang zwischen «Gerichtsverzögerungen» (Zeit bis zur Urteilsverkündung) und der strafrechtlichen Rückfälligkeit besteht. Dort wird darauf hingewiesen, dass das Warten auf die Verbüssung einer Strafe wie eine zusätzliche Strafzeit wirkt. Stress kann ein inhärentes Merkmal des Wartens auf eine Strafe sein; diese Zeit ist durch grosse Unsicherheit und Machtlosigkeit gekennzeichnet. Warten auf einen Entscheid, der das Leben verändern wird, kann unerträglich sein, und die Stresssituation kann sich auf das individuelle Verhalten auswirken.[13] Die Wartezeit kann zudem Angst in individuell unterschiedlichem Ausmass auslösen.[14]

---

[12] Jhilam Biswas, Sarah E. Lee, Carla G. Muñoz, Natalie E. Armstrong, Delays, commitment and treatment court proceedings worsen psychiatric and other medical conditions, in: Schizophrenia Research 255 (2023), 191, 193.

[13] Lars Højsgaard Andersen, Court Delays and Criminal Recidivism: Results from Danish Administrative Data and a Policy Reform, in: Justice Quarterly (2024), 41:5, 647–671, mit Hinweisen auf weitere Studien.

[14] Kate Sweeny/Angelica Falkenstein, Is Waiting the Hardest Part? Comparing the Emotional Experiences of Awaiting and Recieving Bad News, in: Personality and Social Psychology Bulletin 2015, Vol. 41 (11), 1558; vgl. auch Jennifer Howell/Kate Sweeny, Is waiting bad for subjective health? in: J Behav Med (2016) 39, 652 ff., insb. 658.

Den Stress des Wartens werden in erster Linie die verfahrensbetroffenen Personen erleben; bei ihnen geht es um die «eigene» Sache. Aber auch die Personen der Entscheidbehörde, wie z.B. die Gerichtsschreiberin oder der Sachbearbeiter, sind durch einen hohen Pendenzenberg, Rückfragen der Parteien nach dem Verfahrensstand, komplexe oder unvollständige Dossiers einem besonderen Stress ausgesetzt. Je länger der Fall «liegt», umso mehr steigt der Entscheiddruck und damit der Stress. Aus Sicht der Justiz können aufgestaute Pendenzen und Verzögerungen im Verfahren dessen Qualität beeinträchtigen, etwa wenn Zeugen Einzelheiten des Falles vergessen oder die Staatsanwaltschaft Zugeständnisse akzeptiert, die sie normalerweise nicht machen würde, um die Fälle vom Tisch zu bekommen.[15]

Wie können solche Auswirkungen reduziert, Verfahren beschleunigt werden? Klar ist, dass eine rasche Verfahrensabwicklung gewisse Rahmenbedingungen voraussetzt (gute oder zumindest genügende Personalausstattung, effiziente Verwaltungsorganisation und -prozesse.).[16] Auch eine gute Gesetzgebung leistet ihren Beitrag, indem sie den Vollzug durch möglichst klare, praxistaugliche Regeln erleichtert und die Verfahren von zu komplexen Aufgaben entlastet. Verfahrensrechtlich hat man in manchen Bereichen «die Zitrone ausgepresst», indem beispielsweise auch die Beschwerdeantwort unter eine gesetzliche Frist gestellt, Ordnungsfristen für die behördliche Bearbeitung eingeführt und konzentrierte Verfahren geschaffen wurden – wohl weitgehend ohne die entscheidende Beschleunigung zu erreichen. Mehr dürfte ohne Um- und Abbau des Rechtsschutzes nicht gehen.

Letztlich wird innerhalb dieses Rahmens wohl gerade der Mensch den Schlüssel für schnellere Verfahren bilden. Engagement, klare, straffe, zeitsparende und effektive Verfahrensführung durch die verantwortlichen Personen, je nach Situation Dialogbereitschaft und Kompromissfähigkeit aller Beteiligten, sind wesentliche Elemente und Eigenschaften, um Verfahren gut, rasch und zielgerichtet zu einem akzeptablen (nicht perfekten) Ergebnis zu bringen. Fokus auf das im Einzelfall Wesentliche, anstatt Abarbeiten von Checklisten und Copy-und-Paste, Mut zur Positionierung und zum womöglich unbeliebten Entscheid, gerade bei Interessenabwägungen. Namentlich in erstinstanzlichen Verfahren braucht es ausserdem das Bewusstsein, dass der Zeitfaktor ein gleichwertiges Verfahrensziel

---

15 Vgl. Andersen, (FN 13), 647.

16 Arbeitsüberlastung, strukturelle oder organisatorische Mängel der Entscheidinstanzen sind keine anerkannte Rechtfertigung, um den Anspruch auf Verfahrenserledigung innert angemessener Frist zu relativieren (vgl. z.B. BGE 144 II 486 E. 3.2).

darstellt, während womöglich zeitaufwändige dogmatische Klärungen und das weitere Austarieren der Interessen gegebenenfalls den Rechtsmittelbehörden überlassen werden können. Mut zum Entscheid; 80 Prozent in absehbarer Zeit, anstatt 100 Prozent viel später – das wird den Parteien häufig lieber sein.

Gutes und rasches Entscheiden bedingt richtiges Erfassen und Verstehen des Sachverhalts. Dies erfordert Transparenz und Kommunikation in einem möglichst frühen Verfahrensstadium. Verstehen und verstanden werden gelingt einfacher und effizienter im direkten persönlichen Austausch der Beteiligten. Somit: Mehr Mündlichkeit im (Verwaltungs-)Verfahren, z.B. im Rahmen von konferenziellen Bereinigungen, Anhörungen sowie Instruktionsverhandlungen anstelle von epischen Schriftenwechseln, verspricht Beschleunigung, damit die Sache von allen Beteiligten von Anfang an richtig verstanden wird, Unklarheiten und Fragen im Dialog rasch ausgeräumt werden können, sodass die erforderlichen Informationen vollständig vorliegen und richtig eingeordnet werden können, Wesentliches vom Unwesentlichen unterschieden werden kann. Auf, dass Verfahren nicht zu «Warten auf Godot» werden!

Regulierung vs. Selbstregulierung: Wege zu einem ausgewogenen Steuerungsmodell

Thomas Jutzi[*]

Die Begriffe Regulierung und Selbstregulierung sind zentrale Konzepte in der Organisation und Steuerung gesellschaftlicher Systeme. Während Regulierung von staatlichen Institutionen und klaren rechtlichen Rahmenbedingungen geprägt ist, beschreibt Selbstregulierung die Fähigkeit von privaten Akteuren – Unternehmen, Märkten oder Individuen –, sich selbst Regeln aufzuerlegen, um bestimmte Ziele zu erreichen oder gesellschaftliche Erwartungen zu erfüllen. Beide Ansätze haben ihre Stärken und Schwächen, und ihre Effektivität hängt von einer Vielzahl von Faktoren ab, darunter die Komplexität der Materie, die Anreizstruktur und die Bereitschaft aller Beteiligten zur Kooperation.

Regulierung beruht auf der Annahme, dass Märkte und Akteure nicht immer in der Lage sind, im öffentlichen Interesse zu handeln. In der Wirtschaftstheorie wird dies durch die volkswirtschaftliche Theorie des Marktversagens, die Probleme wie externe Effekte (z. B. Umweltverschmutzung), Informationsasymmetrien oder Monopolstellungen beschreibt, untermauert. Staatliche Eingriffe sollen solche Marktversagen korrigieren, indem sie durch Gesetze und Vorschriften klare Rahmenbedingungen schaffen. Ein erfolgreiches Regulierungsbeispiel ist das revidierte Datenschutzgesetz (DSG), das seit dem 1. September 2023 in Kraft ist. Es schafft klare und verbindliche Rahmenbedingungen für den Umgang mit personenbezogenen Daten und stärkt die Rechte der betroffenen Personen. Unternehmen sind dadurch verpflichtet, den Datenschutz bereits bei der Gestaltung von Prozessen und Systemen («Privacy by Design») sowie standardmässig («Privacy by Default») zu berücksichtigen. Gleichzeitig wurde jedoch kritisiert, dass das neue DSG für kleinere Unternehmen mit erheblichem administrativem Aufwand verbunden ist und entsprechende Ressourcen voraussetzt. Andererseits zeigt der Dieselskandal der Automobilindustrie vor rund zehn Jahren, wie fehlende oder unzureichend durchgesetzte Regulierung schwerwiegende gesellschaftliche und ökologische Folgen haben kann.

* Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M., Ordinarius für Wirtschaftsrecht an der Universität Bern, Direktor am Institut für Wirtschaftsrecht der Universität Bern.

Demgegenüber basiert die Selbstregulierung auf der Annahme, dass Akteure durch Eigeninteresse motiviert sind, im Einklang mit gesellschaftlichen Erwartungen zu handeln. Beispiele hierfür sind Branchenstandards, freiwillige Verhaltenskodizes oder interne Compliance-Programme. Ein positives Beispiel für funktionierende Selbstregulierung ist der FSC-Zertifizierungsstandard (Forest Stewardship Council) in der Forstwirtschaft, der nachhaltige Waldbewirtschaftung fördert. Unternehmen, die das Siegel tragen, profitieren von einem positiven Image und einem Wettbewerbsvorteil, da Konsumenten zunehmend nachhaltige Produkte bevorzugen. Ebenso zeigen verschiedene Codes of Conduct der Halbleiterindustrie, wie Selbstverpflichtung zu mehr Verantwortung in globalen Lieferketten führen kann.

Selbstregulierung wird oft als flexibler und kosteneffizienter betrachtet, da sie sich schneller an veränderte Bedingungen anpassen kann. Markus Müller betont in «Il faut donner du temps au temps»[1], dass Selbstregulierung gerade in dynamischen Kontexten einen Vorteil bieten kann, da sie Zeitdruck abbaut und Akteuren ermöglicht, rasch zu reagieren. Gleichzeitig warnt er jedoch davor, dass unzureichend ausgestaltete Selbstregulierung ineffizient und anfällig für Missbrauch sein kann, wie historische Beispiele wie die freiwilligen Klimaschutzmassnahmen der Automobilindustrie zeigen.

Die staatliche Regulierung leidet demgegenüber häufig unter einer Normenflut und mangelnder Normenqualität, wie der Jubilar in seinem Beitrag «Überforderung im öffentlichen Recht?»[2] ausführt. Dies stellt nicht nur den Staat, sondern auch die regulierten Akteure vor erhebliche Herausforderungen. Die Überforderung durch komplexe, teilweise widersprüchliche Regelwerke könnte durch gut designte Selbstregulierung abgemildert werden, indem diese spezialisierte Fachkenntnisse nutzt, um präzisere und praxisnahe Regeln zu schaffen. Gleichzeitig macht Markus Müller deutlich, dass auch die Selbstregulierung nicht völlig frei von staatlichen Leitplanken agieren darf, um Willkür und Intransparenz zu vermeiden.

[1] LeGes 2014/3, 431 ff.

[2] ZBJV 146/2010, 353 ff.

In seinem Beitrag «Die Wissenschaft des öffentlichen Rechts in Zeiten der Ökonomisierung»[3] analysiert Markus Müller kritisch die zunehmende Dominanz ökonomischer Prinzipien wie Effizienz und Wettbewerb im öffentlichen Sektor. Dieser Trend hat auch Auswirkungen auf die Selbstregulierung, da privatwirtschaftliche Managementtechniken und Grundsätze – etwa Benchmarking oder Total Quality Management – oft unreflektiert übernommen werden. Müller warnt vor einer Überbetonung solcher Ansätze, da sie die Gemeinwohlorientierung untergraben können. Stattdessen fordert er eine kritische Reflexion darüber, wie ökonomische Logiken sinnvoll und kontextgerecht in den öffentlichen Bereich eingebunden werden können.

Ein weiterer zentraler Aspekt der Diskussion ist die Rolle der Aufsicht. In «Von Krisen und Schulhausabwarten»[4] schildert Müller, wie mangelnde oder schlecht organisierte staatliche Aufsicht zu Systemversagen führen kann. Beispiele wie der Postauto-Skandal zeigen, dass eine funktionierende Aufsicht essenziell ist, um Missstände frühzeitig zu erkennen. Man könnte daraus den Schluss ziehen, dass Selbstregulierung durch geeignete Aufsicht ergänzt werden muss, um ihre Wirksamkeit zu garantieren. Die staatliche Kontrolle sollte dabei als strategisches Werkzeug genutzt werden, um Fehlentwicklungen zu korrigieren, ohne dabei die Flexibilität und Anpassungsfähigkeit der Selbstregulierung zu beeinträchtigen. Eine zentrale Herausforderung besteht darin, die richtige Balance zwischen Regulierung und Selbstregulierung zu finden.

Die Debatte um Regulierung und Selbstregulierung bleibt ein Spannungsfeld, in dem Effizienz, Durchsetzbarkeit und gesellschaftliche Akzeptanz miteinander konkurrieren. Während Regulierung durch staatliche Institutionen klare und verbindliche Rahmenbedingungen schafft, bietet Selbstregulierung mehr Flexibilität und Eigeninitiative. Beide Ansätze sind jedoch anfällig für Fehler, d.h. keiner der beiden Ansätze kann für sich allein die Herausforderungen moderner Gesellschaften bewältigen. Zukunftsträchtig sind m.E. hybride Modelle, die staatliche Kontrolle und Eigenverantwortung miteinander verbinden. Ein Beispiel hierfür ist das Kohärenzmodell, bei dem staatliche Institutionen Mindeststandards setzen und Akteure durch Anreize zur Selbstregulierung ermutigen. Solche Anreize können steuerliche Vorteile, öffentliche Anerkennung oder die Reduktion bürokratischer Hürden umfassen. Ein gelungenes Beispiel hierfür ist das Emission

[3] ZSR I 2016, 411 ff.

[4] ZBl 121/2020, 405 ff.

Trading System (ETS) der EU, das Marktmechanismen mit staatlicher Kontrolle kombiniert. Unternehmen erhalten Emissionsrechte, können diese handeln und so wirtschaftliche Anreize schaffen, Emissionen zu reduzieren. Hybride Ansätze wie das ETS oder branchenspezifische Kohärenzmodelle bieten Anreize für eine nachhaltige Entwicklung und fördern gleichzeitig die Wettbewerbsfähigkeit. Nur durch eine enge Verzahnung beider Konzepte lassen sich gesellschaftlicher Fortschritt, wirtschaftliche Effizienz und individuelle Freiheit in Einklang bringen. Zukünftige Modelle sollten auf einer Kombination aus klar definierten staatlichen Mindeststandards und flexiblen Selbstregulierungsmechanismen aufbauen, um sowohl die Komplexität als auch die Dynamik moderner Herausforderungen bewältigen zu können.

Die Arbeiten von Markus Müller – eine seltene Kombination von wissenschaftlicher Exzellenz und einem klaren Blick auf gesellschaftliche Bedürfnisse – bieten eine wertvolle Grundlage, um die Entwicklung solcher hybriden Ansätze zu fördern. Sie zeigen, wie durchdachte Regulierung und Selbstregulierung, gestützt auf solide Rechtsdogmatik und begleitet von angemessener Aufsicht, zur Bewältigung der komplexen Herausforderungen moderner Gesellschaften beitragen können.

In diesem Sinne wünsche ich Dir, lieber Markus, für Deinen neuen Lebensabschnitt alles Gute und weiterhin viele inspirierende Momente!

Das Völkerrecht in den Zeiten der Autokratie

Walter Kälin[*]

In seinem Roman *Die Liebe in den Zeiten der Cholera* erzählt der grosse kolumbianische Autor Gabriel García Márquez von Florentino Arizas und Fermina Daza. Sie lernen sich in jungen Jahren kennen und lieben, entfremden sich voneinander und finden sich nach dem Tod von Ferminas Ehemann fünf Jahrzehnte später wieder. Auch wenn sie nicht mehr die Personen sind, die sie in ihrer Jugend waren, ist – so die Kernbotschaft – Liebe zeitlos und Geduld wird belohnt.

Auch das Völkerrecht ist zeitlos und in Zeiten, in welchen es fraglos eine Krise erlebt, ist Geduld gefragt.

Krise. Das moderne Völkerrecht, wie es seit der Katastrophe des Zweiten Weltkriegs entstanden ist, beruht auf vier Pfeilern: Das *Gewaltverbot* untersagt den Einsatz militärischer Gewalt bei zwischenstaatlichen Konflikten. Menschenrechte, humanitäres Völkerrecht und Völkerstrafrecht dienen dem *Schutz des Menschen* und begrenzen staatliche Souveränität damit gewissermassen von unten her. Und das Koexistenzrecht des klassischen Völkerrechts mit seinen Regeln zur gegenseitigen Abgrenzung der staatlichen Einflusssphären ist mit dem Grundsatz der *zwischenstaatlichen Kooperation* zur gemeinsamen Bewältigung universeller Herausforderungen ergänzt worden. Institutionell ist es durch ein hohes Mass an *Multilateralismus* und damit durch die zentrale Rolle der UNO und anderer internationaler Organisationen sowie die zunehmende Bedeutung der Justiz geprägt – ein System, das jedoch wegen ihres Vetorechts im Sicherheitsrat die Grossmächte schützt, wenn sie selbst gegen das Recht verstossen.

Putins Angriff auf die Ukraine, Trumps Strafzölle und sein Rückzug aus wichtigen Vertragswerken und internationalen Organisationen oder die Geringschätzung grundlegender Rechte durch Staatsführer wie Xi Jinping, Maduro, Netanyahu, Erdogan oder Orban rütteln an diesen Grundsätzen. Dass diese und andere autokratische Tendenzen weltweit – und teilweise auch in unseren Landen – zunehmend Verständnis und Unterstützung finden, ist deutliches Indiz für die Infragestellung zentraler Grundsätze des modernen Völkerrechts.

---

[*] Professor emeritus für Staats- und Völkerrecht, Universität Bern.

Es war dank ihres überragenden Einflusses auf seine Entstehung, Erhaltung und Förderung stark von den USA geprägt.[1] Der Rückzug der USA aus ihrer Führungsrolle öffnet Raum nicht nur für Russland und China, sondern auch für aufstrebende Länder des Globalen Südens wie Saudi-Arabien und die Golfstaaten mit ihrem Reichtum, Indien, das bald der bevölkerungsreichste Staat der Welt sein wird, und Regionalmächte wie die Türkei, Indonesien oder Brasilien. Sie vertreten in vielen Bereichen Werte, die nicht die unseren sind. Die UNO wird weiter geschwächt werden, und der Sicherheitsrat bleibt wohl auf längere Zeit hinaus blockiert. Auch wenn es zu früh ist, vom Kollaps der internationalen Ordnung, wie sie in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts entstanden ist, zu sprechen, werden die Auswirkungen der aktuellen Krise auf das Völkerrecht tiefgreifend sein.

Zeitlosigkeit. Und doch: Das Völkerrecht wird nicht untergehen. Recht bestimmt, was sein soll, nicht, was ist. Deshalb vermögen Verletzungen seine Gültigkeit nicht infrage zu stellen. Recht verliert seine Legitimität erst, wenn sich der ihm zugrundeliegende Konsens auflöst und Rechtsbruch nicht mehr als solcher behandelt wird. Solange die allermeisten der rund 158'000 in der UNO-Vertragssammlung enthaltenen völkerrechtlichen Vereinbarungen[2] in aller Regel fraglos eingehalten werden; der Internationale Gerichtshof (IGH) in Den Haag, Spezialgerichte wie der Internationale Seegerichtshof in Hamburg oder die UNO-Vertragsorgane und die regionalen Menschenrechtsgerichtshöfe ihre Arbeit fortsetzen; oder beispielsweise die russische Regierung selbst nicht behauptet, ein Recht auf Krieg zu haben, sondern versucht, mit dem Rückgriff auf das Recht auf Selbstverteidigung juristische Rechtfertigungsgründe zu konstruieren,[3] und die Mehrheit der UNO-Mitgliedstaaten den Angriff auf die Ukraine verurteilt,[4] ist die Existenz des Völkerrechts als solches nicht gefährdet.

---

1 Monica Hakimi/Jacob Katz Cogan, The End of the U.S.-backed international Order and the Future of International Law, American Journal of International Law 2025 (im Druck).

2 Siehe Internet: ‹https://www.un-ilibrary.org/content/periodicals/24121495› (Abruf 23.4.2025).

3 Letter dated 24 February 2022 from the Permanent Representative of the Russian Federation to the United Nations addressed to the Secretary-General, UN Doc. S/2022/154 (24 February 2022), Annex, 6.

4 Mit Resolution ES-11/1 vom 2.3.2022 bezeichneten 141 Staaten den Angriff als Verletzung des Gewaltverbots der UNO-Charta.

Mehr noch: Entstehung und Existenz des Völkerrechts sind untrennbar verbunden mit der Herausbildung des modernen Territorialstaates, wie er im Westfälischen Frieden von 1648 konzipiert wurde. Solange das internationale System auf Staaten beruht, braucht es für ihre Beziehungen Regeln. Moderne Technologien, grenzüberschreitender Güter-, Kapital- und Personenverkehr sowie Probleme wie Energieknappheit, Umweltgefährdungen oder Pandemien erfordern normenbasierte Zusammenarbeit zwischen Staaten auch in der Zukunft. Angesichts der Zerstörungskraft moderner Waffen und der negativen wirtschaftlichen Auswirkungen regionaler Konflikte sind auch die Grossmächte nicht daran interessiert, zum ius ad bellum des klassischen Völkerrechts zurückzukehren und damit Mittelmächten grünes Licht für jederzeitige Angriffe auf Nachbarstaaten zu geben. Wenn Stärke und Rücksichtslosigkeit zum «Recht» werden, sind die Interessen aller Länder und die Existenz vieler Staaten permanent bedroht.

Geduld. Die Zeitlosigkeit des Völkerrechts als Recht berechtigt zur Hoffnung. Seine gegenwärtige Krise wird wie alle Krisen vorübergehend sein. Krisen gab es auch in der Vergangenheit. Während des kalten Krieges mit seinen Stellvertreterkriegen von Korea über Vietnam bis Afghanistan unter russischer Besatzung, den bewaffneten Konflikten im Südkaukasus und dem früheren Jugoslawien, den Genoziden in Srebrenica und Ruanda in den 1990er-Jahren oder den bewaffneten Interventionen des Westens im Irak und anderswo zu Beginn dieses Jahrhunderts kamen zentrale völkerrechtliche Grundsätze unter enormen Druck. Dennoch funktionierten weite Teile des Völkerrechts nicht besser und nicht schlechter als viele Normen des Landesrechts, und über alle Gräben hinweg konnte man sich, wie das Beispiel des Römer Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs zeigt, auf wichtige neue Vertragswerke einigen und neue Institutionen schaffen.

Wie alles Recht ist auch das Völkerrecht historisch gewachsen und einem ständigen Wandel unterworfen. Krisen führen zu Veränderungen. Das Völkerrecht wird sich zweifellos in wichtigen Punkten ändern. Verschiedene Veränderungen zeichnen sich bereits heute ab: Die Schwierigkeiten, sich mittels multilateraler Mechanismen auf neue Regeln zu einigen oder Probleme regelbasiert zu lösen, werden zunehmen, und die UNO wird weiter an Bedeutung verlieren. Teile der Menschenrechte und das humanitäre Völkerrecht mit seinem Mangel an Überwachungs- und Durchsetzungsmechanismen werden unter Druck kommen. Als Reaktion darauf wird die Bedeutung des regionalen Völkerrechts nicht nur in Europa, sondern auch in Afrika, Lateinamerika oder Südostasien zunehmen. Koalitionen

gleichgesinnter Staaten und mit ihnen verbundener nichtstaatlicher Akteure werden den Multilateralismus der UNO ergänzen oder teilweise gar ersetzen. Im Idealfall wird das Verhältnis zwischen den verschiedenen Regionen der Welt besser ausbalanciert sein und die Staaten zwingen, Kompromisse zu schliessen, welche die Interessen aller besser berücksichtigen. Und die Zeit wird kommen, in der die Staaten wieder erkennen, dass angesichts der grossen globalen Herausforderungen wie Klimawandel, Autokratie einiger der reichsten Männer der Welt, rapide Alterung vieler Gesellschaften, künstliche Intelligenz und vielem mehr eine regelbasierte internationale Ordnung ihre Interessen besser schützt als blinder Nationalismus.

«Schön verpacken, bitte!»

Markus Kern[*]

Ansprechend sollten Ideen und Darlegungen gestaltet sein, um Überzeugungskraft zu entfalten. Eloquenz, argumentatives Geschick und psychologisches Gespür für die Adressatinnen sind in diesem «Verkaufsprozess» der Ideen in hohem Masse hilfreich. Dass Äusserungen dabei zuweilen auch überzeichnet, plakativ oder schönfärberisch daherkommen können, lässt sich kaum vermeiden, zumal die Grenzen zwischen seriösem Verkaufsgespräch und verführerischer Marktrhetorik regelmässig unscharf ausfallen. Zugleich bedingt stimmige Kommunikation – Markus Müller hatte es in anderem Kontext festgehalten[1] – Authentizität und Wahrhaftigkeit der getätigten Äusserungen. Wie sehr das Pendel in die eine oder andere Richtung ausschlagen darf, bestimmt sich insbesondere nach der Gesprächssituation. Besonders anspruchsvoll sind die diesbezüglichen Anforderungen bekanntlich bei der Informationstätigkeit des Staates gegenüber den Bürgerinnen und Bürgern. Dort wiederum sind es Belange politischer Kommunikation, die sich als speziell herausfordernd präsentieren. In diesem Zusammenhang bildet die Formulierung der Abstimmungsfrage eine neuralgische Stelle, deren Handhabung besonderes Fingerspitzengefühl erfordert. Da ist der juristische Uhrmacher oder die sprachliche Neurochirurgin gefragt.

In deutlichem Kontrast zu diesen Anforderungen präsentiert sich die Praxis bei der Formulierung der Stimmzettel auf Bundesebene als einigermassen krude: Die Abstimmungsfrage bildet systematisch der in Frageform gefasste Titel des dem Urteil der Stimmbürger unterworfenen Gesetzes bzw. der entsprechenden Initiative. Dass Initiativtitel regelmässig werbend daherkommen, vermag dabei kaum zu überraschen. Dieser Herausforderung liesse sich mit strengeren gesetzlichen Ansprüchen beikommen.[2] Wie aber steht es um Behördenvorlagen? Es sei vorweggenommen: Auch da besteht Handlungsbedarf. Denn Bundesrat und Parlament sind kaum davor gefeit, den wahren Inhalt von Vorlagen in kunstvoller Umhüllung zu präsentieren und damit zu verschleiern.

---

[*] Professor für Staats-, Verwaltungs- und Europarecht, Universität Bern.

[1] Markus Müller, Religiöse Neutralität des Staates?, ZBl 2022, 575 ff., 594.

[2] Andreas Auer, Volksinitiativen: Der Titel soll's (nicht mehr) richten, ZBl 2014, 577 f.

Zur Auswahl stehen namentlich vier verlockende Verpackungsmodelle:

- Erstens, die übergrosse Hülle, welche den wahren Gegenstand der Sendung grosszügig bedeckt und damit kaschiert. Wie liess sich beispielsweise ersehen, dass die Frage «Wollen Sie die Änderung vom 27. September 2019 des Bundesgesetzes über den Erwerbsersatz für Dienstleistende und bei Mutterschaft (Erwerbsersatzgesetz, EOG) annehmen?» in Tat und Wahrheit einen zweiwöchigen bezahlten Vaterschaftsurlaub zum Inhalt hatte?[3]
- Zweitens, die glänzende, mit verlockenden Versprechungen aufwartende Gestaltung der Verpackung. Diesem Modell folgten die Abstimmungsfragen zum «Bundesgesetz vom 17. Juni 2016 über steuerliche Massnahmen zur Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit des Unternehmensstandorts Schweiz (Unternehmenssteuerreformgesetz III)» oder in jüngerer Zeit zum «Bundesgesetz vom 29. September 2023 über eine sichere Stromversorgung mit erneuerbaren Energien (Änderung des Energiegesetzes und des Stromversorgungsgesetzes)»,[4] dürfte doch einer Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit für sich genommen ebenso wenig Widerstand erwachsen wie der sicheren und grünen Stromversorgung.[5]
- Drittens – und spiegelbildlich –, die in rosigen Farben gemalte, Nachteile und Hürden verbergende Verpackung. So wurde zum Beispiel die permanente Ausgestaltung der direkten Bundessteuer und der Warenumsatzsteuer sowie die Verfassungsgrundlage für einen neuen Zusatz auf der Umsatzsteuer als «Neuordnung der Bundesfinanzen» betitelt.[6] Insgesamt zeigt sich eine auffällige Scheu im behördlichen Gebrauch von Begriffen wie Aufwand, Abgaben, Steuern, Kosten etc. zur Bezeichnung von Abstimmungsvorlagen.

---

3 Erläuterungen des Bundesrates zur Volksabstimmung vom 27.9.2020, 11 und 58 ff.; bezeichnenderweise hatte die Vorlage übrigens die Vaterschaft in den Erlasstitel des EOG gehievt (vgl. BBl 2019 6855); siehe zum Ganzen auch Rebekka Bratschi, Moderne Rechtsetzung/Was drin ist, muss auch draufstehen, in: Stefan Höfler/Kevin Müller (Hrsg.), Rechtsetzung als Textkonstitution, Zürich 2021, 33 ff., 54 ff.

4 Erläuterungen des Bundesrates zur Volksabstimmung vom 12.2.2017, 26 ff. bzw. zur Volksabstimmung vom 9.6.2024, 11 und 42 ff.

5 Zur damaligen Aufhebung einer zürcherischen Volksabstimmung aufgrund einer suggestiven Abstimmungsfrage vgl. BGE 106 Ia 20.

6 BBl 1990 III 1657; abgelehnt an der Volksabstimmung vom 2.6.1991 (BBl 1991 III 1301).

– Viertens, eine vom eigentlichen Inhalt abweichende und damit potenziell irreführende Umhüllung. Dieses Modell fand beim Bau der zweiten Strassentunnelröhre am Gotthard Verwendung. Zu befinden war über die «Änderung vom 26. September 2014 des Bundesgesetzes über den Strassentransitverkehr im Alpengebiet (STVG) (Sanierung Gotthard-Strassentunnel)»,[7] während der wahre Gegenstand der Abstimmung im Dunkeln blieb – ein Tunnelneubau, eingekleidet als Sanierung.

Wie aber lässt sich diese behördliche Verpackungsfreude dämpfen? Ein erster Ansatz würde die Massnahme beinhalten, im Parlament jeweils Anpassungen der Erlasstitel anzustreben, um Inhalt und Verpackung verlässlich in Übereinstimmung zu bringen.[8] Eine weitere, grundlegendere Kur bestünde in der Abweichung von der althergebrachten Praxis, systematisch die Erlasstitel zur Abstimmungsfrage umzumünzen.[9] Damit liessen sich allfällige Falschetikettierungen im Hinblick auf die Stimmabgabe beseitigen. Diese Handhabe birgt indessen neue Risiken unstatthafter Einflussnahme und sollte deshalb durch eine – ohnehin fällige – gesetzliche Einrahmung der Stimmzettelgestaltung flankiert werden.

Da jedoch blosse Forderungen nach der Verabreichung reinen Weins durch die Behörden ungehört zu verhallen drohen, ist ein weiterer Schritt ins Auge zu fassen: Notwendig ist eine Verpackungskontrolle. Jedenfalls die Abstimmungsfrage – besser noch sämtliche Akte von Bundesversammlung und Bundesrat im Zusammenhang mit eidgenössischen Wahlen und Abstimmungen – sollten vom Anfechtungsverbot gemäss Art. 189 Abs. 4 BV ausgenommen werden. Auf welchem Weg? Durch ein Bundesgesetz, gestützt auf Art. 189 Abs. 4 Satz 2 BV, das eine Kontrolle und somit im Abstimmungsfall eine passende und transparente Verpackung gewährleistet: «Wollen Sie die Änderung vom 12. Dezember 202x des Bundesgesetzes über die politischen Rechte (BPR) (Ausnahmsweise Anfechtbarkeit Akte von Bundesversammlung und Bundesrat) annehmen?».

---

7 Erläuterungen des Bundesrates zur Volksabstimmung vom 28.2.2016, 40 ff.

8 Vgl. die gescheiterte Pa. Iv. Grossen vom 16.9.2020 (20.462 «Titel von Gesetzen müssen mit dem Inhalt übereinstimmen»).

9 Der Bundesrat erblickt hingegen gerade in dieser Übernahme eine Gewähr für Sachlichkeit: Antwort des Bundesrates auf die Anfrage Rytz (15.1078 «Formulierung der Abstimmungsfrage beim Referendum zur zweiten Gotthard-Tunnelröhre»).

«… mais une grande influence politique en découle»

Einige Gedanken zur Wünschbarkeit eines Verfassungsgerichts

Regina Kiener[*]

In demokratischen, auf dem Grundsatz der Gewaltenteilung beruhenden Systemen haben sich unabhängige, mit professionellen und juristisch qualifizierten Richterinnen und Richtern besetzte Gerichte als wichtigstes Instrument erwiesen, um Rechtsakte von Regierung, Verwaltung und Parlamenten auf ihre Verfassungsmässigkeit hin zu kontrollieren. Was Alexis de Tocqueville (1805–1859) als Besonderheit der amerikanischen Justiz beschrieb («Ce pouvoir est le seul qui soit particulier au magistrat américain […]»),[1] ist heute ein grundlegendes Merkmal vieler demokratischer Staaten. Die nationalen Systeme der Verfassungsrechtspflege sind indessen sehr unterschiedlich ausgestaltet.[2] Die meisten Staaten verfügen über ein System der konzentrierten Überprüfung durch ein spezialisiertes, von der übrigen Gerichtsbarkeit getrenntes Verfassungsgericht, während die Verfassungskontrolle in anderen Staaten diffus, durch unterschiedliche Gerichtsinstanzen erfolgt. Innerhalb dieser Grundmodelle finden sich auf die abstrakte Normenkontrolle beschränkte Verfahren und Verfahren, in denen zusätzlich (oder alternativ) eine Einzelaktkontrolle mit oder ohne konkrete Normenkontrolle möglich ist.

---

[*] Professorin emerita für Öffentliches Recht an der Universität Zürich.

[1] Alexis de Tocqueville, De la démocratie en Amérique, Chapitre VI. – Du pouvoir judiciaire aux États-Unis et de son action sur la société politique, Bd I Paris 1835.

[2] Vgl. den Verfassungsvergleich der Venedig-Kommission, Revised Report on individual access to constitutional justice, CDL-AD(2021)001, Ziff.18, mit zahlreichen Beispielen. Vgl. auch Tom Ginsburg/Mila Versteeg, Models of Constitutional Review, in: Lee Epstein/Gunnar Grendstad/Urška Šadl/Keren Weinshall (Hrsg.), The Oxford Handbook of Comparative Judicial Behaviour, Oxford 2024, 45 ff.

Der *internationale Menschenrechtsschutz* enthält keine Verpflichtung der Staaten, besondere Verfassungsgerichte schaffen. Diese sind einzig verpflichtet, einen wirksamen innerstaatlichen Rechtsbehelf gegen staatliche Entscheidungen einzurichten, die gegen die im jeweiligen Vertragswerk verankerten Rechte verstossen.[3] Völkerrechtlich verbindliche Standards bestehen nicht, auch nicht bezüglich einer abstrakten oder konkreten Normenkontrolle.[4] Vor diesem Hintergrund wäre die Einführung eines institutionell von der übrigen Gerichtsbarkeit abgehobenen Verfassungsgerichts in der Schweiz rechtlich grundsätzlich möglich, aber keinesfalls zwingend.

Die Schaffung eines eigenständigen Verfassungsgerichts wäre mit weitreichenden *Anpassungen* verbunden, da zahlreiche Verfassungsbestimmungen zu revidieren und anschliessend auf der Ebene eines Spezialgesetzes zu konkretisieren wären. Das im Zusammenhang gegen einen Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit standardmässig angerufene (und dabei sehr unterschiedlich verstandene) «Demokratieprinzip» stünde dem Ansinnen jedenfalls nicht entgegen. Die Teilhaberechte der Stimmberechtigten ergeben sich aus der Verfassungsordnung, wie sie durch Volk und Stände festgelegt wurde,[5] ebenso die Kompetenzverteilung zwischen dem Gesetzgeber und der Justiz. Diese Festlegungen sind auf dem Weg der Verfassungsrevision änderbar; «Ewigkeitsklauseln», die bestimmte Verfassungsnormen oder -prinzipien gegen Veränderungen immunisieren, kennt die Bundesverfassung nicht. Dass im Verhältnis zwischen Gesetzgeber und Justiz nicht zwingend ersterem der Vorrang zukommen muss, zeigt sich im Übrigen auch im Umstand, dass Erlasse der Kantone der umfassenden Verfassungskontrolle durch das Bundesgericht unterstehen (Art. 189 BV).

Im Zentrum der Diskussion steht die Frage nach dem *Mehrwert* eines eigenständigen Verfassungsgerichts. Dass einzig die Mitglieder eines solchen Gerichts zur Verfassungskonkretisierung in der Lage sind, wird niemand behaupten wollen. Auch aus grundrechtlicher Sicht ist das bestehende diffuse System der Verfassungsrechtspflege, welches die Rüge der Verletzung von verfassungsmässigen Rechten vor jeder rechtsanwendenden Behörde ermöglicht, einem konzentrierten System vorzuziehen: Grundrechte müssen in der gesamten Rechtsordnung zur

---

3 Walter Kälin/Jörg Künzli, Universeller Menschenrechtsschutz, 4. Aufl. Basel 2019, N 6.14.

4 Vgl. EGMR [GC], *Roche c. Vereinigtes Königreich* (2005), § 137; EGMR [GC], *Paksas c. Litauen* (2011) § 114; EGMR, *Vallianatos und andere c. Griechenland* (2013), § 94, jeweils betr. Art. 13 EMRK.

5 Statt anderer Pierre Tschannen, Staatsrecht, 5. Aufl. Bern 2021 N 209 ff.

Geltung kommen (Art. 35 Abs. 1 BV). In diffusen Systemen braucht der – langwierige und kostspielige – Rechtsweg nicht ausgeschöpft zu werden, um innert angemessener Frist (Art. 29 Abs. 1 BV) ein Gerichtsurteil zur Verfassungskonformität staatlichen Handelns zu erlangen. Da die Pflicht zur Verfassungsverwirklichung jeder rechtsanwendenden Behörde obliegt, wird zudem die Geltungskraft der Verfassung und der verfassungsmässigen Individualrechte gestärkt. Diese Vorteile gingen bei der Schaffung eines eigenständigen Verfassungsgerichts mit konzentrierter Kontrolle verloren. Würde zugleich die diffuse Kontrolle beibehalten, verlängerte sich das Verfahren, und der Mehrwert eines Verfassungsgerichts wäre nicht mehr auszumachen. Zu einer Verfahrensverlängerung käme es auch bei Aufgabe der diffusen Kontrolle und der kompensatorischen Einführung eines sog. Vorlageverfahrens.

Besonderes Gewicht in der Diskussion um die Einführung eines Verfassungsgerichts hat das Argument der *Politisierung*.[6] Nochmals Alexis de Tocqueville, diesmal vollständig zitiert: «Ce pouvoir est le seul qui soit particulier au magistrat américain, mais une grande influence politique en découle». In der Tat: Die Mitglieder von Verfassungsgerichten kontrollieren nicht nur die Verfassungskonformität von Rechtsanwendungsakten. Sie entscheiden auch über genuin politische Fragen wie die Verfassungsmässigkeit von politischen Vorgängen wie namentlich Volkswahlen und -abstimmungen. Sie beurteilen die Verfassungskonformität von Gesetzen, behandeln Fragen der Gewaltenteilung und der föderalistischen Zuständigkeit, allenfalls auch die Amtsenthebung von Behördemitgliedern. Verfassungsrichterliche Urteile im Rahmen der Normenkontrolle können politische Kompromisse unterlaufen und den politischen Prozess blockieren. Die vielerorts und zunehmend zu beobachtende Tendenz, (Verfassungs-)Gerichte mittels strategischer Prozessführung anzurufen, um politisch umstrittene Fragen einer vollstreckbaren Entscheidung zuzuführen, dürfte sich verstärken.

Aufgrund der grossen politischen Tragweite verfassungsrichterlicher Urteile dürfte darüber hinaus eine Gegebenheit verstärkt zum Tragen kommen, auf die Markus Müller wiederholt hingewiesen hat – die *menschliche Komponente*.[7] Die geringe Zahl der Entscheidungsträger, die an einem Verfassungsgericht wirken und die gleichzeitige Konzentration auf Verfassungsfragen hat unmittelbare

---

6 Vgl. statt vieler Dieter Grimm, Verfassungsgerichtsbarkeit, Frankfurt 2021, insb. 89 ff.; vgl. auch Ran Hirschl, Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism, Harvard University Press 2004.

7 Markus Müller, Psychologie im öffentlichen Verfahren: Eine Annäherung, Bern 2010.

Auswirkungen auf das individuelle Entscheidungsverhalten und auf die institutionelle Dynamik des Justizsystems. Im Vergleich zur ordentlichen Gerichtsbarkeit steigt damit rein quantitativ das Mass, in dem das einzelne Gerichtsmitglied die Rechtsordnung – und dies in fundamentaler Weise – gestalten kann. Das ist problematisch, weil der Zuwachs an politischer Gestaltungskapazität auch auf der individuellen Ebene Verhaltensänderungen auslösen kann, so etwa, wenn das Gefühl der Ermächtigung dazu (ver-)führt, im Rahmen der Verfassungsgerichtsbarkeit eigene Rechtsvorstellungen durchzusetzen.[8] Solche Tendenzen werden zusätzlich verstärkt, wenn die Wahl – wie für Verfassungsgerichte üblich – auf unbestimmte oder aber einmalige, lange Amtsdauer erfolgt, so dass die Mitglieder des Verfassungsgerichts faktisch unabsetzbar sind. Auf der institutionellen Ebene schliesslich dürften die Anreize für die Wahlbehörde – und damit die Politik – primär auf ideologisch nahestehende Personen zu setzen, zunehmen und damit die Tendenz zur Politisierung des Gerichts weiter verstärken. Diese Politisierung zu vermeiden, setzt auf Seiten der Politik ein hohes Verständnis für die richterliche Unabhängigkeit und auf Seiten der Justiz Sensibilität für die funktionellen Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit voraus. Es ist nicht davon auszugehen, dass dies bei allen beteiligten Akteuren der Fall sein würde.

[8] Vgl. Christopher Zorn/Jennifer Barnes Bowie, Ideological Influences on Decision Making in the Federal Judicial Hierarchy: An Empirical Assessment, in: The Journal of Politics 72.4 (2010), 1212–1221.

«Notrecht ist legitim» – oder doch nicht?

Andreas Kley[*]

Markus Müller hat anlässlich der vom Bundesrat «notrechtlich» angeordneten UBS-Credit-Suisse-Zwangsfusion und weiterer Notrechtsaktionen einen Artikel «Notrecht im Rechtsstaat ist legitim» verfasst.[1] «Jeder ‹klugen› Rechtsordnung» sei «eine ‹Notfallklausel› eingeschrieben. Diese soll die Regierung in die Lage versetzen, auf eine akute Bedrohung existenzieller Rechtsgüter rasch und flexibel zu reagieren, selbst wenn hierfür im geltenden Recht keine gesetzliche Grundlage besteht.» Der Autor begründet diese Klausel nun nicht rechtlich, sondern mit empirischen und pragmatischen Überlegungen. Er sieht in einer Krisenlage den Lead bei der Regierung; es bleibe gar nicht viel anderes übrig, als ihr zu vertrauen. Will der Staat «den Menschen ein Leben in Sicherheit und ohne Angst ermöglichen (historisch betrachtet, seine erste Aufgabe), muss er sich für den krassen, unvorhergesehenen ‹Notfall› wappnen». Das Risiko dieser umfassenden Kompetenz anerkennt der Autor: Die Exekutive erhalte «viel und weitgehend unkontrollierte Macht. Die Risiken sind entsprechend hoch.» Markus Müller spricht der schweizerischen Regierung sein Vertrauen aus: «Beruhigend, dort Personen zu wissen, die ihrer Aufgabe gewachsen sind und denen man vertrauen kann.»

So weit, so gut. Es handelt sich nicht um eine staatsrechtliche Abhandlung mit rechtlichen Begründungen, sondern um eine persönliche politische Meinung, gestützt auf empirisch-pragmatische Überlegungen anhand der verschiedenen Notrechtsfälle seit 2020. Es ist nun interessant, eine weitere Meinung zu diesen Fragen beizuziehen, und zwar seitens eines Empirikers, der diese Fragen nicht mit metaphysischen Überlegungen, sondern mittels empirischer, werturteilsfreier Tatsachen untersuchen will.

[*] Prof. Dr. rer. publ., Dr. iur. h.c. (HSG), Rechtsanwalt, Professor an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich.

[1] NZZ vom 9.6.2023, 19.

Hans Kelsen hat sich in seiner «Allgemeinen Staatslehre» auch mit der Frage eines Notrechts beschäftigt und diese aufgrund seines positivistisch-empirischen Ansatzes negativ beurteilt. Er verurteilte die Herleitungen der «Staatsnotrechtler» in seiner Allgemeinen Staatslehre: Man spreche von einem Staatsnotrecht und argumentiere etwa in der Weise: Der Staat müsse «eben leben, und wenn dies auf rechtmässigem Wege unmöglich» sei, seien die höchsten Organe des Staates «verpflichtet alles zu tun, um den Staat zu erhalten. Dabei handelt es sich natürlich nur um ein politisch-naturrechtliches Räsonnement, das sich – wie gewöhnlich – als positives Recht zu geben versucht. Hinter der treuherzigen Versicherung, dass der Staat ‹leben› müsse, verbirgt sich meist nur der rücksichtslose Wille, dass der Staat so leben müsse, wie es diejenigen für richtig halten, die sich der Rechtfertigung eines ‹Staatsnotrechtes› bedienen.»[2] In den Augen von Kelsen ist der Beizug übergeordneter Zwecke und Werte gefährlich, weil er nur schon in der Nennung eines Staatszwecks, etwa das Leben zu schützen, eine Form der von ihm verurteilten Metaphysik sieht.

Kelsen hatte diese Haltung von seinem akademischen Lehrer Georg Jellinek übernommen, der ebenfalls eine rein positivistisch-empirische Staatsrechtslehre betrieb und jede Form von Metaphysik ablehnte. Jellinek spitzte die Kritik an den «Staatsnotrechtlern» noch zu: «Um eklatante Verletzungen der Staatsordnung zu beschönigen, hat man die Kategorie des Staatsnotrechtes angewendet, die doch nur ein anderer Ausdruck für den Satz ist, dass Macht vor Recht geht. Die Tatsachen gewaltsamer Staatsumwälzungen […] lassen sich aber am Massstabe einer Rechtsordnung überhaupt nicht messen, andernfalls man die Geschichte nach Strafrechtsparagraphen beurteilen müsste.»[3] Gesetze könnten die Möglichkeit solcher Vorgänge niemals ausschliessen, und selbst bei einer «entwickelten Rechtsordnung können ‹Verfassungslücken› vorkommen, die gegebenenfalls durch die faktischen Machtverhältnisse ausgefüllt werden». Die Rechtswissenschaft möge «nachhinken und mit Hilfe dialektischer Kunststückchen die vollendete Tatsache als rechtmässig nachweisen, sie vollzieht damit doch nur den Versuch einer Rationalisierung von Fakten […]»[4].

---

2 Hans Kelsen, Allgemeine Staatslehre, Berlin 1925, 157.

3 Georg Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 3. A., Berlin 1914, 359.

4 Jellinek (FN 3), 359.

Der Standpunkt einer konsequent positivistisch-empirischen Rechtstheorie hat den denkerischen Wert, dass er die «Staatsnotrechtler» als inkonsequente Rechtsempiriker entlarvt. Markus Müller könnte demgegenüber Jellinek und Kelsen vorhalten, dass sie die «Geltung» des Rechts auf eine höchst werthaltige Basis legen. Nur ein Recht, das der Staat erfolgreich mit Gewalt durchsetzt, ist für die beiden Meisterpositivisten Recht. Sie huldigen der Autorität eines sich stets durchsetzenden Staats, der, «um Recht zu schaffen, nicht Recht zu haben braucht»[5]. Es fällt ihnen leicht, die Notrechtler mit ihren Kunststückchen zu kritisieren, denn ihr Staat ist allkompetent. Er schlägt zu, wenn immer er will. Alles, was der Staat macht, ist «Recht». Ein Notrecht muss hier nicht herbeibemüht werden.

[5] Carl Schmitt, Politische Theologie, 7. A., Berlin 1996, 19, der Jellinek (FN 3), 362, elegant umformuliert: («Neues Recht entsteht ja nicht nur auf rechtmässigem, sondern auch auf rechtswidrigem Wege»).

Die Psychologie der juristischen Festschrift

Jörg Künzli und Judith Wyttenbach[*]

Eine juristische Festschrift bedient sich zumindest vordergründig juristischer Methodik und erschliesst sich nach juristischem Verständnis. Dabei könnte leicht übersehen werden, dass das Instrument eine *psychologische Komponente* aufweist, die weitaus einflussreicher ist als der Inhalt. Kultursoziologisch und psychologisch betrachtet, sind Festschriften «zeremonielle Notwendigkeiten» zur Beziehungspflege zwischen Geehrten und Ehrenden in der Akademie.[1] Sie sind aber zusätzlich ein wichtiger Bestandteil eines Bündels von Ritualen und eigentlichen Erhöhungszeremonien[2], die dazu dienen, akademische von ‹normalen› Berufen abzuheben. Was wie eine simple und eher zufällige, ja beliebige Sammlung wissenschaftlicher Aufsätze aussieht, erweist sich bei näherem Hinsehen als ein *sozio-emotionales Drama* – in mehreren Akten. Wer bereit ist, diese Erkenntnis innerlich zu akzeptieren, versteht sofort, dass nicht die Wissenschaft im Vordergrund steht (nein, sie ist eigentlich ein Vorwand), sondern vielmehr der *emotionale und relationale Aspekt*.[3]

---

[*] Jörg Künzli ist ein festschriftenermüdeter Professor und Judith Wyttenbach eine festschriftenermattete Professorin an der Universität Bern, die sich vor diesem Beitrag kaum mit den psychologischen Facetten des Rechts und ihres Berufsstandes befasst haben.

[1] Weiterführend Arne Dressler/Marc Hannappel, Eine Hand gibt der anderen. Über Festschriften als akademische Gepflogenheit, Die Hochschule: Journal für Wissenschaft und Bildung 29 (2020) 2, 146 ff., 154 m.w.H.

[2] Neben Festschriften zählen dazu auch akademische Feiertage oder Feierlichkeiten (z.B. der dies academicus), Preis- und Titelverleihungen (Dr. h.c. bis Dr. h.c. ff. resp. mult.), rituelle Gewänder resp. Uniformen (z.B. der Talar universitärer Amtsträger:innen, der sog. Voll- oder Festwichs akademischer Studierendenschaften) oder ein spezifisches Liedgut (z.B. «gaudeamus igitur»). Die Parallelen zu kirchlichen Zeremonien dürften nicht zufällig sein.

[3] Auf die vielfältigen Bezüge der Psychologie zum öffentlichen (Verfahrens-)Recht hat auch der vorliegend Geehrte *nachdrücklich* hingewiesen: Markus Müller, Psychologie im öffentlichen Verfahren. Eine Annäherung, Bern 2010.

Dies zeigt sich bereits in formalen und strukturellen Elementen der Festschrift. Die **Titelsetzung** muss die schwierige Aufgabe meistern, eine Klammer für die oftmals doch sehr heterogenen – um nicht zu sagen: zusammenhanglosen[4] – Beiträge zu bieten. Gleichzeitig tiefgründig, salbungsvoll und weit ist beim Titel also Pflicht: Von «Freiheit und Verantwortung im Recht» (FS Arthur Meier-Hayoz) über «Norm und Wirkung» (FS Wolfgang Wiegand) bis hin zu «Der Mensch als Massstab des Rechts» (FS Regina Kiener); gerne aber auch in Latein, z.B. «In dubio pro libertate» (FS Hans Giger) oder gar Altgriechisch, etwa «Polis und Kosmopolis» (FS Daniel Thürer).[5]

Und so geht es auch innerhalb der Buchdeckel weiter. Das Gefühl der Ergriffenheit angesichts von Person und Lebenswerk der Geehrten breitet sich schon nach der Lektüre der ersten Seiten aus, insbesondere nach dem **Vorwort** der Herausgebenden (oft eine überbordende Lobpreisung, die auf jede Leserin und jeden Leser ironisch oder satirisch wirken muss, die aber natürlich keineswegs so gemeint ist). Auf Seite 3 findet sich nicht selten eine **Fotografie** der Geehrten, bis weit in die 1980er-Jahre dominieren Männerfrisuren mit Seitenscheitel, darunter Hornbrillen, dahinter Augen, die in die Kamera schauen, als blickten sie versonnen und in sich gekehrt (auch ein bisschen verloren) aus dem Fenster … hinaus in die Weite der lebenssinnentleerten Emeritierungszeit.[6] Tatsächlich ist die «dienstbeschliessende Emeritierungsfestschrift» ja auch die Regel (siehe aber sogleich!).[7]

Die Psychologie der **Herausgeber:innen** oszilliert zwischen Selbstaufopferung für das wissenschaftliche Über-Ich, Selbstdarstellungsbedürfnis und Verzweiflung angesichts der schieren Grösse der Aufgabe und der erdrückenden Entscheidungslast. Eine Entscheidung unter vielen (!): Wann ist der richtige Zeitpunkt. Es kann sich nämlich ein Problem ergeben, wenn eine Festschrift zu früh erfolgt, z.B. auf das 60. Altersjahr des oder der Geehrten oder gar zum 50. Geburtstag, das sog. *liber honorarius ante diem* oder *festivus liber praecox* (das Phänomen tritt verein-

---

4 Fritz von Klinggräff, In Paradoxien und Parataxen, taz vom 17.10.2001, 16, nennt dies «ultimatives Beweisstück für akademische Entropie».

5 Angesichts der Pflicht zur Nüchternheit und Ernsthaftigkeit im Umgang mit den Leistungen der Geehrten kommen Ironie und Humor zwar vor, sind aber vermutlich sehr selten («Christian Schwarzenegger – kein Bodybuilder», FS für denselben).

6 Aus dieser Perspektive muss schon die Bezeichnung *Fest*schrift in den Ohren des Geehrten wie ein Hohn tönen.

7 Werner Zillig, Die Festschrift. Ein Roman, Tübingen 2004, 22.

zelt auf: FS Peter V. Kunz; FS Peter Forstmoser; FS Thomas Gächter).[8] Was tun, wenn die Geehrten den nächsten runden Geburtstag oder gar mehrere (doch) erleben? Diese(n) einfach zu ignorieren, könnte von den zu Ehrenden missverstanden werden. Es entsteht starker Zugzwang (später: Erschöpfung). Eine und auch mehrere weitere Festschriften scheinen unter diesen Umständen unumgänglich. Folglich finden wir die Kuriosität der Mehrfachbefestschriftung mit Büchern und Sondernummern von Fachzeitschriften (FS f. Paul Richli; FS f. Hans Giger; FS f. Wolfgang Wiegand). Man beehrt sich auch gegenseitig und gleichzeitig, gewissermassen im Austausch,[9] und die geneigte Leserin fragt sich: (freudscher) ‹Zufall›, festschriftliche Fügung durch freundschaftliche Rührung oder wechselseitige Vergeltung?

Motive und Leiden der **Autor:innen** sind vielfältig, gleichzeitig sind Motive und Leiden aufs Ärgerlichste miteinander verknüpft. Was freundlich, mit dem Anschein der Freiwilligkeit und als vermeintliche Frage verkleidet daherkommt («Möchten Sie *auch* einen Aufsatz zur Festschrift für Kollegin/Kollege XY beisteuern?»), ist natürlich keine, und selbst wenn es eine wäre, gäbe es nur eine Antwort: Abseitsstehen geht nicht,[10] die inneren und äusseren Zwänge sind unüberwindlich und das sofort einsetzende Leiden ist beträchtlich. Zwischen allgemeiner Arbeitsbelastung und Termindruck verstellt der Pendenzenberg den Blick auf eine neue, frische, geniale Idee. Zudem muss versucht werden, Ehrerbietung und Wertschätzung zu vermitteln und gleichzeitig den eigenen wissenschaftlichen Beitrag irgendwie – egal wie![11] – in Bezug zum überragenden Werk der Geehrten zu bringen. Die Autor:innen stehen dabei vor der festschriftenpsychologisch spannenden Wahl, beim Verfassen des eigenen Beitrags entweder die eigenen Gefühle abzuspalten, weil sie sich so *aversiv anfühlen*, und/oder sie nutzen die (vermeintliche) Gelegenheit, die eigene Position zu erhöhen. Die bei den Autor:innen ausgelösten Widerstände erscheinen eigentlich als *gesunde und adaptive Emotionen*, die den Autor:innen auf ihrem Weg zur Selbstfindung gute,

---

8 Eine geradezu «inflationäre Entwicklung», so Jörg Seiler, Sammelsurium statt Innovation? Eine Apologie für Festschriften und Sammelbände, in: Kathrin Ruhl et al. (Hrsg.), Publizieren während der Promotion, Wiesbaden 2010, 89 ff., 92.

9 Anton K. Schnyder (Hrsg.), Alfred Koller, Ausgewählte Schriften, Zürich 2013; Alfred Koller (Hrsg.), Anton K. Schnyder, Ausgewählte Schriften, Zürich 2013. Aus dem Gleichgewicht ist einzig der Preis (rund + 10 Franken für FS Alfred Koller).

10 Je «höher die Reputation des/der Geehrten», desto weniger könne man sich entziehen, betont Jörg Seiler, a.a.O., 93.

11 Psychologisch betrachtet könnte man von *Apophänie* sprechen; es werden Verbindungen gesehen und konstruiert, wo gar keine sind; siehe auch oben FN 4.

ja: wichtige Informationen geben können. Die geringe Motivation zur Niederschrift (oder zum Enhance-Recycling) steht jedenfalls umgekehrt proportional zur misstrauischen Neugier, mit welcher nach dem Erscheinen des Bandes minutiös die hierarchische Einordnung des eigenen Beitrags im Werk kontrolliert wird, unter Inkaufnahme seelischer Verletzung bzw. Kränkung (im letzten Teil, unter Sammelsurium).

Die Festschrift – oder gerne, aber nicht immer zutreffend,[12] das *liber amicorum* – bedient bei den **Geehrten** klarerweise das (uneingestandene) Bedürfnis nach Selbstwerterhöhung, Zugehörigkeit und Anerkennung. Psychologisch ebenfalls höchst interessant ist,[13] dass sich oftmals jene Personen am meisten über die eigene Festschrift freuen, die vorgängig am lautesten gegen das Festschriftenwesen und den damit verbundenen Aufwand (für die Festschriften Anderer) gewütet haben: Die eigene Ehrung heilt diese wütenden Seelen augenblicklich – *sofern* die Festschrift formal genügend gross gerät und alle ‹wichtigen› Kolleg:innen unter Einschluss der heimlichen Feind:innen huldigend beigetragen haben. Ein schmales Büchlein ist schlimmer als keine Festschrift. Die Festschrift als narzisstisches Spiegelbild, sozusagen. Unter den künftig zu Ehrenden gibt es aber auch die tatsächlich ernsthaft Widerborstigen, die jene Emotionen abwehren, ja verdrängen, die mit der Ehrung aufkommen könnten, z.B. heftige Rührung, Gefühle der Zugehörigkeit oder der erzwungenen Dankbarkeit. So soll in den 1990er-Jahren an der Universität Freiburg im Breisgau ein «Verein zur Verhinderung von Festschriften» gegründet worden sein. Vereinszweck: Obstruktion gegen Festschriften zu Ehren der Vereinsmitglieder.[14]

Der Kreis der **Lesenden** ist im Wesentlichen deckungsgleich mit demjenigen der eben geschilderten Personen. Warum? Die Hürden für die nach juristischem Erkenntnisgewinn aus einer Festschrift Trachtenden sind hoch: Kleine für den Verkauf bestimmte Auflage (ein grosser Teil der Auflage geht an die Autor:innen), entsprechend (prohibitiv) hoher Preis, Form des Sammelbandes (Ausnahme: die

---

12 «Festschriften sind obszöne Veranstaltungen. Da wird einer zur Festsau erklärt, um ihn anschliessend am Spiess zu braten», so Fritz von Klinggräff, a.a.O., 16.

13 Ein möglicher Erklärungsansatz unter vielen: Personen mit labilem Selbstwert und Versagensängsten können das Verfassen einer Festschrift für Kolleg:innen als bedrohlich erleben, während das Erhalten einer eigenen Festschrift den fragilen Selbstwert wiederum (kurzfristig) stabilisiert.

14 Bernhard Pörksen et al., Kleine Apologie der Festschrift, in: Bernhard Pörksen et al. (Hrsg.), Paradoxien des Journalismus. Theorie – Empirie – Praxis. FS Siegfried Weischenberg, Wiesbaden 2008, 13. Vermutlich entkamen aber auch diese Personen der Befestschriftung letztlich nicht.

weniger prestigeträchtige Form der Zeitschriftensondernummer-Festschrift), disparate Beiträge (siehe oben!) und meist fehlende digitale Zugänglichkeit und damit notwendiger Gang in eine Bibliothek. Wer bleibt damit übrig? Die Autor:innen, die sich nur peripher für das Werk interessieren (allenfalls für den eigenen Beitrag und vielleicht diejenigen der Konkurrent:innen), und primär die geehrte Person. Diese erlebt meist kurz nach der Publikation eine Metamorphose: Sie stand beim Akt der *Übergabe* der Festschrift, die meist mit der Emeritierung zusammenfällt (die Festschriftenübergabe als *rite de passage* oder als akademischer *rite de séparation*?), im Zentrum der Aufmerksamkeit und konnte sich darüber freuen, für einmal nicht Autorin oder Autor eines Festschriftenbeitrags zu sein. Vielmehr durfte sie sich still vorstellen, wie andere an dieser Aufgabe gelitten haben. Die Freude ist kurz. Denn bald wendet sich das Blatt unerbittlich. Von der geehrten Person wird nämlich nicht nur erwartet, dass sie alle Beiträge integral liest, sondern auch, dass sie den Autor:innen ein möglichst gehaltvolles, wertschätzendes Feedback gibt. Die geehrte Person wird so zur Autorin bzw. zum Autor zahlreicher Kurzbeiträge, die kaum das Licht der wissenschaftlichen Öffentlichkeit erblicken werden, und dies in Themenfeldern, die kaum alle den genuinen Interessen der derart Verpflichteten entsprechen. Ein veritabler Absturz!

***

PS: Die Autorin und der Autor dieser Zeilen sind sich bewusst, dass ihre Motivation, sich gerade in einer Festschrift mit einem gewissen Sarkasmus über psychologische Aspekte des Festschriftenwesens zu äussern, berechtigterweise Raum für allenfalls wenig schmeichelhafte psychologische (Sekundär)-Deutungen[15] ihres Verhaltens öffnet.

[15] Etwa unsicher-vermeidender Bindungsstil gegenüber der Wissenschafts-Community?

Gedankensplitter zum Rechtsstaat Schweiz

Peter V. Kunz[*]

1. Pragmatische Behörden

Die Schweiz ist bekanntlich, so heisst es, ein *Land der Traditionen*. Als wohl langlebigste Tradition erweist sich das immer wiederkehrende «Hochleben-lassen» des *Rechtsstaats Schweiz*. Vor allem jeweils am 1. August. Insbesondere durch Politiker. Im Übrigen sehen wir es, wenn wir ehrlich sein wollen, *etwas lockerer*. Denn wen interessiert wirklich der «Rechtsstaat»: ein viel zu abstraktes Konzept für Viele – *viel* interessanter (und «lustiger») sind doch die Katzenvideos auf TikTok oder das turbulente Liebesleben der «Bachelorette».

Nicht zuletzt einige *Bundesbehörden* scheinen es *etwas lockerer* zu nehmen, wenn es um den Rechtsstaat Schweiz geht. Zwar umschreibt die Bundesverfassung relativ klar beispielsweise das *Notrecht* oder die *Grundrechte*. Doch ganz so ernst wollen wir es wohl doch nicht nehmen; beim Legalitätsprinzip, einem rechtsstaatlichen Grundelement, wird das Notventil – die polizeiliche Generalklausel (Art. 36 Abs. 1 Satz 3 BV) – sogar explizit vorbehalten.

Die *Legalität* der behördlichen Tätigkeiten wird immer wieder betont, fast gebetsmühlenartig. Die «Argumente» erscheinen indes teils bloss pro forma oder vorgeschoben. Sie gipfeln im bedauernswerten *Höhepunkt politischer Gefälligkeit*: in Rechtsgutachten von Bundesämtern (nicht zuletzt des BJ). Immer wieder haben solche «Gutachten» weniger mit dem Recht zu tun als vielmehr mit der Willfährigkeit von Beamten gegenüber den politischen Vorgaben ihrer vorgesetzten Stellen. Diese Bundesämter sehen es beim Rechtsstaat *etwas lockerer*.

[*] Prof. Dr. iur. Peter V. Kunz, Rechtsanwalt, LL.M. Ordinarius für Wirtschaftsrecht und Rechtsvergleichung, Universität Bern.

2. «L'état de droit en Suisse n'existe pas»? Mais non!

Der Rechtsstaat ist niemals simpel und sicher. Ob ein Staat reüssiert oder nicht, zeigt sich nicht am «1. August», sondern in der *gelebten Wirklichkeit*. Der Weg zum heutigen Status quo der Schweiz war seit dem 19. Jahrhundert mühsam und schwierig. Daher sollten wir alle – sowie unsere Behörden und Politiker – dem Erreichten künftig *besser Sorge tragen*.

Vor mehr als 30 Jahren lautete ein Motto der Expo 92 in Sevilla: «La Suisse n'existe pas» – das war natürlich Blödsinn (indes perfekte Provokation – Chapeau!). Insofern sollte der Rechtsstaat Schweiz *nicht grundlegend negiert* werden: «L'état de droit en Suisse n'existe pas»? Mais non. Zugegebenermassen nehmen es in der Schweiz die Behörden sowie die Politiker und selbst die Medien *etwas lockerer*, wenn es um *Krisen* geht (die teils emotional nicht bewältigte COVID-19-Epidemie brauchen wir nicht einmal zu erwähnen).

Tatsächlich wird die schweizerische Rechtsstaatlichkeit im Hinblick auf *Wirtschaftskrisen* gerne *etwas lockerer* gehandhabt. Dies trifft immer wieder in der Vergangenheit – und vermutlich ebenso in der Zukunft – auf die *Grossbanken* zu: die Rettung der UBS (2007/2008), die illegalen Auslieferungen von Bankkundendaten der UBS in die USA (2009), die staatlich orchestrierte Zwangsfusion zwischen der UBS und der Credit Suisse (CS; 2023).

3. Fusion von UBS/CS: Ein Menetekel für den Rechtsstaat Schweiz

Betreffend die *Zwangsfusion UBS/CS* kann der letzten verbliebenen Grossbank in der Schweiz kein (rechtlicher) Vorwurf gemacht werden. Denn sie hat in der marktwirtschaftlichen Logik schlicht opportunistisch die Möglichkeit für einen guten «Deal» wahrgenommen. Es muss allerdings ein Total- oder zumindest *Teilversagen der Behörden* konstatiert werden, lange schon vor der Fusion. Die Finanzmarktaufsichtsbehörde, die Schweizerische Nationalbank und der Bundesrat haben ihre Jobs schlicht nicht gut gemacht.

Zu einem Rechtsstaat gehört natürlich zwangsläufig, dass die Behörden *auf Augenhöhe* mit den Privaten – etwa mit den Grossbanken – verkehren (können). Insofern müssen die politischen Verantwortungsträger die Behörden entsprechend *«munitionieren»*. Vor diesem Hintergrund erweist sich der behördliche «Aussetzer» beim UBS/CS-«Deal» schlussendlich als ein *Versagen des Bundesparlaments* – wenig überraschend versucht die PUK diese Verantwortlichkeiten mit dem Motto «Ende gut, alles gut» zu verdecken.

Es beim Rechtsstaat Schweiz *etwas lockerer* zu nehmen, ist niemals gut oder akzeptabel. Im Jahr 2023 wurde das schweizerische (Wirtschafts-)Recht – insbesondere das Aktienrecht, das Umstrukturierungsrecht sowie das Kartellrecht – in weiten Teilen ignoriert. Ein vergessenes *Opfer des «Deals»* ist somit der *«Rechtsstaat Schweiz»*. Unbesehen dessen kann (und soll) die Schweiz selbstverständlich nicht auf eine Stufe mit ausländischen Unrechtsstaaten gestellt werden. Immerhin täte uns *etwas weniger Selbstgerechtigkeit* gut.

4. Markus als Professor

Die *Universitäten* und die *Professoren* befinden sich in weiten Teilen der Welt unter politischem Druck – das Jahr 2025 mit der *US-Administration Trump 2.0* ist nicht das einzige, sondern nur das auffälligste Beispiel für diese Herausforderungen. Professoren mit abweichenden (und lauten) Stimmen werden meist nicht geschätzt – übrigens auch nicht in der Schweiz, bloss werden wir hier anders «sanktioniert».

Seit langer Zeit ist Prof. Markus Müller bekannt, eine *abweichende und laute Stimme* zu sein, die nicht immer auf Wohlwollen traf (oder trifft); dies war etwa bei den «Oberen» der Universität Bern der Fall, und zwar im Zusammenhang mit dem sog. *Zürcher Appell*, bei dem er zu den 27 Erstunterzeichnern gehörte. Markus hatte immer den Mut, zu sagen oder zu schreiben, was *für ihn richtig* war. Selbst, wenn es sich nicht als populär erwies.

Die grossen *akademischen Verdienste* von Markus zu würdigen, steht einem Wirtschaftsrechtler sicherlich nicht zu. Immerhin kann ich festhalten, dass ich zahlreiche seiner *Publikationen* mit grossem Gewinn nicht bloss gelesen, sondern ebenfalls in eigenen Veröffentlichungen verwendet und zitiert habe – nicht allein zum Verwaltungsrecht, sondern beispielsweise auch zur *Verhältnismässigkeit* oder zur *Religion*.

Wir beide übten während vieler Jahre einen *meinungsstarken Einfluss* auf unsere Fakultät aus. Einige Kolleginnen und Kollegen dürfte uns gelegentlich als «grosse Schnurris» betrachtet haben, äusserten wir beide uns doch im Regelfall *laut und deutlich* – das schätzte ich im Übrigen sehr an Markus. Und wenig bescheiden behaupte ich: Wenn Markus und ich eine *gemeinsame Meinung* geäussert haben, ist im Regelfall die *RW-Fakultät «gefolgt»*.

5. Markus als Freund

Markus und ich kennen uns *seit 20 Jahren*. Ich betrachte uns als *Freunde*; zwar stehen wir uns – familiär bedingt – heutzutage etwas weniger nahe als früher, doch zwischen uns «stimmt» es nach wie vor. Im Jahr 2014 war er *«mein» Dekan*, d.h. ich durfte ihn als Vizedekan unterstützen. Wir waren (und sind) sicherlich nicht immer derselben Meinung, doch dies mindert *meinen höchsten Respekt* für seine mutigen Überzeugungen in keiner Weise.

Zu verschiedenen Themen vertraten wir unterschiedliche rechtliche Ansichten. Als bekanntestes Beispiel bleibt mir die *Bernisches Kraftwerke Gruppe* (BKW) in bester Erinnerung. Markus verfasste im Jahr 2021 ein Rechtsgutachten für die Geschäftsprüfungskommission des Bernischen Grossen Rats, ich für den Regierungsrat des Kantons Bern – bei aller Freundschaft möchte ich festhalten: Markus ist *kein Aktienrechtler*!

Markus weiss, dass er gut ist, d.h. es gilt keine falsche Bescheidenheit vorzugaukeln. Aber was ich ihm hoch anrechne, ist, dass er die *Leistungen von Dritten* anerkennen und sogar loben kann (vermutlich selbst für den Fall, dass er materiell nicht gleicher Meinung ist). In den letzten Jahren habe ich zahlreiche *Interviews* gegeben, und *Porträts* wurden verfasst – das einzige Fakultätsmitglied, das sich regelmässig bei mir gemeldet hat, war Markus.

Markus Müller wird nun in absehbarer Zukunft die Universität Bern und unsere Fakultät verlassen, leider. Ich werde ihn tatsächlich *stark vermissen*: als klugen, pointierten, direkten und trotzdem einfühlsamen Gesprächspartner. Es würde mich freuen, wenn wir *künftige Kontakte aufrechterhalten* könnten, wenn die «Papi-Pflichten» dies zulassen. In jedem Fall wünsche ich Deiner Familie und Dir, lieber Markus, als *Emeritus* in Zukunft nur das Beste.

Merci und Gruss PVK

Die anonyme Gesuchstellerin im Verfahren nach dem Öffentlichkeitsprinzip

Pandora Kunz-Notter[*]

Gestützt auf das Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung vom 17. Dezember 2004 (SR 152.3) hat *jedermann* Anspruch auf Zugang zu *amtlichen Dokumenten*. Ein Gesuch um Zugang zu amtlichen Dokumenten wird von den betreffenden Behörden grundsätzlich ohne Überprüfung der Identität der Gesuchstellerin entgegengenommen.[1] Das Recht auf Zugang steht sämtlichen natürlichen und juristischen Personen zu – unabhängig von Nationalität, Alter oder (Wohn-)Sitz[2] – und setzt kein besonderes Interesse voraus. Das Gesuch kann demnach unbegründet und formlos gestellt werden, muss indessen hinreichend genau formuliert sein (Art. 7 Abs. 2 VBGÖ[3]).

Als ein *amtliches Dokument* gilt grundsätzlich jede Information, die auf einem beliebigen Informationsträger aufgezeichnet ist, sich im Besitz einer Behörde befindet, von der sie stammt oder der *sie mitgeteilt worden ist*; und die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe betrifft (Art. 5 BGÖ). Amtliche Dokumente können dabei *Informationen von Dritten* enthalten, die nicht oder nur eingeschränkt offengelegt werden können. So dürfen Berufs-, Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnisse von Dritten nicht offengelegt werden (Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ). Ebenso wenig Informationen, deren Offenlegung die Privatsphäre Dritter beeinträchtigten könnte (Art. 7 Abs. 2 BGÖ). Zudem ist jederzeit der Schutz von Personendaten oder von Daten juristischer Personen zu berücksichtigen (Art. 9 BGÖ).

---

* Dr. iur., Rechtsanwältin in Bern.

1 Botschaft zum Bundesgesetz über die Öffentlichkeit der Verwaltung vom 12. Februar 2003, BBl 2003, 1963 ff. (zit. Botschaft BGÖ), 2019.

2 Botschaft BGÖ, 2001, 2019.

3 Verordnung vom 24. Mai 2006 über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsverordnung, VBGÖ, SR 152.31).

Von einem Gesuch um Zugang zu amtlichen Dokumenten können entsprechend *Dritte betroffen* sein. Die betroffenen Dritten werden in einem Verfahren nach dem Öffentlichkeitsprinzip angehört. Betroffene Unternehmen werden beispielsweise aufgefordert, ihre Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisse in Dokumenten zu kennzeichnen.[4] Dabei wird den betroffenen Dritten praxisgemäss die Identität der Gesuchstellerin *nicht bekanntgegeben*. Die Praxis stützt sich dabei auf drei Lehrmeinungen, welche von einer *Anonymität der Gesuchstellerin* im Verfahren nach dem Öffentlichkeitsprinzip ausgehen.[5]

Bei Uneinigkeit zwischen der Gesuchstellerin und dem betroffenen Dritten betreffend die Zugangsgewährung zu einem amtlichen Dokument ist ein *Schlichtungsverfahren* durchzuführen (Art. 13 BGÖ). Ziel des Schlichtungsverfahrens ist die Herbeiführung einer Einigung zwischen den Parteien.[6] Die Gestaltung des Vermittlungsverfahrens obliegt dabei dem Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (EDÖB). In der Praxis werden die Gesuchstellerin und die betroffene Drittperson im Schlichtungsverfahren *getrennt angehört*, damit die Anonymität der Gesuchstellerin gewahrt werden kann.[7] Erst in einem allfälligen Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht ist die Identität der Gesuchstellerin unter Umständen bekannt zu geben.

---

4 BJ/EDÖB, Umsetzung des Öffentlichkeitsprinzips in der Bundesverwaltung: Häufig gestellte Fragen, 2013, 30.

5 Alexandre Flückiger, Kommentar zu Art. 11, in: Stephan Brunner/Luzius Mäder (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, Öffentlichkeitsgesetz, Bern 2008, Art. 11 N 17 (zit. SHK BGÖ); mit Verweis auf SHK BGÖ, Christine Guy-Ecabert, Art. 13 N 14 und 47; Jürg Schneider/Florian Roth, Kommentar zu Art. 11, in: Gabor Blechta/David Vasella (Hrsg.), Basler Kommentar Datenschutzgesetz Öffentlichkeitsgesetz, 4. Auflage, Basel 2024, Art. 11 N 10 (zit. BSK BGÖ), mit Verweis auf die Botschaft BGÖ, 2001 ff., 2019; BSK BGÖ, Jürg Schneider/Florian Roth, Art. 10 N 15 sowie BSK BGÖ, Jürg Schneider/Florian Roth, Art. 10 N 38 bzgl. der fehlenden Abwägung zwischen den Interessen der Gesuchstellerin und jenen der betroffenen Person; SHK BGÖ, Isabelle Häner, Art. 10 N 31, mit Verweis auf SHK BGÖ, Pascal Mahon/Olivier Gonin, Art. 6 N 23.

6 BSK BGÖ, Jürg Schneider/Florian Roth, Art. 13 N 1.

7 BSK BGÖ, Jürg Schneider/Florian Roth, Art. 13 N 17.

In der Praxis wird also grundsätzlich die Anonymität der Gesuchstellerin im erstinstanzlichen Verfahren nach dem Öffentlichkeitsprinzip gewahrt, ausser die Gesuchstellerin stimmt ausdrücklich einer Offenlegung der Identität gegenüber dem betroffenen Dritten zu. Ich plädiere an dieser Stelle ausdrücklich an die Gesuchstellerinnen, die um Zugang zu amtlichen Dokumenten mit Informationen von Dritten ersuchen, ihre Identität oder zumindest die Angaben eines Vertreters dem betroffenen Dritten transparent bekanntzugeben.

Zum einen erachte ich es als zielführend und im Sinne des Gesetzes, welches eine Einigungslösung zwischen den Parteien bezweckt, dass sich die Gesuchstellerin und der betroffene Dritte auch tatsächlich einvernehmlich austauschen können. Denn ohne direkten Austausch ist das Finden einer Einigungslösung praxisgemäss schwierig. Zum anderen erachte ich es als fraglich, inwiefern die Anonymitätswahrung der Gesuchstellerin in einem Verfahren nach dem Öffentlichkeitsprinzip in jedem Fall eine notwendige Massnahme sein soll. Weder im BGÖ noch in der VBGÖ ist ausdrücklich vorgesehen, dass die Identität der Gesuchstellerin den betroffenen Dritten nicht bekannt zu geben ist. Auch die Botschaft zum BGÖ enthält keinen Passus, in dem die Anonymitätswahrung ausdrücklich vorgesehen ist; die Nichtbekanntgabe der Identität ist nicht gesetzlich vorgesehen. Vielmehr hat wohl eine betroffene Drittperson ein Interesse daran, zu wissen, wer um Einsicht in ihre Informationen ersucht (auch im Hinblick auf eine allfällige Verletzung von Persönlichkeitsrechten). Unter Umständen kann die Bekanntgabe der Identität oder einer Kontaktperson der Gesuchstellerin zumindest im Rahmen des Schlichtungsverfahrens eine mildere Massnahme als die Wahrung der Anonymität der Gesuchstellerin darstellen.

Falls die Praxis aber weiterhin an der Anonymität der Gesuchstellerin im erstinstanzlichen Verfahren festhalten sollte, wäre meines Erachtens in der Regel auf die Durchführung einer Schlichtungsverhandlung zwischen einer Gesuchstellerin und einem betroffenen Dritten zu verzichten. Denn eine getrennte Anhörung der beiden Parteien erachte ich als umständlich und wenig zielführend.

Über vorweihnachtliche Unverhältnismässigkeit und andere Meinungen

Selma Kuratle[*]

Markus Müller meinte einmal zu mir: «Ich bi gärn zäme allei».[1] Er hat sich im November 2023 denn auch dezidiert für die Versammlungsfreiheit, bzw. gegen das damals von der Stadt Bern (wohl auf Anraten von Regierungsrat Philippe Müller)[2] verhängte Demonstrationsverbot vom 17. November 2023 bis 24. Dezember 2023 ausgesprochen.[3] Damals teilte der Berner Gemeinderat mit Medienmitteilung mit, dass Grosskundgebungen oder Umzüge in der Innenstadt nicht mehr bewilligt werden können.[4] Als Begründung wurde sehr kurz auf die starke Nutzung (flächenmässig überwiegend durch Weihnachtsmärkte) und auf sicherheitsrelevante Überlegungen (Besuch von Präsident Emanuel Macron, welcher jedoch ironischerweise bereits vor Beginn des Demonstrationsverbots stattfand[5]) hingewiesen.[6]

---

[*] MLaw, Rechtsanwältin, wissenschaftliche Assistentin und Doktorandin am Institut für Strafrecht und Kriminologie an der Universität Bern.

1 Wohl kein wörtliches Zitat und wann dies war, ist für Schreibende nicht mehr vollends eruierbar.

2 Bernhard Ott, Palästina-Demos in Bern: Sicherheitsdirektor Müller ruft zu Demoverzicht auf, Der Bund vom 8.11.2023, Internet: ‹https://www.derbund.ch/palaestina-demos-in-bern-sicherheitsdirektor-mueller-ruft-zu-demoverzicht-auf-422068231362› (Abruf 22.4.2025).

3 Michael Bucher, Demo-Verbot in Bern: Staatsrechtler spricht von «Verstoss gegen Verfassung», Der Bund vom 8.11.2023, Internet: ‹https://www.derbund.ch/demo-verbot-in-bern-staatsrechtler-spricht-von-verstoss-gegen-verfassung-342693383255› (Abruf 22.4.2025); Markus Müller, Sind die von Schweizer Städten verhängten pauschalen Demonstrationsverbote zulässig?, Plädoyer 06/2023, 13.

4 Internet: ‹https://www.bern.ch/mediencenter/medienmitteilungen/aktuell_ptk/regeln-fuer-kundgebungen-ab-mitte-november› (Abruf 22.4.2025).

5 Internet: ‹https://www.news.admin.ch/de/nsb?id=98528› (Abruf, 22.4.2025).

6 Ibid.

Die Regierungsstatthalterin kam nun Ende 2024 zum Schluss, dass die Einschränkung verhältnismässig gewesen sei, da ein öffentliches Interesse daran bestanden habe, die Ressourcen der Kantonspolizei aufgrund zahlreicher Ereignisse in der Innenstadt nicht noch mehr zu beanspruchen. Es sei überdies ja kein gänzliches Demonstrationsverbot erlassen worden.[7]

Diese Einschätzung der Regierungsstatthalterin ist falsch und dies aus mehreren, unter anderem bereits von Markus Müller[8] aufgebrachten Gründen:[9]

1. Es handelte sich – entgegen der Auffassung der Regierungsstatthalterin – um ein gänzliches, mithin ein pauschales Demonstrationsverbot. Immerhin teilte der Berner Gemeinderat mit, dass *keine* Bewilligungen für Grosskundgebungen und Umzüge in der Innenstadt erteilt werden können. Eine Einzelfallprüfung wurde in der Medienmitteilung der Stadt nicht erwähnt. Es war also auch für eine aufmerksame Leserin nicht ersichtlich, dass eine Grosskundgebung noch hätte bewilligt werden können. Dies barg überdies die Gefahr eines *chilling effects,* zumal in der Medienmitteilung und in der darauffolgenden medialen Berichterstattung teils von Verbot, teils von «vorübergehenden Einschränkungen»[10] gesprochen wurde. Tatsächlich musste man aber davon ausgehen, dass Grosskundgebungen und Umzüge nicht bewilligt würden und daher ein pauschales Verbot vorlag.
2. Aufgrund dieses pauschalen Verbots war die Verhältnismässigkeit nicht gegeben, denn: Pauschalität schliesst Verhältnismässigkeit aus. Wie Markus Müller zu Recht aufführte, müssen die Verhältnisse geklärt werden, damit Verhältnismässigkeit bei einem Gesuch um Bewilligung überhaupt angenommen werden kann.[11] Werden diese nicht im Einzelfall abgeklärt oder wird bereits vorab pauschal davon ausgegangen, dass keine Bewilligung erteilt werden kann, ist dies aufgrund mangelnder Prüfung per se unverhältnismässig.

---

7 Internet: https://www.derbund.ch/stadt-bern-voruebergehendes-demoverbot-wargerechtfertigt-793236759574 (Abruf 22.4.2025).

8 Zit. Müller, Plädoyer, 13; Bucher, a.a.O.

9 Als weiterer und eigentlich offensichtlichster Grund kann bereits Art. 19 Abs. 2 der bernischen Kantonsverfassung aufgeführt werden, der explizit eine Verhältnismässigkeitsprüfung im Einzelfall vorsieht.

10 Sinnbildlich: Internet: ‹https://www.nzz.ch/schweiz/zitat-reto-nause-ld.1765137› (Abruf 22.4.2025).

11 Zit. Müller, Plädoyer, 13.

3. Somit ist klar, dass ein Demonstrations- resp. ein Bewilligungsgesuch immer im Einzelfall geprüft werden muss; ein genereller Ausschluss mit Begründung auf eine hohe Kadenz an Veranstaltungen im öffentlichen Raum genügt nicht. Das damals ausgesprochene Demonstrationsverbot war mithin unverhältnismässig und nicht gerechtfertigt.

Was hat dies nun mit dem Mensch im Staat und mit Markus Müller zu tun? Zweiteres ist wohl unschwer erkennbar, immerhin wurde hier – hoffentlich – die Meinung von Markus Müller wiedergeben. Ersteres ergibt sich aus mehreren Überlegungen: Demonstrieren ist ein Grundrecht. Demonstrieren stärkt nicht nur die kollektive Meinungsbildung oder die Kundgabe eigener oder kollektiver Meinungen. Demonstrieren stärkt die Demokratie.[12] Demonstrieren tut man nie allein.[13] Eine Demonstration hätte denn auch nie die gleiche Wirkung, wenn man alleine wäre, denn die Appellfunktion ist nur gegeben, wenn mehrere Personen den öffentlichen Grund in Anspruch nehmen.[14] Man ist alleine in seiner individuellen Haltung, aus seinen eigenen persönlichen Gründen; man ist aber auch zusammen in der kollektiven Aktion, gemeinsam präsent. An einer Demonstration ist man «zäme allei».

---

12 Maya Hertig, Kommentar zu Art. 22 N 1, in: Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney, Bundesverfassung, Basler Kommentar, 1. Auflage, Basel 2015 (zit. BSK BV-Verfasserin, Art. 22 N 1).

13 BSK BV-Hertig, Art. 22 N 3.

14 Giovanni Biaggini, Kommentar zu Art. 22 N 5, in: Biaggini, BV Kommentar, 2. Auflage, Zürich 2017.

«Mein Reich ist nicht von dieser Welt» – können Nicht-Christen diesen Satz verstehen?

Und was folgt daraus für das Recht?

Joachim Lege[*]

Heute ist Heiligabend – Zeit also, Geschichten zu erzählen, etwa die vom Rotkehlchen, das seine rote Brust bekam, weil es in dem kalten Stall, in dem Jesus Christus geboren wurde, mit seinem Flügelschlagen das Feuer am Erlöschen hinderte – und dem Feuer dabei zu nahe kam. Oder vom Ochs und vom Esel, die ja deshalb an der Krippe stehen, in der das Baby Jesus liegt, weil sie, wie der Prophet Jesaias gesagt hat, ihren wahren Herrn und Gott erkennen – anders als die Menschen.

Ich will heute erzählen, wie die Geschichte weitergeht, in der Bibel und danach in der ganzen Welt, bis zum heutigen Tag. Und weil dies eine lange Geschichte ist, will ich mich auf einen einzigen Satz konzentrieren. In ihm steckt für mich das ganze Christentum – so sehr, dass ich nicht einmal an Gott glauben muss, um ein Christ zu sein. Der Satz lautet: «Mein Reich ist nicht von dieser Welt.» Baby Jesus spricht ihn, mittlerweile um die 30 Jahre alt, und er steht dabei vor Gericht. Genauer: vor einem Römer, der an diesem Tag keinen besonders angenehmen Job hat. Die Römer sind nämlich die grosse Kolonialmacht der damaligen Zeit, sie herrschen über das Land, in dem Jesus lebt, sie überlassen dem dort lebenden Volk aber eine Art Selbstverwaltung unter ihrer Aufsicht, das Volk hat sogar einen König (und die Römer, eins darüber, den Kaiser). Das Volk (und sein König) hat aber nicht das Recht, die Todesstrafe zu verhängen, das dürfen nur die Römer – immerhin darf das Volk ihnen Leute vorführen, die sie getötet haben wollen. Das ist die Situation, in der Jesus vor Pilatus steht (so heisst der Gouverneur). Pilatus soll veranlassen, dass Jesus hingerichtet wird.

[*] Prof. Dr. Joachim Lege, emeritierter Ordinarius für Öffentliches Recht, Verfassungsgeschichte, Rechts- und Staatsphilosophie, Universität Greifswald.

Aber Pilatus will dann doch wissen, was das Volk diesem Jesus vorwirft. Das ist auf den ersten Blick ganz einfach: Jesus habe behauptet, er sei ihr wahrer König, und das sei er eben nicht. Sondern ein Aufrührer, ein Umstürzler. Auf den zweiten Blick wird es komplizierter, und dazu müssen wir kurz zurückblicken auf den Stall, in dem Jesus geboren wurde, als Kind armer Leute, die sich kein Hotel leisten konnten. Und dann staunend hören: Dennoch bezeichnet sich Jesus als Sohn Gottes – wohl gemerkt: nicht irgendeines Gottes, sondern des einen und einzigen Gottes, neben dem es andere Götter nicht gibt (sein Volk glaubt das ganz fest). Mehr noch: Er ist nicht etwa nur ein Halbgott, wie es sie bei den Römern und Griechen haufenweise gibt (ebenso wie Götter und Göttinnen, die gelegentlich eben auch mit Menschen Sex haben), am bekanntesten sind Achill und Herkules. Sondern Jesus ist beides: sowohl wahrer Mensch als auch wahrer Gott. Sagt er. Und deshalb eben auch der wahre König seines Volkes mitsamt dessen Marionettenkönig.

Je nu, wird sich Pontius Pilatus gedacht haben, ist das schon alles? Hat dieser Jesus denn wenigstens ein paar gewaltbereite Anhänger hinter sich? Nein, hat er nicht, er macht einen auf Gandhi, predigt Frieden, man soll sogar seine Feinde lieben und mit den Armen wirklich solidarisch sein. Er hat deshalb auch eine Menge Anhänger, gerade unter den armen Leuten, aber die sind wirklich nicht gewalttätig, sondern eine Art Amish-People, die nicht einmal Strassen blockieren. Wo ist das Problem?

Das Problem ist offenbar, dass die herrschende Klasse des Volkes sich bisher nicht nur auf politische und wirtschaftliche Macht gestützt hat (und beides von Römers Gnaden), sondern auch auf die Religion, hier: auf die Hohen Priester. Die Mächtigen mögen es nämlich nicht, wenn man schlicht sagt: Okay, ihr seid die stärkeren, aber deshalb nicht auch die besseren Menschen. Nein, die Mächtigen gieren nicht nur nach Macht und Geld, sondern auch nach Anerkennung – heute sagt man dazu «Legitimation». Und bei der Legitimation von Macht hat sich seit jeher eines bewährt: Religion. Wenn der König «von Gottes Gnaden» regiert oder wenn der Kaiser, wie bei den Römern, gar selbst als Gott verehrt wird – wer wird sich dann wohl mit ihm und seinen Mullahs in der Frage anlegen wollen, was richtig und was falsch ist. An der Art und Weise, wie sie herrschen, und überhaupt. Moralisch, ethisch, sittlich. Genau dies ist es, was die Herrschenden an Jesus stört: seine Kritik am Zusammengehen von Religion und politischer Herrschaft. Und dass so viele mit ihm sagen: Meine Religion gehört mir. Es ist meine Sache, wie ich mit Gott, so wie wir Jesus-People ihn verstehen, klarkomme.

Vor diesem Hintergrund fragt Pilatus nun also Jesus (ich zitiere die Zürcher Bibel): «Du bist der König der Juden? Jesus antwortete: Sagst du das von dir aus, oder haben es dir andere über mich gesagt? Pilatus antwortete: Bin ich etwa ein Jude? Dein Volk und die Hohen Priester haben dich an mich ausgeliefert. Was hast du getan? Jesus antwortete: **Mein Reich»** – genauer: Königreich, auf Griechisch *basileía* – «**ist nicht von dieser Welt**. Wäre mein Reich von dieser Welt, würden meine Diener dafür kämpfen, dass ich nicht an die Juden ausgeliefert werde. Nun aber ist mein [König-]Reich nicht von hier. Da sagte Pilatus zu ihm: Du bist also doch ein König? Jesus antwortete: Du sagst es. Ich bin ein König. Dazu bin ich geboren, und dazu bin ich in die Welt gekommen, dass ich für die Wahrheit Zeugnis ablege. Jeder, der aus der Wahrheit ist, hört auf meine Stimme. Pilatus sagte zu ihm: Was ist Wahrheit?» Und zum Volk: «Ich finde keine Schuld an ihm.» Aber das Volk will, dass Jesus gekreuzigt wird, und es bekommt seinen Willen.

«Mein Reich ist nicht von dieser Welt» – auf Griechisch heisst es (das Neue Testament ist auf Altgriechisch, nicht auf Hebräisch geschrieben): *Hē basileía hē emḗ ouk éstin ek tou kósmou toútou*. «Reich» heisst im Original also, wie gesagt, eigentlich «Königreich» (*basileía*), und was heißt «Welt»? Antwort: «Kosmos»! Ich komme, sagt Jesus, aus einem anderen Kosmos, wobei griechisch *kósmos* vor allem bedeutet: Ordnung. (Nebenbei auch Schmuck, daher die Kosmetik, aber das nur am Rande.) Mein «Kosmos», sagt Jesus, ist nicht diese Welt, nicht die Welt der Politik und der Gewalt und einer Herrschaft, die sich durch Religion absichert. Mein Reich ist *etwas völlig anderes*. Aber es ist – als Ordnung, als Kosmos, als Welt – ebenso real wie «diese» Welt (demgegenüber wäre das Nirvana der Buddhisten ein Nicht-Sein). Und es ist sogar *wahrer* und richtiger als das, was euch die Mächtigen dieser Welt vorleben.

Ich glaube, man kann sagen – und ich glaube, dass auch Nicht-Christen es verstehen können: In diesen Worten steckt die Emanzipation der Religion von der brutalen Ordnung der sonstigen Welt, von wirtschaftlicher und politischer Macht. Religion ist *etwas ganz anderes*. Und ermöglicht dadurch wohl auch: eine neue und ganz andere, nämlich geistige *Freiheit*. Doch, ich glaube, das kann man auch als Nicht-Christ verstehen. Glauben muss man es deshalb noch lange nicht. Und natürlich auch nicht, dass Jesus Christus unser aller Herr und Gott ist.

Ich hatte eingangs versprochen zu erzählen, wie die Weihnachtsgeschichte weitergeht, in der Bibel und danach in der ganzen Welt, bis zum heutigen Tag. Nun, die Geschichte des Christentums ist zum grossen Teil die Geschichte davon, dass auch viele Christen den Satz «Mein Reich ist nicht von dieser Welt» nicht wirklich verstanden haben. Auf die Christenverfolgung unter einigen römischen Kaisern folgte, nachdem die Kaiser die christliche Religion angenommen hatten, eine mehr oder weniger heftige Verfolgung von Nicht-Christen («Heiden»). Und von der Schwertmission Karls des Grossen über die Kreuzzüge bis hin zur Kolonialgeschichte und zum «Gott mit uns» auf den Gürtelschlössern deutscher Soldaten ist im Namen des christlichen Gottes (einschliesslich Jesus!) unsägliches Leid über die Menschheit gebracht worden. Zudem hat sich – das ist ein gewisses Paradox – die christliche Religion jedenfalls in Mittel- und Westeuropa zu einer politischen Macht entwickelt, die sich aber von der sonstigen Politik emanzipiert hat und, gestützt auf einen hervorragenden Beamtenapparat, *wirklich überall* ihre Finger mit im Spiel hatte. Gemeint ist das Papsttum und der gesamte, ihm unterworfene Klerus. Sie bilden in der Tat eine *ganz andere Ordnung*, einen *ganz anderen Kosmos* gegenüber dem, was die «weltlichen» Könige und Fürsten an Legitimation vorweisen können. Und sie spielen diese «geistliche» Macht immer wieder politisch aus.

Damit sind wir beim Recht. Das Recht, so wie wir es in Mittel- und Westeuropa verstehen, ist entstanden, nachdem der Papst seine Macht überzogen hatte. Zwischen dem Gang Kaiser Heinrichs IV. nach Canossa im Jahr 1077 (Demutsgeste gegenüber dem Papst) und der Gründung der allerersten Universität (Bologna 1088) liegen gerade einmal 11 Jahre – vermutlich ist das kein Zufall. Vermutlich ist es nämlich auch kein Zufall, dass zu dieser Zeit die Alleinherrschaft der Bibel (und derjenigen, die sie lesen konnten) abgelöst wurde durch die Mitherrschaft eines anderen *big book*, nämlich des Corpus Iuris Civilis, das ist die grosse Zusammenstellung des klassischen Römischen Rechts, veröffentlicht in den Jahren 533/534 (übrigens in Konstantinopel, dem heutigen Istanbul). Dieses Buch wurde just zu dieser Zeit wiederentdeckt und an der Rechtsschule Bologna so intensiv studiert, dass die weltlichen Herrscher nun auf eine eigene Funktionselite zurückgreifen konnten: auf Juristen. Und mit ihnen auf ein Recht, das erneut eine *ganz andere Ordnung* in «diese Welt» brachte: den Kosmos eines Rechts, das wissenschaftlich aus sich selbst heraus Massstäbe für «richtig» und «falsch» entwickelt. Eine neue geistige Macht gegen das allzu-Geistliche.

Mit dem Wort «Funktionselite» ist das letzte Kapitel der heutigen Weihnachtsgeschichte angesprochen: Das, was für die Gesellschaften Mittel- und Westeuropas charakteristisch ist («prägend») – letztlich für ihr Verständnis von Freiheit –, ist das, was Niklas Luhmann Funktionssysteme nennt. Funktionssysteme zeichnen sich dadurch aus, dass sie, salopp gesagt, nach einer eigenen, *jeweils völlig anderen* Rationalität funktionieren und dadurch gegenüber anderen Funktionssystemen autonom sind. Die Politik «funktioniert» anders als die Wirtschaft, die Wirtschaft anders als die Wissenschaft oder die Kunst oder eben das Recht. Es ist vermutlich kein Zufall, dass sich nach dem ersten Funktionssystem «Recht» alsbald weitere Funktionssysteme «ausdifferenziert» haben: die neuzeitliche «Wissenschaft» (gegenüber der mittelalterlichen Scholastik), die «Wirtschaft» im Norditalien der Renaissance (daher bis heute Konto und Bilanz), zeitgleich das System «Politik» (erst seit Machiavelli redet man vom «Staat» – *lo stato*), im 19. Jahrhundert dann die «Kunst» im Sinn von dem, was Künstler als Kunst definieren (zuvor war das eine Sache der Auftraggeber). Und am Ende sogar … die Religion (*neben* all dem anderen). Ich sage immer: Dies ist die wahre Gewaltenteilung. Und ich mag sie, weil sie uns grösstmögliche Freiheit gibt: die Freiheit zu wählen, in welchen dieser Systeme wir Erfolg haben wollen, ohne deshalb in anderen Systemen automatisch in Ungnade zu fallen oder gar – und noch schlimmer – automatisch ebenfalls Erfolg zu haben. Viel Geld darf nicht zugleich viel politische Macht bedeuten (schöne Grüsse in die USA). Oder etwa grossen Einfluss auf die Wissenschaft.

Vor zweitausendfünfundzwanzig Jahren lag ein kleines Kind, frisch geboren, in einem Stall in einer Futterkrippe für das Vieh. Seine Eltern waren arm, sie konnten sich kein Hotel leisten. Das Kind, Baby Jesus, hat eine sehr merkwürdige, vielleicht sogar skurrile Geschichte in die Welt gebracht, die bis heute andauert. Ich glaube, man kann diese Geschichte verstehen.

Steht der Mensch im Mittelpunkt?

Oliver Lepsius[*]

«Bei uns steht der Mensch im Mittelpunkt» lautet ein bekannter Werbespruch, der fast zu einem geflügelten Wort für Engagement und Inklusion geworden ist. Doch gilt, was für Marketing gilt, auch für das Rechtssystem? Grundsätzlich geht Recht von natürlichen Personen aus. Das deutsche BGB beginnt im § 1 mit dem klaren Satz, die Rechtsfähigkeit des Menschen beginne mit der Vollendung seiner Geburt. Die zivilrechtliche Qualität, die dem Geborenen zukommt, ist die Rechtsfähigkeit, also seine Eigenschaft als Rechtssubjekt – und das wiederum ist eine Qualität, die Menschen nicht monopolisieren. Denn Rechtssubjekte sind gleichermassen juristische Personen, und diese werden bekanntlich nicht geboren, sondern durch das Recht und Rechtsgeschäfte erst geschaffen. Das Bürgerliche Gesetzbuch betrifft daher nicht nur Bürgerinnen und Bürger, sondern auch die für rechtsfähig erklärten Konstrukte des Rechts. Nur das Familien- und Erbrecht setzt als Akteure natürliche Personen voraus – hier hilft es juristischen Personen nicht einmal, wenn sie Töchter haben. Ansonsten geht es um Rechtssubjekte, und diese brauchen keinen Herzschlag.

Im Grunde hat, wenn man vom Minderjährigenrecht absieht, erst das unionsrechtlich induzierte Verbraucherschutzrecht dem Zivilrecht seinen humanen Touch zurückgegeben, denn ein Verbraucher ist nach § 13 BGB zwangsläufig eine natürliche Person. Das Verbraucherrecht verdankt seine Entstehung ja nicht zuletzt der Waffenungleichheit von natürlichen und juristischen Personen in den meisten Geschäftsfeldern. Natürliche und juristische Personen sind im bürgerlichen Rechtsverkehr weder frei noch gleich. Man denke nur an vertypte Massengeschäfte, bei denen der Einzelne zum Anbieter in einer Position der Vertragsabschlussfreiheit, wohl kaum aber der Vertragsinhaltsfreiheit steht. Die Anthropozentrik wird im Schuld- oder Obligationenrecht heute de facto durch das Verbraucherrecht gewährleistet. Der Mensch steht nur im Mittelpunkt, wenn das Recht das so anordnet. Sonst setzen sich, sozial und ökonomisch betrachtet, aufgrund ihrer Marktmacht die juristischen Personen durch, heute vor allem im

* Prof. Dr. iur. Oliver Lepsius, Professor für Öffentliches Recht und Verfassungstheorie an der Universität Münster.

Bereich der Infrastrukturleistungen und der Digitalisierung und erst recht mit Hilfe der KI. Man kann jedenfalls feststellen, dass das Bürgerliche Recht auf die Korporationsbildung und die mit ihr einhergehende Waffenungleichheit reagiert hat – in Gestalt des Verbraucherrechts.

Wie sieht es im öffentlichen Recht aus, steht dort der Mensch im Mittelpunkt? Die Grundrechte, die alle Staatsgewalt binden, sollten diese Frage eigentlich überflüssig machen. Wie könnte man einen grundrechtsbasierten Rechtsstaat anders denken als anthropozentrisch? Nahezu alle modernen Grundrechtskataloge beginnen überdies mit dem Schutz der Menschenwürde als Verpflichtung und Auftrag aller staatlichen Gewalt. Das formuliert Art. 7 BV ähnlich wie Art. 1 Abs. 1 GG oder Art. 1 EU-GRCh. Auch die EMRK kennt den Menschenwürdebezug (Art. 3, 7 EMRK) wie auch Art. 10 des UN-Paktes über bürgerliche und politische Rechte. Schon 1948 begann die Präambel der AEMR mit der Menschenwürde, als der entscheidenden normativen Zielgröße, «da die Anerkennung der angeborenen Würde und dergleichen und unveräusserlichen Rechte aller Mitglieder der Gemeinschaft der Menschen die Grundlage von Freiheit, Gerechtigkeit und Frieden in der Welt bildet, …». Und in der Präambel der Schweizerischen Bundesverfassung heißt es, dass frei nur ist, wer seine Freiheit gebraucht und dass die Stärke des Volkes sich am Wohl der Schwachen misst – also nicht etwa der Kapitalgesellschaften. Es kann keinen Zweifel geben, dass gerade die Grundrechte den Schutz des Menschen zum höchsten Gut und zum Ziel des Rechtsstaats erklären. Oder doch?

Fragt man nämlich, wie es um den Grundrechtsschutz juristischer Personen steht, so fällt der Befund höchst erfreulich aus: In der Schweiz werden juristische Personen des Privatrechts gewöhnlich genauso geschützt wie die natürlichen Personen. Ausdrücklich angeordnet wird das in der BV nicht, doch die Rechtsprechung und die Lehre neigen zu einer grosszügigen Haltung, wenn es nicht um Schutzbereiche geht, die nur einer natürlichen Person zukommen können. Das deutsche Grundgesetz ordnet den Grundrechtsschutz jedenfalls inländischer juristischer Personen des Privatrechts in Art. 19 Abs. 3 sogar ausdrücklich an, soweit er dem Wesen nach auf sie anwendbar sei. Auch der EGMR differenziert bei den einschlägigen Schutzbereichen nicht zwischen Menschen und Rechtskonstrukten, ausgelöst durch die Opfereigenschaft in Art. 34 EMRK, die auch «nichtstaatlichen Organisationen und Personengruppen» zukommen kann. Man kann davon ausgehen, dass die gerichtliche Praxis natürliche und juristische Personen als Rechtsträger gleich behandelt (von spezifisch humanen Gewährleistungen wie Ehe und Familie abgesehen).

Handelt es sich bei den Menschenrechten dann aber tatsächlich um Rechte des Menschen oder nicht, wie wir das schon im Zivilrecht gesehen haben, um subjektive Rechte, die nur ein Rechtssubjekt als Zurechnungssubjekt brauchen? Ersetzt die Leitung des Rechts, Zurechnungssubjekte zu schaffen, die Leistung der Natur, einen Körper zu schaffen? Wenn Grundrechte letztlich private Rechtssubjekte schützen, wer steht dann im Mittelpunkt? Konkrete Individuen als menschliche Gebilde mit Herz und Verstand – oder abstrakt gedachte vernunftbegabte Subjekte, die über kognitive Eigenschaften verfügen – oder bloss Personen, die einer juristischen Konstruktion zugänglich sind?

An sich ist die Sache doch ganz eindeutig: Der Vorrang der Verfassung vor der Gesetzgebung verbietet es, Konstrukte des einfachen Rechts zu Trägern von Grundrechten zu erheben. Sonst hinge die Grundrechtsträgerschaft von einer Leistung des einfachen Rechts ab, was dem Geltungsvorrang der Grundrechte widerspräche respektive einen Grundrechtsschutz nach Massgabe der Gesetze einführte. Über dieses Stufenbauproblem helfen auch nicht Bestimmungen wie Art. 19 Abs. 3 GG hinweg, die einen Grundrechtsschutz juristischer Personen anerkennen. Denn das Recht kann nicht jemanden vor dem Gesetz schützen, der erst durch das Recht geschaffen wird. Sonst verfügte das Verfassungsrecht über die Fähigkeiten des Barons Münchhausen.

Die Lösung kann nur lauten, den Grundrechtsschutz juristischer Personen derivativ von demjenigen natürlicher Personen abzuleiten. Also den Schutz der Rechtskonstrukte auf diejenigen Menschen zu gründen, die die formalgesetzlich vertypten juristischen Personen kraft ihrer privaten Korporationsbildung zu Zwecken nutzen, die grundrechtlich geschützt sind. Anknüpfungspunkt der Grundrechtsträgerschaft sind nicht die Handlungen, sondern die Handelnden. So verfährt das Bundesverfassungsgericht, das eine Durchgriffsmöglichkeit auf die hinter der juristischen Person stehende natürliche Person zur Voraussetzung von deren Grundrechtsträgerschaft erhebt. Für die Ein-Mann-GmbH des Handwerkers ist das zweckmässig und praktikabel. Für eine international verflochtene Kapitalgesellschaft, deren Anteilseigner im Sekundentakt der Kapitalmärkte wechseln und überdies meist institutionelle Anleger sind, also weitere juristische Personen, ist das weder zweckmässig noch praktikabel. Ein Grundrechtsschutz, der stattdessen an der Vergleichbarkeit der Handlungen der Rechtssubjekte und nicht an der Qualität der Rechtssubjekte orientiert ist, erhebt kapitalistische Zweckgebilde in einen Schutzstatus, der ihnen nicht zusteht: Weil sie keine Menschen sind. Weil sie keine Menschen brauchen, sondern ihre Handlungsorientierung die Rationalität von Finanzmärkten ist. Weil sie in der Schöpfungsgeschichte nicht vorkommen. Weil sie keine Legitimationssubjekte der Demokratie sind. Sie sind keine Wähler.

Aufgrund ihrer einfachgesetzlichen Entstehung sind juristische Personen gegenüber natürlichen im Übrigen sowieso schon privilegiert, so dass ihr Schutz nicht auch noch grundrechtlich weiter getrieben werden muss: Sie tragen kein allgemeines Lebensrisiko, können weder krank werden noch sterben, zahlen einen meist niedrigeren Steuersatz, verfügen organisationsrechtlich über eine vervielfachte Handlungsfähigkeit und entziehen sich über die Wahl ihres Legalsitzes in einer Weise der Rechtsbindung, die natürlichen Personen unmöglich ist. Welcher Mensch könnte schliesslich in einem Briefkasten wohnen und das auch noch auf einer entlegenen Insel?

Zwischen grundrechtlich schutzwürdigen und anderen juristischen Personen muss folglich unterschieden werden. Sonst würden die Menschenrechte zu einer Farce der Handlungsmacht, und am Ende stünde das Kapital im Mittelpunkt.[1] Jedenfalls kann man juristische Zweckgebilde nicht zum Zwecke der Eingriffsabwehr mit Menschen gleichstellen. Die gerade von Wirtschaftsanwälten aus naheliegenden Erwägungen vertretene Theorie der grundrechtstypischen Gefährdungslage muss daher abgelehnt, und es muss an der Durchgriffstheorie festgehalten werden. Diese aber begegnet praktischen Problemen: Wie ist bei Kapitalgesellschaften mit institutionellen Anlegern zu entscheiden? Deshalb wird sie in Karlsruhe zwar immer deklamiert, aber nie auf ihren tatsächlichen Durchgriff hin geprüft. Dieses Problem kann man nicht lösen, indem man im Zweifel (also jenseits der Ein-Mann-GmbH eigentlich immer) zugunsten der juristischen Person entscheidet. Treibt man es hier zu weit, kann von Menschenrechten redlicherweise nicht mehr gesprochen werden. Eine kapitalistische Entfesselung von Freiheitsrechten bedroht die Idee der Grund- und Menschenrechte – und damit die ideellen Grundlagen von Rechtsstaat und Demokratie.

Wir Juristen müssen uns also etwas einfallen lassen, damit der Mensch, wie es so schön heisst, weiterhin im Mittelpunkt steht. Eine nach dem Organisationstyp der juristischen Person graduell abgestufte Grundrechtsträgerschaft, die über die Bestimmung des Eingriffs und die Rechtfertigung mittels Verhältnismässigkeit abgebildet werden kann? Genauere Schutzbereichsbestimmungen und Kernbereichstheorien, die spezifisch menschliche Freiheitsbedürfnisse bevorzugen? Eine Wesensgehaltslehre, die die Anthropozentrik des Rechts zum Ausgangspunkt nimmt? Was wir brauchen, ist der Sache nach also ein Differenzierungskriterium, das den Menschen und nicht das Kapital als Träger der Grundrechte honoriert. Eine Art Verbraucherschutzrecht für die Grundrechte.

---

[1] Zur KI als akzentuierendes Risiko für den grundrechtsbasierten Rechtsstaat vgl. auch den Beitrag von Kaspar Sutter in dieser Festschrift.

Von schlechter Gesetzgebung

Andreas Lienhard[*]

Wie kaum bemerkt, sind auf den 1. Mai 2025 Änderungen im Regierungs- und Verwaltungsorganisationsrecht in Kraft getreten, die als gesetzgeberisches Versehen bezeichnet werden müssen: Nicht nur die Bestimmung über die Gliederung der Leistungsvereinbarungen nach mit Zielen versehenen Leistungsgruppen, sondern auch gleich noch diejenige über die Berichterstattung zur Zielerreichung sowie über die periodische Überprüfung der Struktur und Ziele der Leistungsvereinbarungen wurden aufgehoben (Art. 38*a* Abs. 4 und 5 RVOG[1]). Mehr noch: Auch die Verordnungsbestimmung über die Struktur der Leistungsvereinbarungen sowie über die Berichterstattung zur Zielerreichung wurden ersatzlos gestrichen (Art. 22*a* Abs. 1 und Art. 22*b* RVOV[2]). Zeitdruck für solche Rechtsänderungen bestand jedenfalls nicht.[3]

Aber der Reihe nach: Auf Anfang 2017 ist für die gesamte Zentralverwaltung das sog. Neue Führungsmodell für die Bundesverwaltung (NFB) umgesetzt und es sind die dafür notwendigen Rechtsgrundlagen in der Organisations- sowie in der Finanzhaushaltgesetzgebung geschaffen worden. Die beiden Kernelemente des NFB sind die Führung der Verwaltungseinheiten mit jährlichen Leistungsvereinbarungen sowie die Globalbudgetierung einschliesslich mehrjährigem integriertem Aufgaben- und Finanzplan (IAFP).[4]

Die eingehende Evaluation des NFB ist gemäss Bericht des Bunderates von 2021 zu einem weitgehend positiven Ergebnis gelangt. Weder das Parlament noch der Bundesrat oder die Verwaltung wollen eine Rückkehr zur bisherigen Verwaltungsführung. Angeregt wurde letztlich einzig, die Finanzberichterstattung zu straffen

---

[*] Prof. Dr. iur., Ordinarius für Staats- und Verwaltungsrecht an der Universität Bern.

1 Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz vom 21. März 1997 (SR 172.010); Änderung vom 27. September 2024 (AS 2025 196).

2 Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung vom 25. November 1998 (SR 172.010.1); Änderung vom 21. März 2025 (AS 2025 206).

3 Dazu Markus Müller, Il faut donner du temps au temps: Reflexionen zur zeitlosen Zeitnot in der Gesetzgebung, LEGES 2014/3 431 ff.

4 Internet: ‹https://www.efv.admin.ch/efv/de/home/themen/finanzpolitik_grundlagen/nfb.html› (Abruf 5.5.2025).

sowie die Vorschriften zur Gestaltung der Leistungsvereinbarungen und -nachweise [scil.] zu lockern bzw. abzubauen.[5] Ersteres ist insbesondere mit dem Voranschlag 2024 und dem IAFP 2025–2027 umgesetzt worden – zweiteres mittels der soeben erwähnten Aufhebungen im Regierungs- und Verwaltungsorganisationsrecht.

Die Aufhebung der betreffenden Bestimmungen im Regierungs- und Verwaltungsorganisationsrecht ist in mehrfacher Hinsicht bedenklich:

- Der Bundesrat ist über seinen Evaluationsbericht, der vom Nationalrat am 7. Juni 2022 und vom Ständerat am 14. September 2022 antragsgemäss zur Kenntnis genommen worden war,[6] hinausgegangen und hat im RVOG sowie in der RVOV nicht nur die Bestimmungen über die Gliederung der Leistungsvereinbarungen in Leistungsgruppen, sondern auch gleich noch die Bestimmungen über die Berichterstattung zur Zielerreichung und über die Überprüfung der Leistungsgruppen zu Beginn der Legislaturplanung gestrichen.
- Die Aufhebung der betreffenden Bestimmungen im RVOG ist beiläufig im Rahmen des Bundesgesetzes über die Massnahmen zur finanziellen und administrativen Entlastung des Bundeshaushalts ab 2025 untergebracht worden.[7] Eine Vernehmlassung zu diesem wichtigen Bestandteil der Vorlage hat nicht stattgefunden.
- In der Botschaft zu dieser Vorlage werden die betreffenden Gesetzesänderungen lediglich rudimentär und teilweise widersprüchlich begründet. So ist beispielsweise teilweise von der Lockerung von Bestimmungen die Rede, um sie dann gänzlich aufzuheben.[8] Mit den Änderungen solle dem Bedürfnis der Departemente nach mehr Flexibilität im Führungsprozess und bei der Rechenschaftsablage Rechnung getragen werden.[9] Eingehende Erläuterungen – geschweige denn eine gebührende rechtliche Einschätzung – fehlen.

---

5 Bundesrat, Evaluationsbericht NFB 2021 vom 24. November 2021, 34.

6 AB 2022 N 952 ff. und AB 2022 S 710 ff.

7 Geschäftsnummer 24.016, Internet: ‹https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20240016› (Abruf 5.5.2025).

8 Botschaft des Bundesrates vom 1. März 2024 zum Bundesgesetz über die Massnahmen zur finanziellen und administrativen Entlastung des Bundeshaushalts ab 2025 (Teilrevision des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes und des Arbeitslosenversicherungsgesetzes), BBl 2024 558, insb. 16 ff.

9 Botschaft (FN 8), 16.

– Konkrete Angaben über die finanzielle und administrative Entlastung durch die Aufhebung der betreffenden Bestimmungen finden sich in der Botschaft nicht. Erheblich ist hingegen der rechtsstaatliche Schaden. Mit dem NFB wird den Verwaltungseinheiten grössere Handlungsfreiheit in Bezug auf die Aufgabenerfüllung und die Mittelverwendung eingeräumt. Gegenstück dazu sind klare Leistungsvorgaben und eine eingehende Berichterstattung.[10] Damit werden die notwendigen Grundlagen für die Verwaltungsaufsicht durch die Departemente und den Bundesrat sowie für die parlamentarische Oberaufsicht geschaffen.
– Das Parlament hat die Gesetzesänderungen in den Ratsdebatten durchgewinkt, ohne sich näher mit der Vorlage auseinanderzusetzen und sich mit der staats- und verwaltungsrechtlichen Relevanz zu befassen.[11] Ein allfälliges Gesetzesreferendum lag in weiter Ferne; die Frist ist am 16. Januar 2025 unbenützt abgelaufen.

Der Aufhebung der betreffenden Bestimmungen im RVOG und in der RVOV stehen allerdings folgende (Rechts-) Grundlagen als Korrektive gegenüber:

– Die Führung der Verwaltung mit Zielen sowie die Verwaltungsaufsicht der Departemente über die Verwaltungseinheiten sind sowohl verfassungsrechtlich als auch im RVOG abgesichert (Art. 178 Abs. 1 und Art. 187 Abs. 1 lit. a BV; Art. 8 Abs. 3, Art. 36 Abs. 1 und Abs. 3 RVOG).
– Leistungsgruppen mit Zielen und die Berichterstattung dazu sind zentrale Bestandteile der Finanzhaushaltgesetzgebung und finden sich als Steuerungsgrössen in den Regelungen zur Finanzplanung (Art. 19 Abs. 1 lit. d FHG[12]), zum Voranschlag (Art. 29 Abs. 2 und Art. 32*a* Abs. 1 lit. b FHG) und zur Staatsrechnung (Art. 11 Abs. 2 lit. c und Art. 11 Abs. 5 FHG).

---

10 Andreas Lienhard, Das Neue Führungsmodell für die Bundesverwaltung (NFB), Eine verfassungsrechtliche Einschätzung, in: Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser (Hrsg.), Mehr oder weniger Staat?, Festschrift für Peter Hänni zum 65. Geburtstag, Bern 2015, 259 f.

11 AB 2024 N 1023 ff. (insb. 1029) und AB 2024 S 845 ff. (insb. 847).

12 Bundesgesetz vom 7. Oktober 2005 über den Finanzhaushalt (Finanzhaushaltgesetz, FHG; SR 611.0).

- Der Bundesrat hält in der Botschaft zu den besagten Änderungen im Regierungs- und Verwaltungsorganisationsrecht fest, dass die jährlichen schriftlichen Leistungsvereinbarungen zwischen den Departementen und den Verwaltungseinheiten als unbestrittenes Element bestehen bleiben sollen, wozu auch die Berichterstattung zu den Leistungen und Zielen gehöre.[13]
- Und weiter wird in der Botschaft festgehalten: «Die Eidgenössische Finanzverwaltung wird auch künftig zu Beginn der Legislaturplanung zusammen mit den Verwaltungseinheiten die Struktur und Ziele ihrer Leistungsgruppen überprüfen. Sie wird dazu Weisungen erlassen gestützt auf Artikel 27*i* FHV.».[14]

Also wozu denn das Ganze? – Die Bestimmungen über die Gliederung der Leistungsvereinbarungen nach mit Zielen versehenen Leistungsgruppen sowie über die Berichterstattung zur Zielerreichung und über die periodische Überprüfung der Struktur und Ziele der Leistungsvereinbarungen im RVOG und in der RVOV hätten demzufolge genauso gut belassen werden können bzw. sollen. Damit hätte nicht nur ein Beitrag zur Sicherstellung der rechtsstaatlichen Verwaltungsführung, sondern auch zur finanziellen und administrativen Entlastung des Bundeshaushalts geleistet werden können.

[13] Botschaft (FN 8), 17.

[14] Botschaft (FN 8), 17.

Wenn die Verwaltung gestaltet statt verwaltet – Ein Erfahrungsbericht

Regula Mader[*]

1. Purpose und Sinnhaftigkeit

Mitarbeitende der öffentlichen Verwaltung sind Menschen, welche im Dienste des Staates stehen. Sie stehen im Spannungsfeld zwischen der verpflichtenden Anwendung von gesetzlichen Grundlagen und der gesellschaftlichen und menschlichen Realität, mit welcher sie konfrontiert sind. Basis und somit Purpose ihrer Tätigkeit sind die Grundrechte in der Bundesverfassung und insbesondere die Präambel der BV, welche Leitstern ist und sein sollte. Viele dieser Menschen haben sich bewusst für die Tätigkeit im öffentlichen Sektor entschieden, weil sie etwas bewirken und gestalten wollen. Und weil ihnen Werte wie die Würde des Menschen, die Gleichstellung oder die Orientierung am Wohle der Schwachen wichtig sind. Die Sinnhaftigkeit ihrer Arbeit steht für sie im Zentrum.

2. Motivierte Mitarbeitende

In den verschiedenen Jahren meiner Tätigkeit in der öffentlichen Verwaltung auf Gemeinde-, Kantons- und Bundesebene habe ich viele Mitarbeitende als Führungsperson begleitet. Dabei habe ich sehr oft ein grosses und teilweise ausserordentliches Engagement – neben hoher fachlicher Qualität und persönlicher Integrität – und eine sehr hohe Motivation und Kreativität erlebt, gerade wenn es um die gesetzeskonforme Anwendung in sensiblen, sozialen und gesellschaftlichen Themen ging. Ich denke hier beispielsweise an die kreativen Lösungssuchen im Umgang mit Menschen mit psychischen Erkrankungen zur Abwendung einer fürsorgerischen Unterbringung, die partizipative Suche nach konstruktiven

[*] Rechtsanwältin, MAS Applied Ethics UZH, EMBA HSG, Vizedirektorin des Staatssekretariats für Migration SEM, Coach und Supervisorin.

Lösungen in Konfliktsituationen z.B. in Baustreitigkeiten, an die Ausschöpfung des Spielraums bei Härtefällen im Ausländerbereich oder an die gezielte Inklusion von Menschen u.v.m. Im Fokus standen und stehen immer die Interessen der Bürgerinnen und Bürger, für welche Mitarbeitende der öffentlichen Verwaltung arbeiten.

3. Organisationsentwicklung

Führungs- und Kulturentwicklung sind auch in der öffentlichen Verwaltung kein Fremdwort – im Gegenteil. Sie werden gezielt gepflegt und ermöglichen so optimale Dienstleistungen. Auch die öffentliche Verwaltung bewegt sich in einer VUCA[1]-Welt, die sich laufend verändert, Anpassungen und Flexibilität verlangt, Resilienz nötig macht und den Perspektivenwechsel mit den Partnerinnen und Partnern ins Zentrum stellt. Wenn die Rahmenbedingungen der Zusammenarbeit stimmen, wenn Gestaltungsspielräume bestehen, wenn Basis eine respektvolle und wertebasierte Zusammenarbeit ist, wenn Menschen sich entfalten und sich mit all ihren Ressourcen einbringen können, wenn eine offene und konstruktive Konflikt- und Fehlerkultur besteht, wenn Feedback und transparente Kommunikation Alltag sind und wenn Vertrauen in den anderen Menschen im Zentrum steht, dann arbeiten Menschen engagiert.

4. Beispiel DBZI im SEM

Als konkretes Beispiel möchte ich hier den Direktionsbereich Zuwanderung und Integration DBZI im Staatssekretariat für Migration SEM nennen.[2] Diesen begleitet seit rund vier Jahren eine Roadmap mit einer Vision als Leuchtturm, welche gemeinsam und iterativ erarbeitet worden ist. Sie beschreibt den DBZI als lebendiges und lernendes System, in welchem vernetzt, lösungsorientiert, verantwortungsvoll, gesamtheitlich, verlässlich sowie dienstleistungs- und ressourcenorientiert gearbeitet wird. Dass dies angesichts der grossen Menge von Aufgaben, vielen Vorstössen und Aufträgen aus dem Parlament notwendig

---

1 Wir leben in einer sich laufend verändernden Welt, der sog. VUCA-Welt: Volatility, Uncertainty, Complexity, Ambiguity prägen unsere Welt.

2 Der DBZI ist zuständig für die Identifikation und Sicherheitsüberprüfung, die Einreise (Visa, Grenzsicherung, Schengen-/Dublin-Umsetzung), den Aufenthalt (humanitäre Visa, Reisedokumente), den Arbeitsmarkt (Kontingente, Drittstaatenbewilligungen), die Integration (Integrationsagenda Schweiz, kantonale Integrationsprogramme), das Bürgerrecht (Genehmigung ordentliche Einbürgerungen, Entscheide über erleichterte Einbürgerungen) und die Personenfreizügigkeit mit der EU.

und im Rahmen der polarisierten Migrationsdebatte nicht einfach, sondern schlicht notwendig ist, erklärt sich von selbst. Nur so können Mitarbeitende im SEM unter dem grossen öffentlichen Druck gesund bleiben und ihre Arbeit in hoher Qualität erledigen.

Um eine ganzheitliche und tragfähige Kultur zu erarbeiten, haben wir eine neue Zusammenarbeitskultur entwickelt, Neues ausprobiert, wieder verworfen und neu entwickelt. Das Führungsteam reflektiert in gemeinsamen Gefässen, setzt sich mit dem eigenen Mindset auseinander. Konkrete Vorhaben werden als Experimente gebaut, aus denen wir lernen, Moderations- und Methodenkompetenzen werden laufend erweitert. Zentral ist, dass die Mitarbeitenden sich stärker einbringen und einsetzen können und die Organisation Neues lernt. Ein Roadmap-Team aus Mitarbeitenden verschiedener Hierarchiestufen unterstützt den Prozess. Pilotprojekte werden angestossen, neue Inhalte, Formate und Vorhaben sowohl bottom-up als auch top-down entwickelt. Zwei Teams arbeiten agil in einem Rollenmodell; sie entwickeln sich laufend weiter, stellen Werte ins Zentrum ihrer Arbeit, üben neue Formen von Entscheidungen und sind innerhalb der Bundesverwaltung Vorbild für andere.

5. Konkrete Massnahmen

Im DBZI haben wir gestützt auf die Roadmap u.a. verschiedene Massnahmen eingeführt.

- Die Sektion Reisegenehmigung und das Stabsteam üben neue agile Zusammenarbeitsformen und Führungsformate.
- Dialog- und Feedbackgespräche ersetzen die Personalbeurteilungsgespräche und die Zielvereinbarungen.
- In Piloten testen wir gemeinsame und transparente Zielbewertung und Prämienverteilung.
- Alle Mitarbeitenden sind verpflichtet, Ministages von mind. 1 bis 2 Tagen zu machen, und so andere Bereiche kennenzulernen und sich zu vernetzen.
- Die Führungspersonen im obersten Kader wechseln ihre Rollen.
- Für neue Mitarbeitende gibt es eine Einführungswoche, welche die Vernetzung, die Roadmap und die Zusammenarbeitskultur ins Zentrum stellt.
- Wir haben ein Produkt- und ein Prozessmanagement aufgebaut.
- Wir setzen uns aktiv mit digitaler Entwicklung und Weiterbildung und mit der Nutzung von KI auseinander.

6. Was sind nun die Learnings aus diesem laufenden Kulturprozess?

a. Vielfältigkeit

Die Vielfältigkeit des Direktionsbereichs steht im Zentrum. Wir möchten Vielfalt erhalten und lernen, wie Perspektivenvielfalt im Alltag umgesetzt werden kann und wie wir voneinander lernen. Dabei braucht es Interesse und Neugier, Einblick und Austausch, z.B. im Rahmen von (Mini)Stages, gezielten Perspektivenwechseln, aktivem Zuhören etc.

b. Gemeinsames Lernen

Entwicklung braucht iterative Vorgehen, damit in einzelnen Teams oder als Experiment Neues, z.B. in Pilotprojekten, umgesetzt werden kann. Das führt zu konkreten Verbesserungsvorschlägen und zu transparenten Entscheidungen. Gemeinsames Lernen gelingt, wenn Bedürfnisse und Meinungen aller gezielt einbezogen werden.

c. Menschen mitnehmen

Eine offene und regelmässige Kommunikation mit entsprechenden Gefässen, die Förderung der Selbstverantwortung und die Berücksichtigung von individuellen Bedürfnissen spielen eine entscheidende Rolle. Das Roadmap-Team als Sounding-Team begleitet den Prozess. Einige Mitarbeitende wollen schnell vorangehen, andere sind gegenüber Veränderungen eher zurückhaltend. Mit Ausprobieren und Feedbackschlaufen holen wir alle an Bord.

d. Führung als Vorbild

Führung auf Augenhöhe funktioniert dann, wenn Vorgesetzte sich regelmässig kritisch mit den eigenen Werten, Werthaltungen und Mustern auseinandersetzen und reflektieren. Selbstreflexion und Weiterbildung sind zentrale Voraussetzungen für eine glaubwürdige Kulturentwicklung. Führungspersonen müssen vorleben, was sie von den Mitarbeitenden erwarten. Wir sind das, was wir tun, und nicht das, worüber wir sprechen. Aus- und Weiterbildungen sind im Leitungsteam ein Standardtraktandum, ebenso wie ein Check-in oder die Reflexions- und Austauschgefässe an Kaderworkshops.

e. Kulturveränderung braucht Zeit

Eine lernende Organisation sein, bedeutet, sich ständig zu verbessern und zu verändern. Das heisst, dass es keinen Endzustand gibt, sondern einen gemeinsamen Purpose, an welchem wir uns orientieren – für mich die Präambel der Bundesverfassung. Und es braucht die Bereitschaft der Menschen, sich laufend weiterzuentwickeln, zu reflektieren und sich einzubringen. Wir sind auf einem gemeinsamen Weg unterwegs und gehen voran. Gemeinsam Vorankommen braucht Weitsicht, Mut und konkrete Verhaltensänderungen, neue Kompetenzen und Know-how, Experimentierfreude, Austausch und die Offenheit, wieder neu, anders zu beginnen – und Zeit.

7. Fazit

Zusammenarbeit ist spannend, kreativ und innovativ, wenn der Purpose klar ist und Entwicklungswege gemeinsam begangen werden. Dies ist auch in der öffentlichen Verwaltung möglich – oder angesichts der grossen Herausforderungen, insbesondere im Migrationsbereich, von zentraler Bedeutung. Ich bin stolz darauf, hier mitgestalten zu können und allfällige Vorurteile gegenüber der öffentlichen Verwaltung widerlegen zu können.

Verwaltungsmassnahmen und Verwaltungssanktionen

Warum kompliziert, wenn es auch einfach geht?

Josianne Magnin[*]

Nur wenigen Juristen gelingt es, komplexe Gedankengänge so klar und konzis aufs Papier zu bringen, wie Markus Müller. Bezeichnend ist seine Schriftenreihe «Kleine Schriften zum Recht», die den Anspruch hat, dass die «kleinen Bücher» auf einer Zugfahrt von Bern nach Paris gelesen werden können und gleichzeitig inhaltsreich sind.[1] Juristen wie ihn braucht die Schweizer Verwaltungsrechtsdogmatik, weist sie doch noch immer zahlreiche *terminologische Unterschiede bzw. Unschärfen* auf – und zwar in Rechtsprechung, Lehre wie auch Rechtssetzung. Wie Müller treffend festhält, ist dieser Umstand wohl der Tatsache geschuldet, dass es sich beim Verwaltungsrecht um junges Recht handelt.[2] Zudem ist es nationales bzw. lokales Recht. Die Schweiz hat 26 Kantone und über 2'000 politische Gemeinden, denen – ebenso wie dem Bund sowie gewissen Privaten – Rechtsetzungskompetenzen zukommen. Dies führt zu einer unüberschaubaren Vielfalt, welche die Etablierung von einheitlichen und klaren Begriffen erschwert.[3]

Ein Beispiel ist der mehrdeutige Begriff des *Entzugs* eines Rechts: Zum Beispiel kann die FINMA Bewilligungen «entziehen», wenn die Bewilligungsinhaberin die Voraussetzungen für die Erteilung der Bewilligung nicht mehr erfüllt *oder* wenn sie aufsichtsrechtliche Bestimmungen schwer verletzt hat.[4] Der Gesetzgeber spricht in beiden Fällen von «Entzug», obwohl unterschiedliche Zielsetzungen vorliegen und unterschiedliche Voraussetzungen gelten. Auch die Literatur hat den Entzug von Rechten bis heute keiner eindeutigen Systematik zugeführt. Es werden in diesem Zusammenhang unterschiedliche Terminologien genutzt, wie etwa exekutorische und repressive «Zwangsmassnahmen» oder «Verwaltungssanktionen»

---

[*] PD. Dr. iur., Rechtsanwältin; Privatdozentin und Oberassistentin an der Universität Luzern, Partnerin bei Schärer Rechtsanwälte Aarau.

1 Markus Müller, Verwaltungsrecht, Eigenheit und Herkunft, Bern 2005, XII.

2 Müller (N 1), 7.

3 Müller (N 1), 15.

4 Art. 37 Abs. 1 FINMAG.

sowie «administrative Rechtsnachteile».[5] Die verbreiteten, aber nicht einheitlich gefassten[6] Kategorien machen die Materie kompliziert.

Warum kompliziert, wenn es auch einfach geht? Komplexität im Verwaltungsrecht dank klarer Systematisierung, geschärfter Terminologie und konziser Darstellung abzubauen ist (auch) Ziel der «*Luzerner Verwaltungsrechtslehre*», die Bernhard Rütsche begründet und mit Nicolas Diebold weiterentwickelt hat – und die während meiner Zeit als Assistentin, Oberassistentin und Privatdozentin an der Universität Luzern auch in meine Lehre und Forschung eingeflossen ist. In möglichst ebenso konziser Form, wie sie Markus Müller beherrscht, möchte ich unter Bezugnahme auf vorstehendes Beispiel exemplarisch auf einen Pfeiler der Luzerner Verwaltungsrechtslehre eingehen:

Die verwaltungsrechtlichen Durchsetzungsinstrumente lassen sich (neben den Überwachungsinstrumenten[7]) inhaltlich und begrifflich in drei Kategorien aufteilen: Verwaltungsmassnahmen, Verwaltungssanktionen und Verwaltungsstrafen.[8] Letztere sind nur deshalb Thema in der Verwaltungsrechtsdogmatik, weil

---

5 Vgl. etwa Pierre Tschannen/Markus Müller/Markus Kern, Allgemeines Verwaltungsrecht, Bern 2022, N 887 ff. wo exekutorische sowie repressive Zwangsmassnahmen unterschieden werden (der Begriff «Zwang» sollte m.E. nur verwendet werden, wenn der Staat zur Durchsetzung von Verwaltungsrecht tatsächlich Zwangsmittel anwendet). Tobias Jaag, Verwaltungsrechtliche Sanktionen und Verfahrensgarantien der EMRK, in: Donatsch/Forster/Schwarzenegger, Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte, Festschrift für Stefan Trechsel zum 65. Geburtstag, Zürich 2022, 151 ff. sowie Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. Zürich 2016, N 1441 ff., sprechen als Oberkategorie von verwaltungsrechtlichen Sanktionen und definieren dann drei Unterkategorien, darunter «administrative Rechtsnachteile» (Sanktion als Oberbegriff ist m.E. untauglich, zumal nicht alle Vollzugsinstrumente auch tatsächlich repressiv wirken bzw. sanktionieren; «administrative Rechtsnachteile können zudem – je nach Zweck – den Massnahmen oder den Sanktionen zugeordnet werden).

6 So auch Häfelin/Müller/Uhlmann (FN 5), N 1450; zur uneinheitlichen Terminologie im Zusammenhang mit (pekuniären) Verwaltungssanktionen vgl. Bericht des Bundesrates «Pekuniäre Verwaltungssanktionen» in Erfüllung des Postulates 18.4100 SPK-N vom 1. November 2018 vom 23. Februar 2022, BBl 2022 776 ff. (zit. Bericht pekuniäre Verwaltungssanktionen), 11 f.

7 Hierzu auch etwa Nicolas Diebold/Bernhard Rütsche/Alwin Keller, Instrumente der laufenden Marktaufsicht, in: Isabelle Häner, Bernhard Waldmann (Hrsg.), 7. Forum für Verwaltungsrecht, Staatliche Aufsicht über die Wirtschaft und ihre Akteure, Bern 2019, 50 ff.

8 Erstmalig Bernhard Rütsche, Vorbemerkungen zu Art. 16–17*a* SVG, in: Marcel Alexander Niggli, Thomas Probst, Bernhard Waldmann (Hrsg.), Basler Kommentar

sie (ebenfalls) der Durchsetzung von Verwaltungsrecht dienen. Es handelt sich aber um Strafrecht (Nebenstrafrecht) – mit den entsprechenden prozessualen Folgen.[9] Deshalb und aus Platzgründen werden sie in den folgenden Zeilen ausgeklammert, stattdessen wird, konzis, auf die Verwaltungsmassnahmen und Verwaltungssanktionen eingegangen:[10]

Verwaltungsmassnahmen wirken restitutiv[11] und bezwecken (bei Gefahren) die Vermeidung oder (bei Störungen) die Wiederherstellung eines rechtswidrigen Zustands.[12] Sie wollen folglich das Verwaltungsrecht *unmittelbar bzw. direkt* durchsetzen.[13] Zu ihnen zählen namentlich Restitutionspflichten, Zwangs- und Schutzmassnahmen, die Ersatzvornahme sowie die Auflösung von Rechtsverhältnissen. Zur letztgenannten Kategorie gehört der Widerruf einer Verfügung wegen Fehlens oder Wegfalls rechtlicher Voraussetzungen, wie ihn auch etwa die FINMA gemäss obgenanntem Beispiel anordnen kann (bzw. muss[14]).[15] Da sich die Kompetenz (und Pflicht) zur Anordnung von Verwaltungsmassnahmen aus der Primär-

---

Strassenverkehrsgesetz, Basel 2014, Vor Art. 16–17*a* SVG N 41 ff. (zit. BSK-Rütsche, Vor Art. 16–17*a* SVG N …); vgl. auch die Unterscheidung im Bericht pekuniäre Verwaltungssanktionen (N 6), 47; ferner hat Nicolas Diebold am 39. Forum für Rechtsetzung vom 28. Juni 2022 über die Abgrenzung von Massnahmen, Sanktionen und Strafen gesprochen, dazu der Bericht in LeGes 33/2022, N 1.

9 So bereits Jaag (FN 5), 155.

10 Vgl. anstelle vieler Nicolas Diebold / Stefan Maeder, Staatliche Sachverhaltsaufklärung im Verwaltungs- und Strafverfahren, in: Federica De Rossa, Grégory Bovey, Christoph Hurni (Hrsg.), 150 Jahre Bundesgericht, Festschrift, Zürich 2025, 172 m.w.H.; BSK-Rütsche (FN 8), Vor Art. 16–17*a* SVG N 41.

11 Bericht pekuniäre Verwaltungssanktionen (FN 7), 19.

12 Bericht pekuniäre Verwaltungssanktionen (FN 7), 19; BSK-Rütsche (FN 3), Vor Art. 16–17*a* SVG N 40 f.

13 Diebold (FN 8), N 2; Diebold / Rütsche / Keller (FN 7), insb. 58; Jaag (FN 5), 153; Tschannen / Müller / Kern (N 5), N 888.

14 Die Behörde hat i.d.R. kein Ermessen, ob ein Widerruf anzuordnen ist; es handelt sich grds. um eine zwingende Rechtsfolge (Diebold / Rütsche / Keller (FN 7), insb. 58).

15 Art. 37 Abs. 1 FINMAG; ein weiteres Beispiel ist der Führerausweisentzug zu Sicherungszwecken gemäss Art. 16*d* Abs. 1 SVG, der insb. angeordnet wird, wenn die Fahrfähigkeit oder -eignung nicht mehr gegeben ist und damit eine Bewilligungsvoraussetzung fehlt; hierzu BSK-Rütsche (FN 8), Vor Art. 16–17a SVG N 40 f.; vgl. auch Diebold / Maeder (FN 10), 172 m.w.H.; Diebold / Rütsche / Keller (FN 7), insb. 57.

verpflichtung ergibt,[16] können Verwaltungsmassnahmen im Grundsatz[17] auch ohne explizite gesetzliche Grundlage angeordnet werden – sofern die Primärpflicht selbst auf einer genügenden gesetzlichen Grundlage beruht.[18] Sie setzen zudem weder eine Pflichtverletzung noch ein Verschulden voraus.[19]

Verwaltungssanktionen wirken *spezial*präventiv (erzieherisch) und *general*präventiv (abschreckend),[20] zumal sie künftige Pflichtverletzungen verhindern und damit das Verwaltungsrecht *mittelbar bzw. indirekt* verwirklichen wollen.[21] Da sie an einem pflichtwidrigen Verhalten ansetzen, wirken sie gleichzeitig auch pönal und repressiv.[22] Im Gegensatz zu den Verwaltungsmassnahmen[23] stellt sich regelmässig die Frage, wie Verwaltungssanktionen von Strafen abzugrenzen und / oder ob und inwieweit strafprozessuale Garantien auf sie anwendbar sind.[24] Zu den Verwaltungssanktionen zählen unter anderem Verweise, der Entzug von Rechten, pekuniäre Verwaltungssanktionen, die Publikation von Sanktionsverfügungen, die zukünftige Sperre von staatlichen Vorteilen (z.B. Vergabesperre im Beschaffungswesen) und – selten – Freiheitsbeschränkungen.[25] Auch der Entzug einer be-

---

16 Die Primärpflicht ist die ursprüngliche Pflicht, welche nicht erfüllt wurde; vgl. etwa Diebold / Rütsche / Keller (FN 7), insb. 58.

17 Ausnahme: Wenn die Massnahme als solche in Rechtspositionen eingreift (so namentlich bei Zwangsmassnahmen); Gegenausnahme: Wenn die entsprechende Massnahme auf die polizeiliche Generalklausel gestützt werden kann; anstelle vieler Tschannen / Müller / Kern (FN 5), N 893.

18 Vgl. auch Häfelin / Müller / Uhlmann (FN 5), N 1453, 1472; falls die Verwaltungsmassnahme gesetzlich normiert ist, müssen die entsprechenden Tatbestandsvoraussetzungen aber angewandt werden, dazu Diebold / Rütsche / Keller (FN 7), insb. 59; Tschannen / Müller / Kern (FN 5), N 893.

19 Diebold (FN 8), RN 2; Diebold / Rütsche / Keller (FN 7), insb. 59 m.w.H.

20 BSK-Rütsche (FN 8), Vor Art. 16–17*a* SVG N 32 ff. und 40; Bericht pekuniäre Verwaltungssanktionen (FN 6), 17 m.w.H.; Diebold / Rütsche / Keller (FN 7), insb. 66.

21 Diebold (FN 8), N 2; Häfelin / Müller / Uhlmann (FN 5), N 1444; Tschannen / Müller / Kern (FN 5), N 889.

22 BGE 140 II 384 E. 3.2.2; 139 I 72 E. 2; Bericht pekuniäre Verwaltungssanktionen (FN 6), 17 m.w.H.; kritisch Diebold / Rütsche / Keller (FN 7), insb. 66.

23 Bericht pekuniäre Verwaltungssanktionen (FN 6), 19; vgl. auch Jaag (FN 5), 159 f.

24 Hierzu etwa Bericht pekuniäre Verwaltungssanktionen (FN 7), insb. 21 ff. m.w.H.; BSK-Rütsche (FN 8), Vor Art. 16–17*a* SVG N 41 f.; Diebold / Maeder (FN 10), 165 ff.; Jaag (FN 5), 155 ff., das Referat von Rütsche Bernhard am 39. Forum für Rechtsetzung vom 28. Juni 2022 mit dem Titel «Wann Verwaltungssanktionen? Wann Strafen?», dazu auch etwa der Bericht in LeGes 33/2022, N 8.

25 Vgl. auch Rütsche (FN 25), N 8.

günstigenden Verfügung, wie ihn etwa die FINMA gemäss obgenanntem Beispiel bei einer schweren Verletzung von aufsichtsrechtlichen Bestimmungen anordnen kann, gehört zu den Verwaltungssanktionen.[26] Verwaltungssanktionen setzen sowohl eine formelle gesetzliche Grundlage[27] wie auch eine Pflichtverletzung und Verschulden voraus.[28]

Der Entzug von Rechten sowie Vollzugsinstrumente generell einer eindeutigen Systematik zuzuführen, ist sowohl im Sinne von Rechtssuchenden wie auch -anwendern (so namentlich Studierenden). Wenn ich im Jahr 2026 an der Universität Bern in die grossen Fussstapfen von Markus Müller treten darf, was für mich eine grosse Ehre bedeutet, ist es mir ein Anliegen, sein akademisches Erbe weiterzuführen und einen Beitrag zu leisten, dass sich im Verwaltungsrecht generell einheitliche und klare Begriffe etablieren können.

---

[26] Art. 37 Abs. 1 FINMAG; ein weiteres Beispiel ist der Führerausweisentzug zu Warnzwecken gemäss Art. 16 Abs. 2 SVG, der nach Wiederhandlungen gegen die Strassenverkehrsvorschriften angeordnet wird; hierzu BSK-Rütsche (FN 8), Vor Art. 16–17*a* SVG N 40 f.; Diebold / Maeder (FN 10), 172; Diebold / Rütsche / Keller (FN 7), insb. 61 ff.

[27] Diebold (FN 8), N 2; Häfelin / Müller / Uhlmann (FN 5), N 1453 m.w.H.; Tschannen / Müller / Kern (FN 5), N 894.

[28] Diebold (FN 8), N 2; das Verschulden ist bei der Verhältnismässigkeit zu prüfen, zumal eine Sanktion nicht geeignet (und wohl auch nicht erforderlich ist), eine Person vor künftigen Rechtsverletzungen abzuhalten, wenn sie unverschuldet gehandelt hat.

Rechtswissenschaft, Politik und Meinungsäusserung

Martino Mona [*]

Seit einiger Zeit versuchen Universitäten mit gewisser Verzweiflung und zunehmender Härte politische Meinungsäusserungen ihrer Angehörigen präventiv zu unterbinden.[1] Dass die dabei bemühte strikte Trennung zwischen Fakten und Meinungen, zwischen Wissenschaftsfreiheit und Meinungsäusserungsfreiheit gar nicht existiert und dass es höchst fragwürdig ist, wenn Grundrechte eingeschränkt werden, weil eine Treuepflicht gegenüber der Universität verletzt wurde, haben andere schon überzeugend dargelegt.[2] Für die Rechtswissenschaft gibt es aber eine noch fundamentalere Eigenheit zu berücksichtigen, die den Bemühungen der Universitäten diametral entgegensteht: Alles was in der Rechtswissenschaft erforscht und gesagt wird, ist politisch und öffentlich. Unsere Forschungsresultate sind immer Meinungen und unsere wissenschaftliche Tätigkeit ist immer politisch – Wissenschaftsfreiheit existiert für uns nur als Meinungsäusserungsfreiheit.

Das ist aber nicht etwa deshalb so, weil wir eitle Bedürfnisse hätten, mittels eines Transfers von Ideen und Meinungen in Politik, Verwaltung und Gesellschaft Anerkennung zu finden. Es ist so, weil Recht und Politik untrennbar miteinander verflochten sind und weil die Rechtswissenschaft in ihrem gesamten Wesen, in all ihren Elementen von den Wurzeln bis in die kleinsten Verästelungen nicht anders als politisch sein kann.

---

[*] Professor für Strafrecht und Rechtsphilosophie an der Universität Bern.

[1] Ich glaube, mich zu erinnern, dass der Jubilar eine nicht unwesentliche Rolle ganz am Anfang dieser Bemühungen an der Universität Bern spielte. Ich bin ihm aber deswegen überhaupt nicht böse. Ehrlich.

[2] Vor allem Odile Ammann, Zur unscharfen Grenze zwischen Wissenschaftsfreiheit und Meinungsäusserungsfreiheit – Eine verfassungsrechtliche Analyse universitärer Social-Media-Leitlinien, in: Recht und Zugang, 3, 2021, 194 ff.

Es ist aber nicht nur naiv, zu glauben, Rechtswissenschaft könnte nicht politisch sein, es ist auch gefährlich und schädlich. Eine nicht politische Rechtswissenschaft verliert nämlich den Bezug zur Gerechtigkeit und damit den Bezug zur Legitimation. Rechtliche Konfliktverarbeitungen, die den politischen Deutungen und Einflüssen entzogen werden, sind fiktiv. Und würde es sie geben, hätten sie keinerlei Daseinsberechtigung. Sie sind nämlich nur deshalb legitim, weil sie politisch sind, mit den unterschiedlichen Erwartungen, Vorstellungen und berechtigten Wünschen der Rechtsunterworfenen so gut wie möglich synchronisiert werden und soziale Aushandlungsprozesse zu einem vorübergehenden Abschluss führen. Das Politische beeinflusst dabei die Rechtswissenschaft, die wiederum das Politische beeinflusst.

Gewisse Tendenzen, das Recht und die Rechtswissenschaft mittels einer Rüstung aus Legalismus und Formalität vor dem Einfluss des Politischen zu bewahren, verkennen (oder kaschieren) nicht nur diese ganz anders geartete Realität, sondern blockieren auch emanzipatorische und fortschrittliche Potenziale. Gerechtigkeit ist keine Kategorie der Logik, sie ist eine Kategorie des Politischen. Wenn man dies negiert, bedeutet dies auch, dass man den politischen Akt einer juristischen Entscheidung als Akt eines Subsumtionsautomaten auslegt und damit entwertet.

Es gibt aber nicht wenige Juristinnen und Juristen, die sich als Subsumtionsautomaten verstehen, da sie das Recht als ein in sich geschlossenes, starres Normensystem deuten, das vorgegeben ist. Daher meinen sie, dass Rechtsnormen objektive Gegebenheiten seien, mit denen Einzelfälle mechanisch gelöst werden können. Was vordergründig wie eine Limitierung erscheint, ist in Wahrheit der strategische Versuch, ein Machtfeld abzustecken. Man spricht von der Ebene der «hohen» Politik, in welcher die Gesetze zustande kommen sowie der Ebene der «niederen» Rechtsanwendung, in welcher in mühsamer Subsumtionsarbeit entschieden wird. Beide Ebenen werden als strikt getrennt verstanden. Diese Abtrennung des Politischen «oben» und des Nicht-Politischen «unten» dient aber hauptsächlich dazu, sich der Kontrolle des Politischen zu entziehen und sich gegenüber Kriterien der Gerechtigkeit zu immunisieren.

Wenn man bloss «Mund des Gesetzes» ist, «nur vorhandene Gesetze anwendet» und «nicht politisch entscheidet», klingt das zwar nach einer unterwürfigen, niedrigeren Tätigkeit. In Wahrheit ergibt sich daraus erstens Schutz, da man von der Verantwortung für den Inhalt der Einzelfallentscheidung entlastet wird, und zweitens Macht, da man sich hinter dem Gesetz verschanzen und ungestört das Schwert der «Justitia» in die Waagschale legen kann, wenn sie nicht dorthin sinken will, wo man es gerne hätte. Juristinnen und Juristen umgehen damit den

fundamentalen Sinn und Wert des Politischen, nämlich die prozedural abgesicherte Aushandlung von gesellschaftlichen Zielsetzungen, die Reflexion über die zur Erreichung der Ziele geeigneten Mittel und das gemeinschaftliche Bemühen, die Ziele mit diesen Mitteln zu erreichen. Daher ist es so wichtig, nicht so zu tun, als sei Rechtswissenschaft unpolitisch. Daher ist auch öffentliche Justizkritik so wichtig. Und daher ist, nur nebenbei gesagt, die legalistische und technokratische juristische Ausbildung an unseren Universitäten auch so grundlegend falsch.

Es gibt noch einen tieferen Grund, warum man Rechtswissenschaft nicht so betreiben kann, wie das universitäre Richtlinien zu Kommunikation und Meinungsäusserung vorschreiben: Recht ist Sprache. Spätestens seit Frege wissen wir, dass sich Sprache als mangelhaft erweist, wenn es darum geht, Missverständnisse und Fehler im Denken zu vermeiden. Sprachliche Formen sind «so lose und dehnbar, dass sich leicht Voraussetzungen unbemerkt durchschleichen können, die dann bei der Aufzählung der notwendigen Bedingungen für die Gültigkeit des Schlusssatzes übergangen werden. Dieser erhält so eine grössere Allgemeinheit als ihm von Rechts wegen zusteht.» Oder ein paar Zeilen weiter: «Die logischen Verhältnisse werden durch die Sprache fast immer nur angedeutet, dem Erraten überlassen, nicht eigentlich ausgedrückt.»[3]

Deshalb können Gesetze Einzelfallentscheidung nie allein aufgrund ihrer sprachlichen Formulierung programmieren. Gesetze funktionieren nur, wenn man die wackelige Sprache, aus der sie nun mal bestehen, mit einem Baugerüst aus politischen und moralischen Überzeugungen und Meinungen stützt. Das gilt nicht nur für die Fälle, in denen man Generalklauseln oder besonders diffuse Konzepte wie Treu und Glauben berücksichtigen muss oder nach billigem Ermessen zu entscheiden hat. Auch nicht nur dann, wenn das Gesetz schlicht lückenhaft oder widersprüchlich ist. Letztlich kann nämlich jedes einzelne Wort in einer Gesetzesnorm so lose und dehnbar sein, dass es erst in einem moralisch-normativen Zusammenhang operabel gemacht werden kann. Das juristische Verstehen und Urteilen besteht also in einer Übersetzungsleistung, welche versucht, eine sprachliche Andeutung aus einer persönlichen Wahrnehmungsperspektive sich selbst und anderen intersubjektiv verständlich zu machen. Würde man Gesetze ohne eigene politisch-moralische Meinung lesen, wären sie bloss schlechte postmoderne Poesie.

---

[3] Gottlob Frege, Über die wissenschaftliche Berechtigung einer Begriffsschrift, in: Zeitschrift für Philosophie und philosophische Kritik, 81, 1882, 48 ff. (50 und 51).

Das Einzige, was universitäre Richtlinien verlangen dürften, wäre eine Schulung des eigenen Bewusstseins darüber, dass die Arbeit mit Recht und Gesetzen immer Meinung und nie Fakt ist, dass sie in diesem Sinne stets subjektiv und perspektivengebunden ist. Und falls es diesen *Reminder* wirklich braucht, wäre es auch nicht unerhört, die Angehörigen der Universität aufzufordern, diesen persönlichen Standpunkt regelmässig im Austausch mit möglichst diversen Meinungen und Ansichten kritisch zu hinterfragen und hinterfragen zu lassen. Dafür muss sich unsere Wissenschaft in einem möglichst vielfältigen, toleranten und kontrastierenden politischen Raum bewegen können, der jedoch von universitären Richtlinien zu Kommunikation und Meinungsäusserung eintönig gemacht wird.

Dass es bei aller Vielfalt und all den Kontrasten irgendwo eine Grenze der Freiheiten der Wissenschaft und der Meinung geben muss, bestreitet niemand. Die Bestimmung dieser Grenzen kann man aber getrost dem Strafrecht überlassen. Hier gilt eine einfache Faustregel der Gerechtigkeit: Es ist besser, möglichst umfassende Freiheitsräume zuzulassen, und auf einzelne unvermeidbare deutliche Verstösse angemessen strafend zu reagieren, anstatt präventiv und vorauseilend Freiheitsräume für alle einzuschränken.

Etat de droit et théorie du droit

Pierre Moor[*]

Tout système juridique est le produit d'une histoire socio-politique spécifique à un Etat déterminé et a par conséquent ses propres principes et structures. Il n'y a donc pas une théorie du droit qui serait en quelque sorte universelle. Chaque théorie est celle d'un Etat ou d'un groupe d'Etats partageant la même culture socio-historique. Ce qui va nous intéresser ici, c'est le rapport existant entre la théorie du droit tel que celui-ci est pratiqué en Occident et les institutions de l'Etat de droit. Nous verrons qu'il y a un rapport de réciprocité : l'Etat de droit présuppose l'existence d'un droit structuré de la manière que sa théorie met en évidence, et ce droit présuppose l'existence des garanties de l'Etat de droit.

L'application du droit peut se distinguer en trois phases, ou passages, qui sont autant de transmutation (au sens alchimique du terme : du plomb en or), c'est-à-dire que ce qui est ainsi produit est d'une autre nature (ou essence) que ce à partir de quoi il est produit.[1]

La première transmutation a lieu quand une norme est élaborée à partir des faits qu'elle va servir à qualifier : par l'adoption d'une loi ou par celle, par le juge, d'une norme particulière lorsque celui-ci doit concrétiser une notion légale indéterminée ; le passage est de l'environnement social à l'ordre juridique, c'est-à-dire de l'extérieur à l'intérieur du droit.

---

[*] Prof. hon., Dr iur, Dr h.c., Lausanne.

[1] Ce qui suit reprend, dans l'ordre, les thèses exposées dans : Pierre Moor, « Les passages juridiques des faits aux normes », *Revue internationale de sémiotique juridique,* 2025, «Le passage de la norme à la décision: de la fonction de l'argumentation dans l'ordre juridique» in : *Revista Estudos Semióticos*, Universidade de São Paulo (USP), nº 20.2, 2024, 82-99, et « Du discours normatif aux faits », in : E.C. Bittar/P. Moor, *La formation de la loi – Droit, politique et sémiotique,* Bruxelles, 2024, 81-106. Voir aussi Pierre Moor, *Dynamique du système juridique*, Genève, 2020.

La deuxième transmutation consiste en l'élaboration, à partir de la norme générale, de la norme individuelle fondant le dispositif du jugement par la voie d'une motivation qui va le légitimer : c'est un travail à l'intérieur du droit. Dans les configurations où la norme générale est d'une faible densité normative, le juge[2] doit d'abord élaborer une norme particulière, également sous forme générale, d'un contenu adapté à la situation qu'il doit qualifier, puis, par substitution d'un nom propre au terme général de la norme, poser la norme individuelle qui lui permet d'édicter le dispositif.

La troisième transmutation, enfin, consiste dans la réception de la norme ou du jugement par leurs destinataires, soit le passage de ce qui est juridiquement décidé dans le monde des faits. Par destinataires, il faut comprendre non seulement les personnes visées dans le procès, puis la doctrine, qui approuve ou critique la jurisprudence, mais aussi la société civile, qui la prend ou non comme modèle dans ses comportements. Dans les trois cas, ce retour à l'environnement social aboutit à des faits –la loi est généralement respectée (ou violée), la jurisprudence est analysée comme intégrable (ou non) dans l'ordre juridique, la dette constatée par le jugement est acquittée par son débiteur (ou non) et l'emprisonnement fixé par la condamnation pénale est exécuté (ou non). Il s'agit toujours de comportements, soit de particuliers soit d'autorités. Nous les appelons actes de référence, parce qu'ils prétendent tous à leur validité en se disant conforme à l'ordre juridique et, par cette référence, ils donnent en même temps légitimité à cet ordre.

Ce qu'il faut mettre en lumière pour les deux premières transmutations, c'est la nécessité d'une argumentation. Rares, en effet, sont les cas où le fait prétendu se donne immédiatement dans l'évidence de sa réalité ; le plus souvent, le juge n'a à sa disposition que des indices, fournis par des témoignages, des documents, etc., qu'il doit combiner pour construire ce qui va devenir un fait avéré. Ce procédé s'appelle en logique une abduction : la conclusion en est l'hypothèse la plus vraisemblable par comparaison avec toutes celles qui pourraient s'élaborer en rapport avec les mêmes indices. Cette élaboration est justifiée par une argumentation qui en fonde la vraisemblance.

[2] Dans ce texte, nous appelons « juge » toute autorité, même administrative, compétente pour prendre une décision avec un pouvoir de puissance publique, et « jugement » toute décision prise par un « juge ».

Concernant la deuxième transmutation : Plus souvent qu'on ne le pense, les termes (sémiologiquement : les signes) du texte normatif applicable sont d'une plus ou moins grande densité normative. Cela signifie qu'il n'est pas toujours possible de procéder par déduction pour pouvoir affirmer avec certitude que la norme est applicable. L'application doit se fonder sur les divers paramètres du programme normatif dessiné par le texte, paramètres qui sont des indices de son applicabilité. Ici aussi, le juge doit procéder par une argumentation abductive pour dégager l'hypothèse la plus vraisemblable. Et, comme pour la transmutation des faits, il ne suffit pas toujours de recourir à des arguments tirés de l'ordre juridique : le juge doit fréquemment faire appel, pour justifier son abduction, à des motivations fondées sur des savoirs, des usages, des expériences, des mœurs ou des valeurs telles qu'elles circulent dans son environnement socio-culturel.

Que faut-il entendre par vraisemblance ? La solution la plus vraisemblable est celle qui paraît la plus raisonnable, c'est-à-dire la plus apte à convaincre ses destinataires : pas seulement les parties au litige, mais la communauté des justiciables (parmi lesquels la doctrine) – ce qu'on appelle l'auditoire universel. On trouve ici l'exigence de rationalité qui est au fondement de l'ordre juridique : toute solution décidée par un pouvoir juridiquement légitimé doit en même temps être justifiée rationnellement. Mais cela ne signifie pas qu'elle soit la seule rationnelle, mais qu'elle est suffisamment rationnelle pour être apte à recevoir l'approbation sociale. C'est ainsi que le système juridique n'est pas fermé sur lui-même (il n'est pas autosuffisant) : il s'ouvre sur son environnement, et cela non seulement du fait de l'exercice des compétences législatives du parlement, mais aussi dans celui de la juridiction. Ainsi des messages informatifs peuvent être intégrés dans le système juridique, assurant une circulation des informations de la société en direction du droit, puis parvenir à la société telles que juridiquement élaborés et raisonnablement acceptables.

Lorsque le juge jouit d'une certaine liberté dans l'application des normes à faible densité normative qui exigent de lui un travail argumentatif de justification de la rationalité de sa décision, il suit une double programmation : d'une part celle que lui impose l'obligation de conformité à l'ordre juridique, d'autre part celle qui est de nature à s'intégrer dans son environnement politico-social. Or, il ne faut pas oublier que des notions parmi les plus centrales sont à faible densité normative : en droit privé, par exemple, les notions de faute, de juste motif ou de causalité adéquate, en droit public, par exemple, la détermination des champs d'application des droits fondamentaux (ainsi de la liberté personnelle, ou de la notion d'acte religieux) ou des notions légitimant une restriction (intérêt public, proportionnalité).

Ce système de structures des contenus des processus de décision juridiques est tributaire de garanties constitutionnelles que lui offre l'Etat de droit, et que, faute de place, nous ne faisons ici qu'énumérer : l'indépendance judiciaire, la séparation des pouvoirs (le principe de la légalité particulièrement), les libertés d'opinion et personnelle – c'est à-dire la quintessence de l'Etat de droit. Seules ces garanties peuvent assurer que le système juridique fonctionne selon ces structures.

Cependant, ces structures sont indispensables au travail de celles de la constitution de l'Etat de droit. Car, sans celles-là, elles seraient inefficaces. Il faut un système juridique qui soit sensible à son environnement pour être en phase avec la société dont il constitue un système de régulation, pour avoir selon les cas un effet conservatoire de valeurs ou, au contraire, innovateur en fonction des besoins sociaux nouveaux qui apparaîtraient.

Inversement, les garanties constitutionnelles postulent l'existence d'un système juridique qui rende possible la libre circulation d'informations et de messages entre lui-même et son environnement social.

Cette articulation entre droits fondamentaux et structures du système juridique est une conquête politique qui s'est réalisée au cours du XIX^{e} siècle. Est-elle actuellement en danger ? Il y en a des indices. En désordre, et sans souci de les hiérarchiser (nous en oublions certainement) : l'influence des lobbies, les tendances démagogiques, la fragmentation de l'ordre juridique en multiples sous-ordres spécialisés, le recours à l'intelligence artificielle pour résoudre les questions (en lieu et place de l'imagination), etc. Tout cela demande de la part des juristes la plus grande attention.

Funktionswandel der Volksinitiative am Beispiel der Kompass-Initiative

Georg Müller[*]

Die Volksinitiative war ursprünglich ein Instrument für Minderheiten, um ihre Anliegen, die im Parlament kein Gehör fanden, direkt in den politischen Entscheidungsprozess einzubringen. Sie zielte auf Veränderungen ab, im Gegensatz zum Referendum, das den Status quo beibehalten will. In neuerer Zeit kam es auch zu «Bremsinitiativen»[1] wie z.B. den verschiedenen Initiativen, die sich gegen die Beschaffung eines neuen Kampfflugzeugs richteten[2], oder die Neutralitätsinitiative, die eine Abkehr von der bisherigen Neutralitätspraxis und eine engere Umschreibung des Begriffs der Neutralität fordert.[3] Gelegentlich werden Volksinitiativen auch als Druckmittel eingesetzt, um einen Gegenvorschlag des Bundesrates und der Bundesversammlung zu erreichen, der wenigstens teilweise die Forderungen der Initiantinnen und Initianten erfüllt. Als Beispiel sei der Gegenvorschlag zur Volksinitiative «Gleiche Rechte für Mann und Frau» erwähnt, die zugunsten des Gegenvorschlags zurückgezogen wurde.[4] Eine Funktion der Volksinitiative, die immer wichtiger und häufiger wird, ist die Profilierung politischer Parteien. Die Lancierung einer Volksinitiative ist mit viel Publizität verbunden. Sie soll aufzeigen, dass sich eine Partei für die Interessen ihrer Wählerschaft einsetzt und sie damit auch mobilisieren (nach Linder[5] «Initiative als

---

[*] Prof. em. Dr. iur. Dr. iur. h.c., Erlinsbach.

1 Wolf Linder, Schweizerische Demokratie, 3. A., Bern 2012, 287 ff. Zu den Funktionen der Volksinitiative vgl. auch René Rhinow/Markus Schefer/Peter Uebersax, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3. A., Basel 2016, N 2196 f.; Gabriela Rohner, Die Wirksamkeit von Volksinitiativen im Bund, Zürich 2012, 41 ff.

2 Eidgenössische Volksinitiative «für eine Schweiz ohne neue Kampfflugzeuge», zustande gekommen am 9. Juli 1992, BBl 1992 III 1555 (abgelehnt); Eidgenössische Volksinitiative «Gegen neue Kampfflugzeuge», zustande gekommen am 23. Juni 2009 (zurückgezogen); Eidgenössische Volksinitiative «Gegen den F-35 (Stopp F-35)», zustande gekommen am 22. August 2022 (zurückgezogen).

3 Eidgenössische Volksinitiative «Wahrung der schweizerischen Neutralität (Neutralitätsinitiative)», zustande gekommen am 28. Mai 2024, BBl 2024 1206.

4 Zurückgezogen am 11. Oktober 1980, BBl 1980 III 775.

5 Linder (FN 1), 289.

Wahlhelfer»). Fast alle politischen Parteien – auch die Bundesratsparteien, die eigentlich genügend Möglichkeiten hätten, ihre Anliegen auf dem ordentlichen Weg einzubringen – nutzen die Volksinitiative zu diesem Zweck.

Eine spezielle Mischung verschiedener Funktionen erfüllt die Kompass-Initiative[6]. Sie will, wie sich aus ihrem Titel ergibt, sich für eine direktdemokratische und wettbewerbsfähige Schweiz einsetzen und eine EU-Passivmitgliedschaft verhindern. Es geht aber nicht um eine konsistente Reform der Volksrechte. Die punktuellen Änderungen zielen primär auf die Ablehnung der Ergänzungen der Bilateralen Verträge mit der EU (Bilaterale III) ab, die gemäss geltendem Recht nach ihrem Abschluss von der Bundesversammlung beraten werden und dem fakultativen Referendum unterstehen. Dieses wird aller Wahrscheinlichkeit nach ergriffen, sodass das Volk darüber entscheiden kann. Die Initiative schreibt in Art. 140 Abs. 1 der Bundesverfassung (BV) zusätzlich vor, dass völkerrechtliche Verträge, die eine Übernahme wichtiger rechtssetzender Bestimmungen vorsehen, von Volk und Ständen angenommen werden müssen.[7] Nach der geltenden Fassung von Art. 140 BV muss nur der Beitritt zu Organisationen für kollektive Sicherheit oder zu supranationalen Gemeinschaften der Abstimmung von Volk und Ständen unterbreitet werden. Die Bilateralen III stellen keine solchen Verträge dar. Umstritten ist, ob überhaupt und allenfalls unter welchen Voraussetzungen die Bundesversammlung weitere völkerrechtliche Verträge dem obligatorischen Referendum unterstellen kann, was zur Folge hätte, dass sie der Zustimmung der Mehrheit der Stände bedürfen. Die Initiative klärt diese Frage für Verträge, die eine Übernahme wichtiger rechtssetzender Bestimmungen vorsehen. Weil die Stimmberechtigten in den vielen kleineren Kantonen in der Regel «konservativer» und weniger europafreundlich sind als in den grossen, rechnet das Initiativkomitee damit, dass das Ständemehr in diesen Fällen nicht erreicht, d.h. die Vorlage abgelehnt wird. Insoweit handelt es sich um eine «Bremsinitiative», die sich einem Referendum annähert. Der Kompass zeigt also nicht nach Europa.

---

6 Eidgenössische Volksinitiative «Für eine direktdemokratische und wettbewerbsfähige Schweiz – keine EU-Passivmitgliedschaft (KompassInitiative)», Vorprüfung vom 17. September 2024, BBl 2024 2414.

7 Damit würden Rechtssätze mit obligatorischem Referendum und Doppelmehr geschaffen, die nicht Verfassungsrang hätten und auch nicht in den Text der BV aufgenommen würden.

Der Initiativtext enthält ferner einen neuen Abs. 3 des Art. 164 BV. Er verlangt, dass die Übernahme wichtiger rechtssetzender Bestimmungen in einem Bundesgesetz oder einem völkerrechtlichen Vertrag, der dem obligatorischen Referendum untersteht, ausdrücklich vorgesehen und auf einen eng begrenzten Sachbereich beschränkt sein muss. Diese Regelung, die sich nach dem unklaren Text wohl nur auf die Übernahme ausländischen Rechts bezieht, verstärkt einerseits die demokratischen Mitwirkungsrechte der Stimmberechtigten und der Stände, erschwert auf der anderen Seite aber die internationale Harmonisierung des Rechts. Sie würde auch den «autonomen Nachvollzug» des EU-Rechts durch die Schweiz betreffen.

Der Bundesrat wird das Verhandlungspaket – allenfalls nach einer Vernehmlassung – dem Parlament voraussichtlich Anfang 2026 unterbreiten. Wenn die Vorlage vom Parlament nicht abgelehnt wird, kommt es zu einer Volksabstimmung, die 2026 oder 2027 stattfinden dürfte. Die Kompass-Initiative ist am 3. September 2025 mit über 140 000 Unterschriften eingereicht worden. Sie wird vom Bundesrat und anschliessend von der Bundesversammlung beraten. Das Parlamentsgesetz sieht dafür eine Frist von maximal 30 Monaten nach Einreichung der Initiative vor. Auch wenn die gesetzliche Frist nicht ausgenützt wird, ist es praktisch ausgeschlossen, die Abstimmung über die Initiative vor derjenigen über die Bilateralen Verträge III durchzuführen. Die Bestimmungen der Initiative könnten sich deshalb nicht auf die Bilateralen Verträge III auswirken.

Mit einer Übergangsbestimmung wird versucht, dieses Problem zu lösen. Sie legt u.a. fest, dass ein institutionelles Rahmenübereinkommen sowie vergleichbare Abkommen zwischen der Schweiz und der EU nur dann in Kraft bleiben, wenn sie auf dem Weg des obligatorischen Referendums von Volk und Ständen angenommen wurden. Sollten sie bloss dem fakultativen Referendum unterstellt und vom Volk angenommen worden sein, so müsste eine zweite Volksabstimmung durchgeführt werden, bei welcher auch die Mehrheit der Kantone für die Zustimmung notwendig wäre. Die Rückwirkung soll also die Korrektur bereits getroffener Entscheidungen des Volkes ermöglichen. Diese Sicherungs- und Korrekturfunktion ist neu und im Hinblick auf die Rechtssicherheit äusserst fragwürdig.

Es ist offensichtlich, dass die Initiative sich auch auf die Willensbildung im Parlament auswirken wird. Sie gehört zu einem eigentlichen «Abwehrdispositiv» gegen die Bilateralen III, die dem (fakultativen oder obligatorischen) Referendum (mit oder ohne Ständemehr) unterstehen und auch scheitern könnten, wenn die Volks-

initiative «Keine 10-Millionen-Schweiz! (Nachhaltigkeitsinitiative)»[8] angenommen würde. Diese Initiative sieht vor, dass das Personenfreizügigkeitsabkommen mit der EU unter gewissen Voraussetzungen gekündigt werden muss, wenn der Grenzwert von 10 Millionen Einwohnern überschritten wird. Wegen der «Guillotine-Klausel» würden damit wohl alle bilateralen Verträge hinfällig.[9]

Die Kompass-Initiative entfaltet Vor- und Rückwirkungen, indem sie den Entscheid des Parlaments über das Abstimmungsverfahren beeinflusst und ermöglicht, dass eine Volksabstimmung – eine bisher nicht bekannte Wirkung – wiederholt werden muss, wenn sie nicht nach den Bestimmungen der Initiative durchgeführt worden ist. Sie läuft praktisch auf ein nachträgliches Doppelreferendum hinaus. Nur in einem Punkt stimmt die Kompass-Initiative mit vielen früheren Initiativen überein: Die Gründer des Initiativkomitees gehören einer Minderheit an, die im Parlament nur ganz vereinzelt vertreten ist, nämlich derjenigen der Milliardäre.

[8] Zustande gekommen am 8. Mai 2024, BBl 2024 1034.

[9] Auch in den Kantonen wird gelegentlich versucht, mit Volksinitiativen in laufende politische Prozesse oder in deren Umsetzung einzugreifen, so z.B. im Kanton Schaffhausen im Zusammenhang mit der «Transparenzinitiative», siehe Urteil des Bundesgerichts 1C_641/2022 vom 22. Februar 2024.

Der Schiedsrichter als Torschütze?

Metaphorisches zu Identitätsfragen der Justiz

Thomas Müller-Graf[*]

Metaphern sind Glückssache. Wenn sie funktionieren, lassen sich komplizierte Sachverhalte und Vorgänge veranschaulichen, ohne dass wir gleich als *terribles simplificateurs* entlarvt wären. Schönes Beispiel ist der *Zauberwürfel,* der für die *Komplexität und Mehrdimensionalität der Verhältnismässigkeitsprüfung* steht.[1] Weil wir aber nicht alle über eine so glückliche Hand verfügen wie der Jubilar, verwende ich im Folgenden sicherheitshalber gleich mehrere Metaphern, um Fragen richterlicher Identitätsfindung zu illustrieren. Wie bei metaphorischer Rede üblich, werde ich auf eine erschöpfende Ausdeutung verzichten (wozu bräuchten wir sonst Metaphern?).

Schauspielerinnen am Theater müssen sich ihre Rolle sorgfältig erarbeiten, um ein adäquates Rollenverständnis zu erlangen. Zunächst lernen sie den Text und konsultieren die weiteren Anweisungen, die der Autor des Stücks gegeben hat. Doch wie ihre Rolle im Detail zu gestalten, «auszuspielen» ist, steht nicht im Buch, sondern das legen die Dramaturgie und die Regie fest. Die Dramaturgin beansprucht die *Deutungshoheit* über den Dramentext, den sie «einrichtet», also (gegebenenfalls) übersetzt, umstellt, «Striche» vornimmt und manchmal auch Ergänzungen hinzufügt. Führt sie gleichzeitig Regie, hat sie erst recht *plein pouvoir:* Sie selbst legt die Grenzen ihrer Zuständigkeiten fest und übt damit gleichsam die «Kompetenz-Kompetenz» aus. Zwar mag es gelegentlich mit den Schauspielern Knatsch geben und werden sich diese auch mal gegen ihren Text oder Einzelheiten der Inszenierung auflehnen, doch die Dramaturgin/Regisseurin wird sich auf ihre De-facto-Allmacht berufen, die erst beim nicht mehr Zumutbaren und den Persönlichkeitsrechten des Theaterpersonals ihre Grenzen findet.

---

[*] Dr. iur., Fürsprecher, Bundesrichter, Lausanne.

[1] Markus Müller, Verhältnismässigkeit, Gedanken zu einem Zauberwürfel, 2. A., Bern 2023, auch mit Hinweisen auf die Grenzen der Leistungsfähigkeit dieser Metapher.

Mit der *«Kompetenz-Kompetenz»*[2] haben wir in die Sphäre des Staatsrechts gewechselt. Die Zuständigkeit für die Zuweisung von Aufgaben und Verantwortlichkeiten – der «Rollen» – kommt in der Schweiz bekanntlich der Bundesversammlung zu, unter Vorbehalt der Zustimmung von Volk und Ständen (Art. 3, 42 und 140 BV). Die Eidgenossenschaft verfügt – auf Bundesebene – über keine Verfassungsgerichtsbarkeit (Art. 190 BV); das Bundesgericht hat also – um die Metaphorik noch etwas zu strapazieren – mit jenem Geschirr zu kochen, das es in der Küche vorfindet. Die Rolle der Gerichte erscheint damit zumindest in idealtypischer Hinsicht klar: Sie sollen schlichten und richten, nicht legiferieren und regieren. Und wenn die Gerichte das Bundesrecht einmal auf eine Weise auslegen, die dem Parlament nicht gefällt, so kann dieses flugs die Rechtsgrundlagen nach seinem Gusto ändern, worauf es an der Justiz ist, zu den geänderten Regeln wiederum ihre eigene Praxis zu entwickeln. Hierzu nur zwei Beispiele aus jüngerer Zeit: Nachdem es das Bundesgericht für erforderlich gehalten hatte, der Staatsanwaltschaft auf dem Wege der Rechtsprechung ein Beschwerderecht gegen Haftentlassungsentscheide an die Hand zu geben, wurde es vom Gesetzgeber zurückgepfiffen.[3] Dieselbe Reaktion war zu beobachten, als das Bundesgericht in Änderung seiner Praxis den behördlichen Anspruch auf Rückbau illegal ausserhalb der Bauzone erstellter Bauten keiner Verwirkungsfrist mehr unterstellte. Auch hier wurde die Gerichtspraxis auf dem Wege der Gesetzgebung umgehend korrigiert.[4]

Diese Beispiele veranschaulichen das helvetische Verständnis des Verhältnisses von Politik und Justiz, wie es in Art. 189 Abs. 4 und Art. 190 BV seinen Niederschlag gefunden hat. Der Grundsatz des *Primats der Politik* erleidet aber Ausnahmen: Soweit Rechte betroffen sind, welche die Europäische Menschenrechtskonvention – ein direkt anwendbarer völkerrechtlicher Vertrag, welcher einen Gerichtshof als individuell anrufbares Konventionsorgan vorsieht – gewährleistet, sind Vorrang und Verbindlichkeit der Bundesgesetzgebung suspendiert.

---

2 Peter Saladin, Kommentar zur BV 1874, Zürich 1986, Art. 3 N 79; der Begriff geht zurück auf Böhlau Hugo, Competenz-Competenz? Erörterungen zu Artikel 78 der Verfassung des Norddeutschen Bundes, Leipzig 1869.

3 Nachzulesen in BGE 149 IV 135 (mit Hinweisen auf die revidierte Gesetzgebung [Art. 222 StPO]).

4 BGE 147 II 309; vgl. Art. 25 Abs. 5 RPG in der Fassung der Änderung vom 29. September 2023, BBl 2023 2488.

Was aber geschieht, wenn der Schiedsrichter vom Torschiessen träumt? Wenn er es satthat, ständig mit Pfeife und farbigen Karten den Spielern hinterher zu jagen, um von diesen und dem Publikum erst noch beschimpft und angefeindet zu werden? Wenn er stattdessen auf dem Spielfeld für einmal als *proaktiver Macher* auftreten und das Spiel matchentscheidend mitgestalten möchte, um dafür bejubelt und gefeiert zu werden? Nun, die Umsetzung des schiedsrichterlichen Traums in die Realität würde zu Tumult und Spielabbruch führen. Der spielwütige Schiedsrichter würde daraufhin gesperrt; seine Karriere wäre wohl definitiv zu Ende, da er sich krass rollen- und kompetenzwidrig – *ultra vires* – verhalten hätte.

Ganz so handfest geht es im richtigen Gerichtsleben nicht zu. Auch hier kann aber immerhin umstritten sein, ob sich ein Gericht noch im Rahmen seiner Zuständigkeiten bewegt oder sich nicht vielmehr Kompetenzen anmasst, für welche es keine Grundlagen gibt.[5] Während, wie gesehen, in der Schweiz die Verfassung gewisse Vorsorge trifft, dass die Justiz der Politik nicht allzu sehr ins Gehege kommt, und, sollte dies doch vorkommen, flexible Reaktionsmöglichkeiten bestehen, ist gegen die Urteile des EGMR prinzipiell kein Kraut gewachsen: Weder unterzieht sie das Bundesgericht im Revisionsfall von Art. 122 BGG einer *Ultra-vires-Kontrolle,* noch kann sich der Gesetzgeber durch entsprechende Rechtssetzung missliebiger Rechtsprechung entziehen. Im Anwendungsbereich der EMRK gilt also der *Primat der Rechtsprechung* über die Politik.

Für die dergestalt erreichte Verrechtsstaatlichung hat der Staatsrechtler und Politikwissenschaftler Otto Kirchheimer vor fast hundert Jahren eine schöne Metapher gefunden: Der Staat lebe vom Recht, aber es sei kein Recht mehr, sondern ein Rechtsmechanismus, und jeder, der die Führung der Staatsgeschäfte zu erlangen glaube, bekomme statt dessen *«eine Rechtsmaschinerie in die Hand, die ihn in Anspruch nimmt wie einen Maschinisten seine sechs Hebel, die er zu bedienen hat»*.[6] Doch dabei bleibt es nicht. Im Anschluss an und in Weiterführung von Kirchheimers Thesen hat Gunther Teubner weitere Entwicklungsstadien skizziert:[7] Nach der Verselbständigung der «Rechtsmaschinerie» werde die

---

5 Franz C. Mayer, Kompetenzüberschreitung und Letztentscheidung, München 2000.

6 Otto Kirchheimer, Zur Staatslehre des Sozialismus und Bolschewismus (1928), in: Ders., Von der Weimarer Republik zum Faschismus, Frankfurt a.M. 1981, 32 ff., 37.

7 Gunther Teubner, Verrechtlichung – ein ultrazyklisches Geschehen, München 1997, 15 ff.; Ders., «Man schritt auf allen Gebieten zur Verrechtlichung», in: Marcus Lutter/Ernst C. Stiefel/Michael H. Hoeflich (Hrsg.), Der Einfluss deutschsprachiger Emigranten auf die Rechtsentwicklung in den USA und in Deutschland, Tübingen 1993, 505 ff.

Gesellschaft durchs Recht «kolonisiert»; als Reaktion repolitisiere sich die verrechtlichte Politik, was wiederum zur Verwandlung des Rechts in einen politischen Mechanismus (und damit, wie hinzuzufügen wäre, zur Politisierung der Justiz) führe – und so immer weiter. Teubner nennt diesen Vorgang ein *ultrazyklisches Geschehen* – doch damit komme ich definitiv vom Hundertsten zum Tausendsten.

Und wie gesagt: Metaphern sind Glückssache.

Kern und Teilgehalte des Prinzips der Verhältnismässigkeit

Jörg Paul Müller[*]

Das Prinzip der Verhältnismässigkeit (im Folgenden Vmk) ist zunächst im Verwaltungsrecht, dann auch im Staatsrecht zu einem kardinalen Gerechtigkeitskriterium für staatliche Anordnung geworden. Es besteht weithin Übereinstimmung, dass sich das Prinzip in verschiedene Teilaspekte (Eignung, Notwendigkeit und Zumutbarkeit) aufgliedern lässt; Kriterien, die *kumulativ* erfüllt sein müssen.[1] Dies kann zum Missverständnis führen, es sei in jedem Fall zu prüfen, ob alle Punkte positiv zu beurteilen seien, und in der Praxis oder in Prüfungen verleitet dies gerne zu einem schematischen Abhaken der verschiedenen Aspekte[2], wobei der substanzielle Kern des Prinzips der Vmk in den Hinter-grund tritt und die Frage übersehen wird, ob die konkreten Verhältnisse hinreichend berücksichtigt wurden, um die Adäquanz der Massnahme zu beurteilen. Es wird darum zu Recht nahegelegt, nach dem Beantworten der drei Teilfragen «nochmals die Grundfrage nach dem ‹rechten Mass›, dem ‹bon sens›» oder der Vernünftigkeit als Abschlussfrage zu stellen.[3]

---

[*] Professor emeritus für öffentliches Recht und Rechtsphilosophie.

[1] Das Bundesgericht prüft allerdings zum Teil nur einzelne der genannten Elemente. Praxisübersicht bei Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 2020, N 515.

[2] So auch Markus Müller, Verhältnismässigkeit, Bern 2013, 35. Nach Benjamin Schindler, Verwaltungsermessen, St. Gallen 2010, 304 mit N 402 kann eine zu mechanistische Anwendung des Dreischritts (Eignung, Notwendigkeit, Zumutbarkeit) zu einer Scheinpräzision und zur Meinung verführen, das Verhältnismässigkeitsprinzip sei ein einfacher Subsumtionsvorgang.

[3] Markus Müller (FN 2), 35. Eine ‹Schwäche› des Verhältnismässigkeitsprinzips kann man darin sehen, dass es zwar zu abwägender Reflexion bei der Suche nach rechtlichen Lösungen führt, aber die Frage offenlässt, mit was denn letztlich Anliegen und Mittel einer Anordnung des Staates abzuwägen seien. Der Verfassungstext von Art. 5 BV nennt vor dem Verhältnismässigkeitsprinzip im gleichen Absatz 2 das Erfordernis eines «öffentlichen Interesses», und Art. 36 Abs. 2 fügt diesem Erfordernis den Schutz der Grundrechte Dritter bei. Wie immer dies auch im Einzelnen dogmatisch einzuordnen ist, legen die Bestimmungen doch nahe, das eher formale Prinzip der

Wo dies zu verneinen ist, liegt Verfassungswidrigkeit vor, wie das folgende Beispiel zeigt.[4]

> Die kosovarische Staatsangehörige X. lebt seit 1992 in der Schweiz, hat hier Schulen durchlaufen und eine Lehre als Coiffeuse gemacht. Seit 2009 arbeitet sie als selbständige Coiffeuse. Sie hat zwei Kinder, deren Einbürgerung nichts im Wege stand. Am 8. Februar 2017 stellte die Mutter bei ihrer Wohngemeinde Q. ein Gesuch um ordentliche Einbürgerung. 2021 sicherte die Gemeindeversammlung von Q. der Frau das Gemeindebürgerrecht zu und leitete den Antrag um ordentliche Einbürgerung weiter. Im weiteren Verlauf lehnte jedoch die Einbürgerungskommission des Grossen Rates und ihr folgend der Grosse Rat im Jahr 2023 das Gesuch um Einbürgerung ab, obwohl die Frau nach den zur Zeit geltendem eidgenössischen und kantonalen Bürgerrechtsgesetzen alle Voraussetzungen der Einbürgerung und insbesondere das Erfordernis hinreichender Integration erfüllte; einer Einbürgerung stand einzig ein Passus des kantonalen Bürgerrechtsgesetzes von 2013 entgegen, nach dem zur Sicherung der wirtschaftlichen Integration kein Bürgerrecht an eine Person erteilt werden dürfe, die während eines hängigen Einbürgerungsverfahrens oder innert drei Jahren vor der Gesuchstellung von einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft betrieben worden sei. Der Grosse Rat wollte mit der Bestimmung sicherstellen, dass neue Bürger auch wirtschaftlich zuverlässig seien; darum sollte sie absolut gelten. Diese Einbürgerungsvoraussetzung wurde von Frau X. nicht erfüllt; denn sie war während des hängigen Einbürgerungsverfahrens dreimal von öffentlich-rechtlichen Körperschaften betrieben worden; darum erfülle sie – trotz zwischenzeitlicher Begleichung aller zugrundeliegenden Schulden – die ‹absolut› geltende Voraussetzung gemäss § 9 Abs. 5 des Gesetzes nach Ansicht des Grossen Rates nicht.
>
> Gegen den ablehnenden Entscheid des Grossen Rates erhob Frau X. Beschwerde beim kantonalen Verwaltungsgericht mit den Anträgen, den Beschluss des Grossen Rates vom 20. Juni 2023 aufzuheben und das Einbürgerungsgesuch zu genehmigen.
>
> Dem Verwaltungsgericht stand nach kantonalem Recht keine Ermessenskontrolle zu. Hingegen prüfte das Gericht, ob die Verweigerung des Bürgerrechts an Frau X. einzig wegen der drei im Betreibungsregister gegen sie verzeichneten Betreibungen mit dem übergeordneten Recht des Bundes und insbesondere dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit in Einklang sei. Das Gericht fand, die kantonale Regelung in § 9 Abs. 5 Bürgerrechtsgesetz führe – absolut verstanden – zu unverhältnismässigen Resultaten; die Bestimmung sei deshalb nicht anwendbar. Daran ändere nichts, dass die Mehrheit des Grossen Rates sich wiederholt und trotz Kenntnis der damit verbundenen Verfassungsproblematik dafür entschieden habe, § 9 Abs. 5 KBüG als absolutes Ausschlusskriterium auszugestalten.[5]

Proportionalität immer im Lichte der massgebenden verfassungsmässigen öffentlichen Interessen (oder dem gebotenen Schutz der Grundrechte Dritter) zu sehen.

4 Verwaltungsgericht des Kantons Aargau, Urteil vom 26. Februar 2024, WBE.2023.286, Internet: ‹https://gesetzessammlungen.ag.ch/app/de/decrees/8721› (Abruf 14.6.2025).

5 Verwaltungsgericht des Kantons Aargau, Urteil vom 26. Februar 2024, WBE.2023.286, Internet: ‹https://gesetzessammlungen.ag.ch/app/de/decrees/8721›.

Das sehr detailliert begründete und auch in dogmatischer Hinsicht vielschichtige Urteil des Verwaltungsgerichts wirft eine ganze Fülle von Diskussionspunkten auf. Hier sei nur auf die Art der Anwendung des Prinzips der Vmk nach Art. 5 Abs. 2 BV hingewiesen. Wäre das Gericht nach Lehrbuch vorgegangen, hätte es der Reihe nach geprüft, ob die sog. Teilgehalte des Prinzips, nämlich Eignung, Erforderlichkeit und Zumutbarkeit kumulativ erfüllt seien. Das Gericht ging anders vor: Fallentscheidend scheint nicht eine lückenlose Prüfung der Teilaspekte des Prinzips der Vmk gewesen zu sein, sondern der Gesamteindruck, die wörtliche Anwendung des kantonalen Gesetzes würde unter Würdigung der gesamten Verhältnisse als «unbillig» (Urteilsbegründung E. 6.2) erscheinen. Tatsächlich berührt das Gericht damit den Kernpunkt der Verfassungsgarantie des Art. 5 Abs. 2 BV, nämlich den Grundsatz, eine Anordnung sei rechtlich nicht haltbar, wenn sie unter Berücksichtigung der konkreten Verhältnisse im Lichte des angestrebten Ziels unvernünftig[6], unbillig, ungerecht, erscheine.[7]

Entscheidend war aus dieser Sicht in unserem Fall die Frage, ob das Vorliegen bestimmter Betreibungen als «absolutes» Hindernis einer Einbürgerung rechtens sein könne, ungeachtet des Umstands, dass alle übrigen gesetzlichen Voraussetzungen einer Einbürgerung erfüllt seien. Der Grosser Rat und seine Kommission hatten die Frage der Zulässigkeit eines solchen absoluten Kriteriums der Einbürgerung bejaht, das Verwaltungsgericht verneinte sie wegen Verletzung des Verhältnismässigkeitsprinzips der Verfassung. Dominierend für den richterlichen Entscheid war nicht eine lehrbuchgetreue Untersuchung der sog. Teilgehalte des Verhältnismässigkeitsprinzips, sondern eine Gesamtwürdigung der zu beurteilenden Situation nach dem Massstab der «Billigkeit» (E. 6.2 des Urteils), wie sie das Verhältnismässigkeitsprinzips fordert.

Birgt diese Konzentration auf die Frage, ob eine staatliche Massnahme unter Berücksichtigung der gesamten Umstände vertretbar, vernünftig, billig sei, nicht die Gefahr allzu subjektiver Beurteilung in sich? Gewiss sind solche Entscheide nie ganz ohne subjektive Wertung, ohne subjektives Rechtsempfinden möglich. Es ist aber zu bedenken, dass auch die je einzelne Beantwortung der Teilaspekte des

---

6 Zum Erfordernis der Vernünftigkeit s. die bei Müller (FN 2), 11 in Anm. 38 zit. Literatur.

7 Auf die Kognitionsproblematik, die diese Prüfung kantonalen Rechts auf Verfassungskonformität aufwirft, ist hier nicht einzugehen; vgl. dazu etwa Häfelin/Müller/Uhlmann (FN 1), N 517 ff.

Verhältnismässigkeitsprinzips nicht ganz ohne subjektive Würdigung möglich ist,[8] sondern immer mit Wertungen im Spannungsfeld von ethisch-moralischen oder politischen Kriterien verbunden bleibt, die von den richtenden Instanzen oder Personen vor den Parteien und der Rechtsgemeinschaft zu begründen und zu verantworten sind. Kriterien wie ‹notwendig› oder ‹geeignet› können – durch zu enge Definitionen in Lehre und Praxis – zu Begriffen erstarren, von denen angeblich im Wege wertungsfreier Subsumtion/Deduktion richtige Lösungen erwartet werden. Ein zu schematisches Vorgehen kann von der ursprünglich materiellen Grundfrage ablenken, ob ein faires Verhältnis zwischen (hinreichend eruiertem) Tatbestand, erstrebtem Regelungsziel und konkret angeordneter Rechtsfolge vorliege oder nicht.

Markus Müller hat den Gedanken vertieft: «Die Verhältnismässigkeit ist als Maxime rechtsstaatlichen Handelns in der Verfassung explizit verankert. Sie ist aber weit mehr als eine ‹blosse› rechtliche Regel. Die Verhältnismässigkeit gründet tiefer. Als moralische Metaregel beruht sie auf einem traditionellen und entsprechend stabilen gesellschaftlichen Konsens. Dies – und auch die Konsequenzen daraus – mit aller Klarheit festzustellen, könnte dazu beitragen, im politisch-juristischen Diskurs den einen oder anderen «Leerlauf» zu verhindern.»[9]

[8] So auch Müller (FN 2), 35 c, 38.

[9] Markus Müller, Über Leerlauf, Lumpen und Laien, ZBl 2/2016, 57 ff.

Gute Führung

Stefan Müller[*]

Wegen guter Führung kann man sogar vorzeitig entlassen werden – aus dem Gefängnis. Das ist allerdings nicht unser Thema. Es geht hier um Führung im Sinne von Steuerung, «Leadership», insbesondere in Politik und Verwaltung.

Was zeichnet gute Führung aus? Es gibt unzählige Ratgeber, Kurse, Seminare, Bücher, die uns darüber belehren. Ich kann nur aus meiner persönlichen Erfahrung schöpfen, als Geführter und als Anführer.

Das Wichtigste: **Vorbild sein!** Die Werte oder Verhaltensweisen, die man befolgt sehen möchte, muss man vorleben. Das gilt für respektvollen Umgang, Korrektheit und auch Pünktlichkeit (heute etwas aus der Mode gekommen) genauso wie für Verlässlichkeit und Verbindlichkeit. Es geht um die Glaubwürdigkeit als Führungsperson, gegen innen und gegen aussen. Integrität ist ein hoher Wert. Wer in dieser Hinsicht richtig handelt, macht in der Regel wenig falsch und darf sich auch einmal irren.

Zentral ist auch: **Hinstehen.** Als Leader und als Vorgesetzter muss ich auch und gerade dann hinstehen, den Kopf herhalten, wenn es unangenehm ist, wenn etwas schiefgelaufen ist – unabhängig davon, ob ich persönlich Schuld trage. Wer nur Deckung sucht, ist kein Führer und verdient keine Gefolgschaft. Leadership heisst, Verantwortung übernehmen. Fehlleistungen nachher genau analysieren und aufarbeiten und die nötigen Lehren daraus ziehen, das ist eine andere Ebene, allerdings eine ebenso wichtige.

Authentisch sein: Nach meiner Erfahrung ist Authentizität wichtiger als Perfektion. Natürlich: eine Führungsperson muss immer ein Stück weit eine Rolle spielen, etwa die eines Regierungsrates oder eines Generalsekretärs oder eines Professors, mit allen damit verbundenen unausweichlichen Erwartungen. Aber die eigene Persönlichkeit bleibt zentral und prägt das Führungsverhalten. Ich halte das für erfolgversprechender als das strikte Handeln nach einem bestimmten Führungsratgeber.

[*] Dr. iur., Solothurn.

Führen heisst entscheiden! Richtig zu entscheiden ist immer das oberste Ziel. Aber: lieber einmal nur halbrichtig oder ein anderes Mal sogar falsch entscheiden, als gar nicht zu entscheiden und alles in der Schwebe zu lassen. Ich plädiere nicht für Aktionismus, aber für rasche Entscheide, wenn die wichtigen Fakten bekannt sind. Nichts lähmt ein Team mehr als ein Chef, der zaudert und zögert und stets noch mehr Abklärungen fordert, obwohl allen (vielleicht ausser dem Chef) längst klar ist, was Sache ist.

Verantwortung übertragen: Nicht so tun, als sei man für alle Details zuständig und auch kompetent. Wer die richtigen Personen um sich hat, der darf und soll ihnen auch Verantwortung übertragen und Vertrauen schenken. Dazu gehört auch, den Mitarbeitenden gegenüber transparent zu sein, ihnen das mit auf den Weg zu geben, was man weiss oder zu wissen meint. Ein besseres Mittel, die Motivation zu steigern, ist mir nicht bekannt. Trotzdem: natürlich bleibt der Anführer verantwortlich auch für das Handeln der Mitarbeitenden in ihrem delegierten Bereich.

Verantwortung übertragen lässt sich nur verantworten, wenn man die **richtigen Leute um sich schart**. Die Auswahl von Mitarbeitenden ist absolut zentral für das Wohlbefinden als Führungsperson; sie erfordert höchste Sorgfalt, im eigenen Interesse und im Interesse des gesamten Teams. Und wenn man sich trotzdem getäuscht hat (oder getäuscht wurde): so rasch wie möglich die Notbremse ziehen. Natürlich: In der Verwaltung setzt das Personalrecht Grenzen. Aber es ist oft nicht das Recht, das am Handeln hindert, sondern der fehlende Mut, auch der Mut, den mit der Anstellung begangenen Fehler einzuräumen.

Wer ein kompetentes Team an seiner Seite weiss, der braucht nicht für jede halbwegs strittige Frage den Rat von **externen Experten**, sondern nimmt deren Dienste nur in Anspruch, wenn es um spezielles Fachwissen geht, das vernünftigerweise nicht intern verfügbar ist. Heerscharen von Beratern leben gut davon, dass dieser Grundsatz immer weniger befolgt wird.

Realistisch sein: Das heisst insbesondere, nicht den Anspruch haben, andere Menschen verändern zu können. Es ist schon schwierig genug, sich selbst ändern zu wollen. Richtig ist, von Mitarbeitenden oder Regierungskollegen im Hinblick auf eine bestimmte gemeinsame Zielsetzung kompetente und effiziente Leistung und tadelloses Verhalten zu verlangen. Mehr aber nicht; es geht um Zweckgemeinschaften, nicht Lebensgemeinschaften (wobei auch in letzteren der Anspruch, den anderen verändern zu wollen, fatal sein kann).

Wer sein Führungsverhalten an diesen Maximen ausrichtet, verdient Belobigung und Beförderung, sicher aber nicht vorzeitige Entlassung.

Von Bern nach Brüssel und zurück – Zum *Proposal Shaping* beim Erlass von EU-Recht

Matthias Oesch[*]

Die Schweiz und die EU sind durch ein dichtes Netz von bilateralen Abkommen verbunden. Diejenigen Abkommen, welche die Integration der Schweiz in den unionalen Rechtsraum bezwecken und auf Rechtsakte der EU verweisen, müssen periodisch an das sich weiterentwickelnde EU-Recht angepasst werden; andernfalls ist ihr gutes Funktionieren gefährdet. Das gilt paradigmatisch für das Schengen-Assoziierungsabkommen (SAA). Seit 2004 wurden der Schweiz mehr als 440 Schengen-relevante Rechtsakte notifiziert, welche die Schweiz allesamt – mitunter auch erst nach einer Referendumsabstimmung wie 2009 (biometrischer Pass), 2019 (Waffenrecht) und 2022 (Frontex) – übernommen hat. Auch die Abkommen der Bilateralen I von 1999 werden routinemässig angepasst (sofern die EU eine Übernahme nicht blockiert, um den Abschluss neuer institutioneller Regeln voranzutreiben).

Vereinzelt regeln die Abkommen – gleichsam als «das institutionelle Gegengewicht»[1] zur Übernahme von EU-Recht – den Einbezug von Sachverständigen aus der Schweiz bei der Vorbereitung neuer Rechtsakte in der EU (*Proposal* oder *Decision Shaping*). Einige Abkommen enthalten allgemeine Vorgaben; andere regeln die Teilnahme in Ausschüssen und bei der Vorbereitung von Durchführungsmassnahmen der Kommission. Eine Vereinbarung von 2011 legt die Modalitäten der Beteiligung an Komitologieausschüssen fest. In der Praxis hat sich zudem eingebürgert, dass die Schweiz bei Schengen-relevanten Geschäften auch an den Beratungen in den Ratsarbeitsgruppen und auf Ministerstufe – im Normalfall im Rat für Justiz und Inneres (JI-Rat) – teilnehmen kann.[2] Die Stimmrechte bleiben naturgemäss den EU-Mitgliedstaaten vorbehalten (*Decision Making*).

---

[*] Prof. Dr. iur., Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Europarecht und Wirtschaftsvölkerrecht an der Universität Zürich.

[1] Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulats Hans Fehr 10.3857 vom 1. Oktober 2010 «Konsequenzen des Schengen-Anpassungszwangs» vom 7. Juni 2013, BBl 2013 6319, 6332.

[2] Georges Baur, Die EWR/EFTA-Staaten im Schengen/Dublin-System, in: Stephan Breitenmoser et al. (Hrsg.), Schengen und Dublin in der Praxis, Zürich 2015, 27 ff., 30.

Die Schweiz macht von diesen Mitwirkungsrechten durchaus Gebrauch. Bei der Schengen-relevanten Novellierung der Waffenrichtlinie 91/477/EWG brachte die Schweiz «ihre Anliegen bei den Beratungen im Rat aktiv ein und versuchte, die anderen Schengen-Staaten und später auf informellem Wege auch die grossen Parteien im Europäischen Parlament für die schweizerischen Eigenheiten und Traditionen im Schiesswesen zu sensibilisieren».[3] Im Verbund mit gleichgesinnten Staaten gelang es der Schweiz, den Vorschlag der Kommission abzuschwächen. Weiter überzeugte sie die gesetzgebenden Organe der EU, einer spezifisch auf die Verhältnisse in der Schweiz zugeschnittenen – wenngleich allgemein formulierten – Bestimmung zuzustimmen, wonach Armeeangehörige die Feuerwaffe nach Dienstende behalten können; ein *Swiss Finish* in einer Richtlinie der EU! Auch bei der umfassenden Reform des Migrations- und Asylrechts der EU von 2024 hat sich die Schweiz «im Rahmen ihrer Mitwirkungsrechte als ein an Schengen und Dublin assoziierter Staat aktiv und konstruktiv in die Diskussionen […] eingebracht».[4]

Unbefriedigend verlief die Übernahme der Drohnen-Verordnung 2019/947 in das Luftverkehrsabkommen (LVA). Der Schweiz gelang es bei der Ausarbeitung der Verordnung zwar, den Inhalt «in Zusammenarbeit mit dem Schweizerischen Modellflugverband (…) in verschiedenen Punkten erfolgreich [zu] beeinflussen».[5] Gleichwohl beauftragten National- und Ständerat in einer Motion den Bundesrat, bei der Übernahme dieser Verordnung den traditionellen Modellflug auszunehmen. Wenig überraschend biss der Bundesrat mit dieser Forderung bei der Europäischen Kommission auf Granit. Er akzeptierte die Übernahme der Verordnung schliesslich ohne Schweiz-spezifische Sonderregeln. Nach dem Erlass der Verordnung in der EU war der Zug abgefahren.

---

3 Botschaft zur Genehmigung und Umsetzung des Notenaustauschs zwischen der Schweiz und der EU betreffend die Übernahme der Richtlinie (EU) 2017/853 zur Änderung der EU-Waffenrichtlinie (Weiterentwicklung des Schengen-Besitzstands) vom 2. März 2018, BBl 2018 1881, 1887.

4 Erläuternder Bericht zur Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens, Genehmigung und Umsetzung der Notenaustausche zwischen der Schweiz und der EU betreffend die Übernahme der Verordnungen (EU) 2024/1351, (EU) 2024/1359, (EU) 2024/1349, (EU) 2024/1358 und (EU) 2024/1356 (EU-Migrations- und Asylpakt) vom 14. August 2024, 19.

5 Stellungnahme des Bundesrates vom 2. September 2020 zur Motion 20.3916 «Ausnahme des Modellflugs von der EU-Drohnenregelung».

Die Bundesverwaltung ist bei den Arbeiten zum *Proposal Shaping* federführend. Sie tauscht sich mit den Verbänden und weiteren Kreisen aus, priorisiert die Geschäfte, stimmt sich mit gleichgesinnten EU-Mitgliedstaaten ab und bringt sich in den Arbeitsgruppen der EU ein. Sie involviert den Bundesrat bei politisch sensiblen Geschäften. Demgegenüber ist die Rolle der Bundesversammlung bescheiden, obwohl den Bundesrat bei «wichtigen aussenpolitischen Entwicklungen» (Art. 152 Abs. 2 ParlG; Information) und bei «wesentlichen Vorhaben» (Art. 152 Abs. 3 ParlG; Konsultation) eine Bringschuld zuhanden der Aussenpolitischen Kommissionen der Bundesversammlung trifft. Die Gründe hierfür sind unklar. Es mag daran liegen, dass den Parlamentarierinnen und Parlamentariern und den Kommissionssekretariaten das erforderliche Fachwissen fehlt. Es mag daran liegen, dass ihnen das Sensorium für die Bedeutung neuer EU-Rechtsakte abgeht. Bezeichnend dürfte sein, dass sich die Kommissionen im Vorfeld der oben skizzierten Neufassung der EU-Waffenrichtlinie soweit ersichtlich nicht aktiv einbrachten. Sofern eine Beteiligung stattfindet, sind die Kommissionen zudem auf Vorarbeiten der Bundesverwaltung angewiesen. Ihre Sekretariate verfügen kaum über ausreichende Ressourcen, um die Informationen adressatengerecht aufzubereiten. Es besteht ein Informations- und Ressourcengefälle.

Was ist zu tun? Zentral ist, dass die Kommissionen frühestmöglich und adressatengerecht über Rechtsetzungsvorhaben in der EU informiert werden.[6] Ungeachtet der Bringschuld des Bundesrates müssen die Kommissionen die Informationsbeschaffung und -aufbereitung von sich aus verbessern, sei's durch eine stärkere Ausstattung ihrer Sekretariate, sei's durch die Inanspruchnahme der Vorarbeiten des EFTA-Sekretariats, des EWR-Parlamentarierausschusses oder anderer Stellen in Brüssel.[7] Während die Kantone eine eigene Vertretung in Brüssel unterhalten,

---

6 S. auch Parlamentarische Initiative 23.446 «Ständige Subkommission für Europafragen der Aussenpolitischen Kommission des Nationalrates», Bericht der APK-N vom 19. Juni 2023, BBl 2023 1574; Motion 10.3005 «Massnahmen zur frühzeitigen Information des Parlamentes über relevante europäische Gesetzgebungsentwürfe»; Postulat 18.3059 «Zukünftige parlamentarische Mitwirkung in Angelegenheiten Schweiz/EU»; Thomas Pfisterer, Ein Plus für die Demokratie, Zürich 2021, 85–144; ders., Vom Beitrag des Parlaments zur dynamischen Rechtsübernahme, ZBl 2024, 401 f.; Samuel Muralt/Florent Tripet Cordier, Art. 152, in: Martin Graf/Andreas Caroni (Hrsg.), Parlamentsrecht und Parlamentspraxis der Schweizerischen Bundesversammlung: Kommentar zum Parlamentsgesetz (ParlG), 2. Aufl., Basel 2024, *passim*.

7 S. zum EFTA-Sekretariat als «zentrale Koordinations- und Vorbereitungsstelle hinsichtlich der Übernahme von EU-Recht in den EWR» Georges Baur, Chancen und Grenzen des *decision shaping*, EuR Beiheft 1 2020, 17 ff., 28.

hat die Bundesversammlung keinen solchen Kontakt. Die Einrichtung einer solchen Stelle ist prüfenswert. Institutionell geht der weitreichendste Vorschlag dahin, neue Europakommissionen des National- und Ständerates – oder eine gemeinsame Europakommission – einzurichten.[8] Auch die Zusammenarbeit zwischen der Bundesversammlung und dem Europäischen Parlament sollte intensiviert werden. Unabhängig davon müssen die beteiligten Kommissionen und Personen das Bewusstsein dafür schärfen, dass Brüsseler Rechtsetzungsprozesse eine enge parlamentarische Begleitung verdienen. Hier bedarf es eines Kulturwandels.

Der Nationalrat hat 2023 die Grundlagen für die Errichtung einer ständigen Subkommission für Europafragen geschaffen und damit einen wichtigen Pflock eingeschlagen. Nun steht die nächste Herausforderung vor der Tür. Mit der geplanten Dynamisierung der Binnenmarktabkommen nimmt der Bedarf an Ressourcen und Instrumenten weiter zu. Die dynamische Rechtsübernahme führt dazu, dass die Schweiz sektoriell noch enger in den unionalen Rechtsraum eingebunden wird. Das bereits bestehende Spannungsverhältnis zwischen der fortlaufenden Europäisierung des Rechts und der (direkten) Demokratie verstärkt sich weiter. Umso dringlicher ist es, den Inhalt der betroffenen Rechtsakte mitzugestalten. Dabei verändert sich der tradierte Integrationsmodus der Schweiz. Die traditionelle Politik des Bilateralismus trägt reaktive Züge. Die Schweiz übernimmt passiv «fertiges» EU-Recht. Demgegenüber verlangt die Mitarbeit in unionalen Gremien ein proaktives Engagement – verbunden mit der Verpflichtung, Mitverantwortung für die Politikgestaltung im paneuropäischen Kontext zu übernehmen. Das Parlament tut gut daran, sich dessen bewusst zu sein, wenn es die neuen institutionellen Regeln und Verträge mit der EU und ihre Umsetzung berät. Dazu gehören auch Massnahmen, mit denen sich die schweizerische Bundesversammlung in der Brüsseler Rechtsetzungsmaschinerie Gehör verschaffen kann.

[8] Die Parlamente aller EU-Mitgliedstaaten haben Europakommissionen und unterhalten «Aussenposten» in Brüssel. Ähnliches gilt für das norwegische Parlament (European Consultative Committee; Aussenstelle in Brüssel) und das liechtensteinische Parlament (EWR/Schengen-Kommission).

(Vor-)Urteile?

René Pahud de Mortanges[*]

Markus Müller hat zu Recht darauf hingewiesen, dass es schwierig ist, glaubwürdig religiöse Neutralität zu leben, wenn eine Mehrzahl der staatlichen Amtsträger religiös geprägt ist.[1] Das wirkt sich manchmal zulasten der als «fremd» empfundenen Religionen aus. Nicht wenige Kantone lassen ihr Rechtsinstitut der öffentlich-rechtlichen Anerkennung verkümmern, um nicht muslimische Vereinigungen anerkennen zu müssen. Wie es ein kantonaler Regierungsrat unter vier Augen sagte: dieses Thema liegt bei uns im Giftschrank.

Eindrücklich ist auch, mit welchem Rigor gelegentlich staatliche Amtsträger – sozusagen im Kampf gegen die eigene Prägung – christliche Religionsausübung marginalisieren. Eine freikirchliche Taufe am Sonntagmorgen am Seeufer?[2] Eine Fronleichnams-Miniaturprozession auf dem Gehsteig um eine katholische Kirche?[3] Auf gar keinen Fall![4] Gut, das sind Fälle aus dem Kanton Genf, wo die Politik bekanntlich seit 1907 «St. Laïcité» huldigt.[5] Aber was ist mit der Heilsarmee in Neuenburg, die in ihrem u.a. mit staatlichen Geldern betriebenen Pflegeheim die Sterbeorganisation Exit nicht verbieten darf?[6] Was mit den Stadtzürcher Behörden, die jedes Jahr den offenbar unerträglichen «Marsch für's Läbe»[7] der Abtreibungsgegner auf periphere Routen verbannen oder gleich ganz verbieten? So weltoffen ist Zürich! Abtreibungsgegner *pfui*, Zurich Pride Festival *hui* (und Alain Berset swingt 2023 florbehangen mit).

---

[*] Prof. Dr. iur. utr., Universität Fribourg.

1 Markus Müller, Religion im Rechtsstaat. Von der Neutralität zur Toleranz, Bern 2017.

2 BGer 2C_87/2023, 23.2.2024.

3 BGer 2C_285/2023, 13.9.2023.

4 Und auch keine religiösen Symbole für Behördenvertreter und Parlamentsmitglieder: BGE 148 I 50.

5 Vgl. dazu Etienne Grisel, Laïcité de l'Etat et ses agents, in : Mélanges en l'honneur du professeur Benoît Bovay, Bern 2024, 455 ff.

6 BGer 2C_66/2015, 13.9.2016.

7 Internet: ‹https://www.marschfuerslaebe.ch› (Abruf 14.5.2025).

Ein gutes Beispiel kryptischer Religionsphobie dokumentiert auch der NZZ-Bericht über die öffentliche Urteilsberatung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 17. Januar 2025 zur katholischen Mädchenschule St. Katharina in Wil.[8] Der Besuch dieser privaten, aber mit öffentlichem Auftrag versehenen Sekundarschule ist freiwillig; es gibt in Wil auch eine öffentliche Schule für Mädchen und Knaben. Freiwillig ist auch die Teilnahme am religiösen «Zusatzangebot» der Schule (Gottesdienste, Assisi-Woche). Geht gar nicht, befanden gemäss Bericht drei der fünf Bundesrichterinnen und -richter. Sie waren überzeugt: Die Nichtteilnahme übe sozialen Druck auf die Schülerinnen aus. Ebenso wussten sie, dass es heute die Knaben sind, die schulische Förderung brauchen, nicht jedoch die Mädchen. Die Existenz einer guten Mädchenschule stelle also eine Diskriminierung von Knaben dar.

Gemäss Bericht wurde die Diskussion im Richterkollegium zunehmend gehässiger. Uns zeigt er auf eindrückliche Weise, wie unterschiedlich Richterinnen und Richter exakt dieselben Fakten bewerten. Aber auch, wie sehr ihre *subjektiven* Ansichten und Wertungen, wenn nicht gar ihre Vorurteile ihre Urteile prägen.

Die Rechtswissenschaft hat in der Moderne eine ausdifferenzierte Methodik hervorgebracht, welche den rechtssuchenden Menschen suggeriert, dass die Urteilsfindung nach objektiven Kriterien geschieht und daher Gerechtigkeit herrscht. Die Urteilsverhandlung in Lausanne ist ein Anschauungsbeispiel dafür, dass das so nicht stimmt. Zu welchem Resultat staatliche Amtsträger bei Güterabwägungen kommen, hängt (auch) von ihren subjektiven Ansichten ab. Und in diesem Fall meinte die Mehrheit der Bundesrichter offenbar genau zu wissen, was an einer Mädchenschule mit religiösem Zusatzangebot nicht stimmt. Das damit absehbare Ende des «Kathi» in Wil zeigt auch, wie religiöse Institutionen heute in das Prokrustesbett des säkularen Mainstreams gepresst werden; was nicht passt, wird abgeschnitten.

Rückblende: Eine Dorfschule im katholischen Kanton Luzern der 1960er-Jahre, ebenfalls mit reichlichem religiösen «Zusatzangebot»: wöchentliche Schulgottesdienste, katholischer Religionsunterricht vom Dorfpfarrer, Wallfahrten. Als einziger Nichtkatholik der Schule war der Schreibende von allem dispensiert. Gleichwohl hat er manchmal aus Neugier teilgenommen. Traumatisiert hat ihn das nicht, wohl aber seinen Horizont erweitert.

---

[8] Matthias Sander, Mädchenschule diskriminiert Knaben, NZZ vom 18. Januar 2025, 12. Die schriftliche Urteilsbegründung wurde nach Abgabe dieses Beitrages veröffentlicht: BGer, 2C_405/2022, 17.1.2025.

Umweltgerechtigkeit als Prinzip des Umweltrechts

*Meret Rehmann**

Viele Arten von Umweltbeeinträchtigungen betreffen die Bevölkerung ungleichmässig. Personen sind insbesondere abhängig von Geschlecht, Alter oder sozioökonomischem Status mehr oder weniger stark Umweltbeeinträchtigungen ausgesetzt. Beispielsweise sind, wie empirische Daten belegen, vor allem ältere Frauen von durch den Klimawandel zunehmenden Hitzetagen lebensbedroht,[1] und die Auswirkungen von Verkehrslärm oder Luftverschmutzung treffen vor allem Personen mit niederem Einkommen.[2] In der Ausgestaltung und konkreten Anwendung von umweltrechtlichen Normen stellt sich daher die Frage, ob die in der Wirklichkeit feststellbaren Ungleichheiten zu dulden sind, oder ob grundlegende Gerechtigkeitsüberlegungen angezeigt sind.

Im angloamerikanischen Rechtskreis ist das Konzept von «Environmental Justice» ein fester Begriff. Historischer Hintergrund sind Protestbewegungen in den USA in den späten 1970er- und im Verlaufe der 1980er-Jahre gegen Planungen von Schadstoffdeponien, die vorrangig in Gebieten mit einem hohen Anteil an schwarzer Wohnbevölkerung erstellt wurden.[3] Seither ist die Thematik eine Quelle von reichhaltiger empirischer, soziologischer, aber auch rechtswissenschaftlichen

* Dr. iur. Meret Rehmann, Advokatin, Lehrbeauftragte für Umweltrecht an der Universität Bern.

1 Vgl. Übersicht über die Studienlage in Cordelia Bähr/Ursula Brunner/Kristin Casper/Sandra Lustig, KlimaSeniorinnen: lessons from the Swiss senior women's case for future climate litigation, Journal of Human Rights and the Environment 2018, 194 ff., 200.

2 Environmental health inequalities in Europe. Second assessment report. Copenhagen: WHO Regional Office for Europe; 2019, 57 ff. (Luftverschmutzung); 66 ff. (Lärm); vgl. spezifisch für die Lärmbelastung in der Schweiz auch BFS – Erhebung über die Einkommen und Lebensbedingungen (SILC), 2023, Internet: ‹https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/bevoelkerung/migration-integration/integration-indikatoren/lebensbedingungen-armut/wohnbedingungen.html› (Abruf am 23.1.2025).

3 Vgl. Paul Mohai/David Pellow/Timmons J. Roberts, Environmental Justice, Annual Review of Environment and Resources 2009, 405 ff., 408 f.

Forschung.[4] Die US-amerikanische Environmental Protection Agency (EPA) unterhält seit 1992 eine Abteilung, die sich spezifisch dem Thema widmet.[5] «Environmental Justice» bedeutet gemäss der EPA, dass alle Personen, ungeachtet ihres Einkommens, Rasse, Herkunft oder Behinderung bei umweltrelevanten Entscheidungen gerecht behandelt werden und vor disproportionalen nachteiligen Umweltbeeinträchtigungen geschützt werden.[6] Umweltgerechtigkeit umfasst daher eine partizipative, eine distributive und eine reparative Dimension. In der Schweiz finden sich bislang hingegen kaum juristische Diskussionen über ein Konzept, das Gerechtigkeit und Umweltrecht zusammendenkt. Dabei gibt es durchaus Grundlagen, auf die sich ein solches Konzept rechtsdogmatisch abstützen könnte:

Erstens enthält das in der BV verankerte[7] und als «fundamentaler, übergeordneter Grundsatz» des Umweltrechts anerkannte[8] Nachhaltigkeitsprinzip auch eine soziale Dimension.[9] Im Einklang mit der völkerrechtlichen Bedeutung des Nachhaltigkeitsprinzips ist nur nachhaltig, was aus ökologischer, wirtschaftlicher und eben auch sozialer Sicht verträglich ist.[10] Nicht nur die soziale Beziehung zwischen aktuellen und künftigen Generationen ist dabei wichtig, sondern auch eine intragenerationelle gerechte Lastenverteilung von Umweltproblemen ist Teil

---

4 Vgl. Mohai/Pellow/Roberts (FN 3).

5 Das Office of Environmental Justice (OEJ), heute das Office of Environment and External Civil Rights (OEJECR). Im Rahmen des grossflächigen Abbaus von staatlichen Institutionen unter der zweiten Trump-Administration ist es jedoch zum Zeitpunkt der Verfassung dieses Editorials unklar, ob diese Abteilung weiter unterhalten wird.

6 Internet: ‹https://search.epa.gov/epasearch/?querytext=environmental+justice&areaname=&areacontacts=&areasearchurl=&typeofsearch=epa&result_template=&referer=https%3A%2F%2Fwww.epa.gov%2Fhome%2Fpage-not-found#/› (Abruf am 15.7.2025); vgl. auch die Umschreibung der kanadischen Umweltbehörde, Internet: ‹https://www.canada.ca/en/environment-climate-change/services/strategic-policy-branch/environmental-justice.html› (Abruf am 15.7.2025).

7 Vgl. Art. 2 Abs. 2 und Art. 73 BV.

8 Alain Griffel, Umweltrecht in a nutshell, 3. A., Zürich 2023, 18; Alain Griffel, Grundprinzipien des Umweltrechts, Zürich 2001, 11 ff.

9 Vgl. BGE 149 I 182 E. 3.3.1 ff.

10 Vgl. UN Resolution A/70/L.1, 2030 Agenda for Sustainable Development vom 25. September 2015; UN-Dokument A/42/427. Our Common Future: Report of the World Commission on Environment and Development (sog. Brundtland-Bericht), 1987, Kapitel 1, Ziff. 43.

einer nachhaltigen Entwicklung.[11] Somit lässt sich das Zusammendenken von Umweltauswirkungen und sozialer Gerechtigkeit (auch) auf das Nachhaltigkeitsprinzip abstützen.

Zweitens hat die Schweiz die Aarhus-Konvention[12] am 3. März 2014 ratifiziert. Umweltgerechtigkeit bedingt auch die Möglichkeit für Personen, die von Umweltschäden betroffen sind, sich dagegen rechtsstaatlich zur Wehr zu setzen. Diese verfahrensrechtliche Ausprägung der Umweltgerechtigkeit liegt im Zentrum der Stossrichtung der Aarhus-Konvention.[13] Sie verpflichtet die Vertragsstaaten einerseits zu einer weitgehenden Transparenz des umweltrelevanten Verwaltungshandelns sowie andererseits zur möglichst weiten Gewährung der Beteiligungs- und Mitwirkungsrechte im Vorfeld sowie auch im Nachgang von behördlichen Entscheiden. Zentrales Leitbild der Konvention ist dabei das Recht *eines jeden* Menschen, in einer seiner Gesundheit und seinem Wohlbefinden zuträglichen Umwelt zu leben (Präambel, Abs. 7, Hervorhebungen hinzugefügt). Die Aarhus-Konvention ist als völkerrechtlich verbindlicher Vertrag Maxime und Schranke der Handlungsspielräume des nationalen Gesetzgebers. Die Aarhus-Konvention zeigt zudem zunehmend Einfluss auf die Rechtsprechung.[14]

Drittens ist im Zusammenhang mit einer in der Wirklichkeit feststellbaren Ungleichheit das Rechtsgleichheitsgebot von Art. 8 BV relevant. Das Grundrecht auf rechtsgleiche und diskriminierungsfreie Behandlung gilt in der gesamten Rechtsordnung, somit auch im Bereich des Umweltrechts. Ein Blick auf die eingangs genannten Beispiele der empirisch festgestellten Ungleichheiten der Betroffenheit von Umweltbeeinträchtigungen in der Schweiz zeigt, dass die ungleiche Betroffenheit an besonders geschützte Merkmale nach Art. 8 Abs. 2 BV festzumachen ist (z.B. Alter, Geschlecht, soziale Stellung). Da Art. 8 Abs. 2 BV auch vor mittelbarer Diskriminierung (d.h. benachteiligende Auswirkungen formal neutraler

---

11 Vgl. «Brundtland-Bericht» (FN 10), Kapitel 2, Ziff. 24 ff.

12 Übereinkommen über den Zugang zu Informationen, die Öffentlichkeitsbeteiligung an Entscheidungsverfahren und den Zugang zu Gerichten in Umweltangelegenheiten (Aarhus-Konvention), abgeschlossen in Aarhus am 25. Juni 1998 (SR 0.814.07).

13 Vgl. z.B. Carine Nadal, Pursuing Substantive Environmental Justice: The Aarhus Convention as a «Pillar» of Empowerment, Environmental Law Review 2008, 28 ff.

14 Vgl. Daniela Thurnherr, Die Aarhus-Konvention in der Rechtsprechung des Bundesgerichts und des Verwaltungsgerichts, URP 2017, 510 ff.; vgl. seither auch BGE 144 II 91 E. 4.6.

Gesetze) schützt,[15] ist die Bestimmung eine Handhabe gegen faktische Auswirkungen auch von umweltrechtlichen Normen, die zu einer Benachteiligung von Mitgliedern der besonders geschützten Gruppen führt.

Als Fazit ist festzuhalten: Rechtsdogmatische Grundlagen, dass im Umweltbereich soziale Gerechtigkeit einschliesslich ihrer verfahrensrechtlichen Dimension nicht nur mitgedacht, sondern auch gefördert und angewandt werden muss, sind auch in der Schweiz vorhanden. Eine Gesamtwürdigung dieser Grundlagen in der Verfassung und im Völkerrecht rechtfertigt es, von einem sich abzeichnenden umweltrechtlichen *Prinzip* der Umweltgerechtigkeit zu sprechen. Es ist jetzt die Aufgabe der Dogmatik und der Rechtsprechung, das Prinzip Umweltgerechtigkeit im schweizerischen Kontext zu konkretisieren und das Bewusstsein dafür in der Rechtsanwendung und Rechtssetzung zu schärfen.

[15] Vgl. Jörg Paul Müller/Markus Schefer, Grundrechte in der Schweiz, 4. A., Bern 2008, 695.

Wassergraben mit Zugbrücke gegen den Ansturm der Juso-Erbschaftssteuerinitiative?

Paul Richli[*]

1. Einleitung

Markus Müller ist ein aussergewöhnlich kreativer, origineller und kompetenter Vertreter des öffentlichen Rechts. Und das von der Herausgeberschaft der Festschrift gewählte Format ist ebenfalls originell. Das spricht gegen eine traditionelle Titelwahl für einen Beitrag. Ich will mich mit meinem Beitrag gegen den rabiaten Angriff dieser Volksinitiative auf die Wirtschaftsfreiheit und die Eigentumsgarantie daher des bewährten Abwehrdispositivs mit Wassergraben und Zugbrücke bedienen.

Nach der Lektüre der Juso-Erbschaftssteuerinitiative – richtig heisst sie allerdings Volksinitiative «Für eine soziale Klimapolitik – steuerlich gerecht finanziert («Initiative für eine Zukunft)» – habe ich die Liste der Volksinitiativen seit Beginn des 20. Jahrhunderts durchgesehen, um meinen Eindruck zu überprüfen, dass es diese Initiative «in sich hat». Das Ergebnis lautet, dass sich bisher kaum jemand weiter gegen die Wirtschaftsfreiheit und die Eigentumsgarantie aus dem Fenster gelehnt hat. Ich bin nur auf zwei (erfolglose) Initiativen gestossen, welche diesen Grundrechten in ähnlich rabiater Weise «zu Leibe rücken» wollten. Es handelt sich um das Volksbegehren betreffend «Wirtschaftsreform und Rechte der Arbeit» vom 19. September 1943[1] Und um die Reichtumssteuerinitiative vom 27. Juni 1974, die auf Einkommen von einer Million und mehr Franken Staats- und Gemeindesteuern von 33,4 % und Bundessteuern von 14 %, zusammen demnach 47,5 %, abschöpfen wollte.[2]

---

[*] Der Autor ist emeritierter Ordinarius für öffentliches Recht an der Universität Luzern.

[1] Bericht des Bundesrates vom 14. Oktober 1946, BBl 1946 III 53.

[2] Botschaft des Bundesrates von 24. März 1976, BBl 1975 I 1503.

2. Faktische Bedeutung der Juso-Erbschaftssteuerinitiative

Um die faktische Bedeutung der Annahme der Juso-Erbschaftssteuerinitiative zu illustrieren, genügt eine einfache Rechnung:

Wer über 50 Mio. Franken Vermögen verfügt, dürfte in der Regel auch ein überdurchschnittliches steuerbares Einkommen aus Arbeit und Kapitalerträgen (wie namentlich Dividenden und Zinsen) erzielen. Gehen wir von einem Einkommen von 1 Mio. Franken jährlich aus, so dürften kantonale und kommunale Steuern zusammen mit der direkten Bundessteuer manchenorts Steuersätze von 30 % und mehr anwendbar sein. Von den nach Einkommenssteuern verbleibenden 70 % des Vermögens soll im Erbfall eine Erbschaftssteuer von 50 % abgezweigt werden. Im Ergebnis bleiben nur noch 35 % des Vermögens übrig. Sollte die verstorbene Person keine Kinder und keine Ehepartnerin oder keinen Ehepartner haben, so fallen in den Kantonen bei beträchtlichen Vermögen noch Erbschaftssteuern von bis 40 % und mehr an.[3] Werden z.B. 40 % Erbschaftssteuer auf die 70 % des nach Einkommenssteuern verbleibenden Vermögens erhoben, so ergibt dies zusätzliche 28 % Abzug. Alsdann verbleibt vom ursprünglichen Vermögen lediglich noch ein Restbestand von 35 % minus 28 %, d.h. nur noch 7 %! Gegen diese Rechnung mag man einwenden, man müsse noch die 49 999 Mio. Franken Freibetrag abziehen, weil die Juso-Erbschaftssteuerinitiative erst bei 50 Mio. Franken greife. Je nach Höhe des Vermögens macht dies aber keine sehr grosse Reduktion aus. Geht man z.B. von einer Erbschaft von 250 Mio. Franken aus, was von mittleren Familienbetrieben nicht selten erreicht werden dürfte, so ergibt sich auf Bundesebene immer noch ein Erbschaftssteuersatz von 40 % auf das gesamte Vermögen. Auf kantonaler Ebene gibt es keine entsprechend hohen Freibeträge.

Aus Kreisen der Wirtschaft wird geltend gemacht, es gebe Familienunternehmen, welche 50 % Erbschaftssteuer nicht aus liquiden Mitteln bezahlen könnten und auch nicht in der Lage wären, die Steuer mit Krediten zu finanzieren, weshalb sie das Unternehmen bei Annahme der Initiative verkaufen müssten.[4]

---

[3] So z.B. im Kanton Luzern gemäss § 3 und 5 des Gesetzes betreffend die Erbschaftssteuer, SRL Nr. 630.

[4] Siehe z.B. Christin Severin, Erbschaftssteuer-Initiative treibt Vermögende zu den Anwälten, NZZ, 27.6.2024, 1.

Diese gravierenden Konsequenzen der Juso-Erbschaftssteuerinitiative rufen nach einer Beurteilung unter Aspekten der Wirtschaftsfreiheit nach Art. 27 BV und der Eigentumsgarantie nach Art. 26 BV. Kann man damit eine Zugbrücke über dem Wassergraben der Beschränkungen hochziehen?

3. Rabiater Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit und in die Eigentumsgarantie

Was die Wirtschaftsfreiheit betrifft, so handelt es sich für ein Unternehmen dann um eine äusserst schwere Beschränkung, wenn 50 % Erbschaftssteuer wirtschaftlich nicht tragbar sein sollten und eine Veräusserung nötig werden sollte. Auch eine Belastung mit wirtschaftlich nicht tragbaren Krediten für die Entrichtung der Erbschaftssteuer ist – wenn überhaupt möglich – eine gravierende Beschränkung. Besonders dramatisch wäre der Fall, dass ein Familienunternehmen verkauft werden müsste, damit die Erbschaftssteuer bezahlt werden könnte. Dennoch könnte gegen die dramatische Beschränkung der Wirtschaftsfreiheit keine Zugbrücke helfen, weil der Erbschaftssteuersatz in der BV stünde. Man könnte dem Eindringling nur entgegenrufen «unverschämt!».

Nicht weniger, sondern noch mehr als die Wirtschaftsfreiheit beschränkt eine Erbschaftssteuer von 50 % die Eigentumsgarantie, wenn man die weiteren Steuern gemäss den Ausführungen in Ziff. II veranschlagt. Aufgrund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung stellt sich in der Gesamtbetrachtung der Steuerbelastungen zwingend die Frage nach einer materiellen Enteignung bzw. einer konfiskatorischen Besteuerung.

Zum Vergleich: Laut Bundesgericht bedeutet ein Bauverbot auf einer Bauparzelle, das zu einem Wertverlust führt, der eine wirtschaftlich sinnvolle und gute Nutzung der Parzelle unmöglich macht, eine materielle Enteignung.[5] Büsst ein Familienunternehmen wegen der Erbschaftssteuer seine Existenzfähigkeit ein, so hat man es mit einem vergleichbaren Fall zu tun, zumal ungewiss ist, ob sich überhaupt eine Käuferschaft findet, falls diese ihrerseits wieder mit einer Erbschaftssteuer von 50 % rechnen muss.

[5] Urteil des Bundesgerichts 1C_653/2017, 12.3.2019, E. 3.2.

Nimmt man weiter den Fall eines Familienunternehmens, für das es keine familieninterne Nachfolge gibt, sodass eine familienexterne Nachfolge eingeleitet werden muss, so kann dies, angesichts der in Ziff. II aufgezeigten Erbschaftssteuer zu einer noch gravierenderen Belastung der Erbschaft führen, die mehr als 90 % erreichen kann. Das ist zweifelsfrei eine konfiskatorische Besteuerung. Eine Konfiskation liegt laut Bundesgericht auch bei tieferen Gesamtsätzen vor, wenn die Steuerbelastung auf Dauer – was für die fragliche Initiative zutrifft – die Vermögenssubstanz nicht mehr wahrt. Das private Vermögen darf den Steuerpflichtigen nicht nach und nach entzogen werden.[6]

Die Juso-Erbschaftssteuerinitiative vermag eine konfiskatorische Besteuerung nicht zu legitimieren, weil sie das Konfiskationsverbot in Art. 26 Abs. 2 BV für ihren Geltungsbereich nicht aufhebt. Dies folgt nicht zuletzt aus dem vom Bundesgericht und von der Rechtslehre vertretenen Gebot der praktischen Konkordanz von Verfassungsbestimmungen.[7] Das Konfiskationsverbot kann im Fall der Annahme der Initiative im Einzelfall gerichtlich geltend gemacht werden.[8] Da Art. 26 Abs. 2 BV für materielle Enteignungen eine volle Entschädigung vorsieht, folgt – im Umkehrschluss – der vollständige oder teilweise Verzicht auf die Erhebung der Erbschaftssteuer.

4. Zugbrücke dank Eigentumsgarantie einsatzfähig!

Dank der Eigentumsgarantie mit ihrem Konfiskationsverbot kann die Zugbrücke in besonders eingreifenden Einzelfällen bis vor Bundesgericht hochgezogen werden! Man muss sich nicht auf «unverschämt!» beschränken.

---

6 Siehe namentlich Urteil 2P.139.2004, 30.9.2004, E. 4 mit Hinweis auf weitere Urteile; BGE 106 Ia 342, E. 6.a), 348; siehe weiter etwa Klaus A Vallender/Peter Hettich, St. Galler Kommentar zu Art. 26 BV, N 34; BSK BV-Waldmann, Art. 26, N 38 f.

7 Z.B. BGE 129 I 173, E. 5.1, 183.

8 BGE 106 Ia 350, E. 6, 348.

Ein Berner namens …

Christof Riedo[*]

Ein Berner[1] namens Markus Müller[2]

schrieb seine Texte stets mit spitzem Füller.[3]

«Trigger warnings»[4], hohle Phrasen,

liessen Müllers Kreislauf rasen.

Schreiben, ohne selbst zu denken?

Lieber wollt' sich Müller henken![5]

---

[*] Prof. Dr. iur., RA, Ordinarius für Strafrecht und Strafprozessrecht, Universität Bern.

[1] Ja, ich weiss: Markus ist ursprünglich Freiämter. Aber «Ein Freiämter namens Markus Müller» wäre nicht nur rhythmisch eine Katastrophe, auch die offensichtliche Anknüpfung an die Gedichte von Ueli der Schreiber ginge verloren. Vor allem aber war Markus viele Jahre an der und für die Universität Bern tätig; es hat also auch inhaltlich alles seine Richtigkeit.

[2] Einen verdienten Kollegen mit einem Gedicht zu ehren, das ist nicht mutig, es grenzt an Todesverachtung. Aber gerade seine Unerschrockenheit gehört zu Markus' herausragendsten Eigenschaften. Da wird man sich auch im Rahmen einer Festschrift ein wenig aus dem Fenster lehnen dürfen: lieber ausgelacht als angegähnt.

[3] Das ist eine reine Mutmassung, und wahrscheinlich hat Markus wie die meisten seiner Gilde seine Texte am Laptop verfasst. Aber die Palette an Wörtern, die sich auf «Müller» reimen, ist nun einmal nicht riesig, und das naheliegende «Knüller» wäre denn doch ein wenig peinlich gewesen, es handelt sich ja nicht um die Speisekarte einer Imbissbude.

[4] Natürlich können solche Warnhinweise je nach Kontext und Publikum sinnvoll sein. Aber mit Verlaub: Wenn man in der Vorlesung über «Delikte gegen Leib und Leben» darauf hinweisen muss, dass es allenfalls um Mord und Totschlag gehen könnte, ist das doch ein wenig sonderbar.

[5] Tatsächlich ist der Jubilar immer für eine intellektuelle Überraschung gut: Wenn alle Welt über die Einwerbung von Drittmitteln aus der Privatwirtschaft jubiliert, mahnt er mit guten Gründen zur Vorsicht, auch oder gerade, weil er damit den Mainstream verlässt. Mir hat die folgende Passage aus Edmond Rostands «Cyrano de Bergerac» (Paris 1926, Acte V) immer gut gefallen:

«Que dites-vous ? … C'est inutile ? … Je le sais !
Mais on ne se bat pas dans l'espoir du succès !
Non ! non, c'est bien plus beau lorsque c'est inutile ! »

Ja, Müller war in vielem eigen,
statt sich im Abstrakten zu versteigen,
schrieb er locker: «Sehet her,
es ist doch wirklich gar nicht schwer!»
Und dann wusste man wie's war,
und fand plötzlich alles klar.[6]

Doch es ging auch andersrum:
Manchmal fühlte man sich schrecklich dumm,
weil man meinte: «Hab's kapiert!»
Bis Müller einem detailliert,
den eig'nen Irrtum offenbarte
und einem Hybris so ersparte.

Kurzum: Müller war ein grosser Meister;
er vertrieb die schlimmsten Geister,
von Arroganz und alter Kruste[7],
dass man's nur bewundern musste.

An all' dem ist nur eines dumm:
Es ist das Präteritum.
Drum sind alle drauf erpicht,
dass Müller weiter mit dem Füller ficht[8].

---

6 Das meine ich ganz ernst und wörtlich. Das Verhältnismässigkeitsprinzip habe ich erst verstanden, nachdem ich Markus' «Gedanken zu einem Zauberwürfel» gelesen hatte.

7 Neue Erkenntnisse in Ehren: Das Abschneiden alter Zöpfe ist häufig weit schwieriger.

8 Wünschen würde man sich natürlich auch, Markus würde sich weiterhin in der Lehre engagieren.

Der Mensch im Staat – oder von staatlichen und statischen Menschen

Adrian Ritz[*]

Der Ursprung der modernen Verwaltung liegt im Übergang von feudalen Herrschaftsformen zu zentralisierten Staatsstrukturen im Europa des 18. und 19. Jahrhunderts. In der feudalen Gesellschaft war Verwaltung meist persönlich und lokal geprägt. Mit dem Aufstieg absolutistischer Staaten setzte eine Zentralisierung der Macht ein, um monarchische Herrschaft durch eine professionelle Bürokratie effektiver durchzusetzen. Der Soziologe Max Weber beschreibt diese Bürokratie als Idealtypus und antwortet damit auf die zunehmende Komplexität der Verwaltung in den wachsenden Zentralstaaten. Die Bürokratie als rational organisierte Herrschaftsform, gegründet auf Regeln, Qualifikation und klaren Hierarchien – und somit im Kontrast zur willkürlichen, personalisierten Herrschaft –, gilt bis heute als Fundament eines funktionierenden Staatswesens. Sie trug entscheidend zur Entwicklung stabiler und berechenbarer Verwaltungen bei, die zentrale Prinzipien wie Rechtsstaatlichkeit und Verlässlichkeit verkörpern.

Insbesondere den Liberalen war dies stets ein Dorn im Auge. Die sich verselbständigende Bürokratie und die wachsende Macht der Regulierungsapparate wurden seit dem Absolutismus bis heute immer wieder kritisiert. Ob die von Trump und Musk in den USA propagierten Angriffe auf Rechtsstaat und Verwaltung bereits den Höhepunkt dieser Bürokratiekritik markieren, ist höchst ungewiss. Es wäre jedoch falsch, sich von solchen Entwicklungen einschüchtern zu lassen. Denn das Vertrauen in abstrakte Institutionen wie Verfassungen, Gesetze und Gerichte sowie die damit verbundene Delegation gesellschaftlicher Verantwortung an gemeinwohlorientierte Verwaltungsstrukturen sind für liberale Demokratien unverzichtbar.

* Prof. Dr. rer. oec., Ordinarius für Public Management und geschäftsführender Direktor des Kompetenzzentrums für Public Management der Universität Bern sowie Dozent an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern.

Doch Bürokratie ohne Bürokratiekritik ist ein Widerspruch. Denn Institutionen, insbesondere staatliche Bürokratien, wirken stark sozialisierend. Organisationale Werte und Praktiken verankern sich, beeinflussen das Individuum und prägen Identität sowie Verhalten der Verwaltungsmitarbeitenden. Charakteristische Merkmale wie Schriftlichkeit, Rechenschafts- und Transparenzpflichten fördern Bürokratismus, während das laufbahnorientierte Personalsystem zu niedriger Fluktuation und überdurchschnittlichem Absentismus beiträgt. Silo-Strukturen und Führungshierarchien erschweren Kollaboration und Synergien. Der sogenannte Glashauseffekt einer ständig unter medialer Beobachtung stehenden Administration verstärkt zudem Nullfehlertoleranz und innovationshemmende Detailkulturen. Über die Zeit entstehen homogenisierende und kulturkonservierende Effekte, verstärkt durch die Rekrutierung von Personal, das sich gut in die bestehende Verwaltungskultur einfügt. Staatliche Verwaltungen zeigen eine inhärente Tendenz zur statischen Organisation, welche auch statische Menschen mit sich bringt.

Um nicht in dieser Statik zu verharren, benötigen staatliche Organisationen ein Korrektiv. Christopher Hood aus Oxford identifiziert drei fundamentale Wertekategorien für das Organisationsdesign von Verwaltungen: Rechtschaffenheit («keep it honest and fair»), Effizienz und Effektivität («keep it lean and purposeful») sowie Verlässlichkeit («keep it robust and resilient»). Ohne eine der Kategorien priorisieren zu wollen – denn öffentliches Handeln in liberalen Demokratien strebt stets eine Optimierung und keine Maximierung von Zielwerten an[1] –, sind die stärker ökonomisch ausgerichteten Effizienz- und Effektivitätswerte grundlegend für das Korrektiv einer Verwaltung im Kontext europäischer Rechtsstaatkulturen.

Bekanntermassen fehlt Verwaltungen vielfach ein Marktmechanismus als Korrektiv – dies ist jedoch kein Mangel, sondern Ausdruck einer von Volk und Politik bewusst organisierten Politikumsetzung mittels der Bürokratie. Entscheidend ist vielmehr, wer Verantwortung für eine effiziente und effektive Verwaltungsorganisation übernimmt. Es wäre illusorisch zu glauben, Effizienz und Effektivität stellten sich allein durch rechtliche Vorgaben oder politische Appelle ein. Inkrementell ansteigende Mittelzuteilungen oder gezielte Maximalforderungen in Ressourcenverhandlungen seitens der Verwaltung gehören zum bürokratischen Alltag. Verwaltung kann ein Eigenleben entwickeln, oft unterhalb der politischen Wahrnehmungsschwelle.

[1] Vgl. Markus Müller, Die Wissenschaft des öffentlichen Rechts in Zeiten der Ökonomisierung – Denkanstösse, ZSR I 2016, 411 ff.

Während klassische ökonomische Ansätze primär auf Kontrolle und Anreize setzen, betont die Verwaltungswissenschaft stärker die wertebasierte Sozialisierung des Personals im Sinne einer effizienz- und effektivitätseinschliessenden Gemeinwohlorientierung. Hierfür entscheidend sind Führungskräfte und Mitarbeitende – unabhängig, ob Juristinnen bzw. Juristen oder nicht –, die Effizienz und Effektivität als zentrale, aber nicht ausschliessliche Erfolgskriterien des Verwaltungshandelns erkennen und hartnäckig wie uneigennützig zum Wohl der verschiedenen Anspruchsgruppen eines Staatswesens verfolgen. Sie tragen massgeblich Verantwortung, die regelbasierte Organisation zu einem lernenden System weiterzuentwickeln.

Eine lernende Verwaltungsorganisation nutzt die Flexibilität unterschiedlicher Strukturelemente, schafft Handlungsspielräume für Organisationseinheiten und sorgt für eine hohe Durchlässigkeit zwischen öffentlichem und privatem Arbeitsmarkt, um auf gesellschaftliche Veränderungen reagieren zu können. Dabei werden normative Grundlagen wie Rechtschaffenheit, Verlässlichkeit und Stabilität nicht aufgegeben. Vielmehr dienen sie als Ankerpunkte, um Modernisierung nicht zum Selbstzweck verkommen zu lassen. Dennoch muss dieser Anker regelmässig gelichtet werden, damit die Verwaltung nicht erstarrt, sondern kalkulierbare Risiken eingeht und sich im Dienst einer sich wandelnden Gesellschaft weiterentwickelt. Diese nicht statische Verwaltung mit ihren nicht statischen Angestellten ist zentrale Grundlage von Akzeptanz und Legitimation des demokratischen Staatswesens.

Was ist ein politisches Gerichtsurteil?

Bernhard Rütsche[*]

Vor einiger Zeit erschien in der NZZ ein Kommentar, wonach in vielen Ländern *Gerichte übergriffig agieren und die Politik einschränken*.[1] Demokratien würden sich immer mehr in Richterstaaten verwandeln. Anlass für den Kommentar war das Urteil eines Pariser Strafgerichts vom 31. März 2025, der rechtsnationalen Politikerin Marine Le Pen wegen Veruntreuung von EU-Geldern für fünf Jahre das passive Wahlrecht zu entziehen. Der NZZ-Kommentar bezeichnete das Urteil als «demokratische Dummheit» und zitierte den französischen Philosophen Alain Finkielkraut, der zum Urteil bemerkte: «Wir befinden uns nicht mehr im Bereich des Rechts, sondern im Bereich der Moral – einer rachsüchtigen Moral».[2] Gemäss dem Kommentar würden sich die Fälle, in denen Richter aktiv ins politische Geschehen eingreifen, häufen. Erwähnt wurden weiter der Versuch eines amerikanischen Gerichts im Jahr 2023, Donald Trump von der Wahl auszuschliessen, die Ungültigerklärung der Wahlen in Rumänien durch das Verfassungsgericht im Dezember 2024 sowie das Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, der am 9. April 2024 die Beschwerde des Vereins KlimaSeniorinnen gegen die Klimapolitik der Schweiz guthiess.

Beispiele von Gerichtsurteilen, die eine mehr oder weniger ausgeprägte politische Dimension aufweisen oder als politisch gefärbt wahrgenommen werden, lassen sich fast beliebig aufzählen. Um nur einige aus der *Judikatur des Bundesgerichts* zu nennen: Frauenstimmrecht im Kanton Appenzell Innerrhoden[3], Verfassungswidrigkeit von Urnenabstimmungen über Einbürgerungsgesuche[4], Aufhebung der

[*] Prof. Dr. iur., Ordinarius für Öffentliches Recht und Rechtsphilosophie an der Universität Luzern.

[1] Angst vor dem Volk: Demokratien verwandeln sich immer mehr in Richterstaaten, Kommentar von Benedict Neff, NZZ vom 18. April 2025.

[2] Alain Finkielkraut: «Die Justiz geht gezielt gegen rechte und rechtsextreme Verantwortungsträger vor», Interview von Daniel Steinvorth mit Alain Finkielkraut, NZZ vom 9. April 2025.

[3] BGE 116 Ia 359.

[4] BGE 129 I 217.

Volksabstimmung zur «Heiratsstrafe»[5], Aufhebung der Wahl einer Kantonsrätin nach deren Parteiwechsel zwischen Wahltermin und Konstituierung des Parlaments[6], Rechtsprechung zur Wahlrechtsgleichheit bei Proporz- und Majorzwahlen[7], Vorrang der EMRK gegenüber neuen Verfassungsbestimmungen (Ausschaffungsinitiative)[8], Kopftuchverbot für eine zum Islam konvertierte Primarlehrerin[9], Verfassungswidrigkeit eines Kopftuchverbots für muslimische Schülerinnen[10], Verfassungswidrigkeit der Mädchensekundarschule St. Katharina in Wil[11], Vorrang der Eigenversorgung nach einer Scheidung[12], Rechtsprechung zu psychosomatischen Leiden und rentenbegründender Invalidität[13] oder Anerkennung politischer Anliegen bei Eingriffen des Bundesrats in krankenversicherungsrechtliche Tarifstrukturen[14].

Die genannten Gerichtsurteile mögen politische Elemente oder politische Bedeutung aufweisen. Sind es deswegen aber geradezu *politische Urteile*? Wenn wir ein Urteil als politisch bezeichnen, werten wir es ab und entziehen ihm die rechtsstaatliche Legitimation. Der Vorwurf, politisch zu entscheiden, trifft die richterliche Tätigkeit in ihrem Kern. Ein Gericht wird damit einer Kompetenzüberschreitung im gewaltenteiligen Staatsgefüge oder umgekehrt einer Vereinnahmung durch die Exekutivgewalt bezichtigt. Politische Urteile wecken dunkle Assoziationen an Diktaturen, die Gerichte in ihre Abhängigkeit zwingen und als Werkzeuge im Kampf gegen politische Gegner, Staatsfeinde und Volksverräter missbrauchen.

Diesem Verständnis politischer Urteile liegt ein Begriff des Politischen zugrunde, wie er von Carl Schmitt geprägt wurde.[15] Demnach macht der *Antagonismus von Freund und Feind* das Wesen des Politischen aus. Politisches Handeln zeigt sich in der Behauptung des Eigenen gegen das Fremde, in der Verteidigung und Stärkung der eigenen Existenz und Identität gegen reale und vermeintliche Bedrohungen

---

5 BGE 145 I 207; BGer, Urteil 1C_315/2018 vom 10. April 2019.

6 BGE 151 I 41.

7 BGE 129 I 185; 131 I 74; 136 I 352; 140 I 394; 143 I 92; 145 I 259.

8 BGE 139 I 16.

9 BGE 123 I 296.

10 BGE 142 I 49.

11 BGer, Urteil 2C_405/2022 vom 17. Januar 2025.

12 BGE 147 III 249; 148 III 161.

13 BGE 130 V 352; 141 V 281.

14 BGE 144 V 138.

15 Carl Schmitt, Der Begriff des Politischen, Duncker & Humblot, Berlin 1932.

von innen und von aussen. Wenn ein Gericht ein politisches Urteil fällt, nimmt es demzufolge Partei für eine – herrschende oder oppositionelle – politische Kraft. Das Urteil ist nicht von geltenden Rechtsnormen geleitet, sondern darauf angelegt, einen politischen Gegner zu schwächen. Rechtsprechung wird durch Machtausübung ersetzt, an die Stelle von Normbindung tritt Willkür.

Das erwähnte *Gerichtsurteil gegen Marine Le Pen*, designierte Kandidatin des Rassemblement National für die Präsidentschaftswahlen 2027 in Frankreich, richtet sich – ob beabsichtigt oder nicht – gegen eine bedeutende politische Bewegung. Gemäss Kommentar von Alain Finkielkraut befindet sich das Urteil «nicht mehr im Bereich des Rechts, sondern im Bereich der Moral». Folgt man dieser Einschätzung von Finkielkraut, waren damit beide Elemente eines politischen Urteils erfüllt: Die Instrumentalisierung richterlicher Macht im Spiel der politischen Kräfte sowie die Missachtung rechtlicher Normen und Prinzipien.

Die Schwelle für die Bezeichnung eines Gerichtsurteils als politisches Urteil wird allerdings häufig tiefer angesetzt. So kann es für das Etikett «politisch» bereits genügen, wenn ein Entscheid gewisse *Auswirkungen auf das politische System* hat, sich aber zweifellos auf dem Boden des geltenden Rechts bewegt. In diese Kategorie sind jene Urteile einzuordnen, welche politische Rechte betreffen, etwa Urteile zur Trägerschaft und zur Ausübung des Stimmrechts, zur Ausgestaltung von Wahlkreisen oder zur Gültigkeit und Tragweite von Volksinitiativen. Ebenso werden Gerichtsurteile bisweilen als politisch eingestuft, wenn sie zu *bedeutenden und umstrittenen gesellschaftlichen Fragen* Stellung beziehen. Als Beispiele lassen sich Urteile zum Tragen religiöser Symbole, zur Gleichstellung der Geschlechter oder zur solidarischen Kostentragung von medizinischen Leistungen nennen.

Mit solchen Urteilen erfüllen Gerichte indessen nur ihren *institutionellen Auftrag*, in Anwendung von Verfassung und Gesetz Recht zu sprechen. Die Konsequenzen von Gerichtsentscheiden auf Staat und Gesellschaft mögen im Rahmen von Rechtsfolgeabschätzungen unter dem Gesichtspunkt allgemeiner Rechtsprinzipien wie demjenigen der Verhältnismässigkeit für die Richterinnen und Richter in die Urteilsfindung einzubeziehen sein. Dass richterliche Tätigkeit über den Einzelfall hinaus politische und gesellschaftliche Relevanz hat, entspricht jedoch ihrer ureigenen, von der Verfassung zugedachten Funktion. Rechtsprechung findet nicht im politischen Vakuum statt. Die gestaltende, normbildende Kraft der dritten Gewalt ergibt sich schon daraus, dass Gesetze Beurteilungsspielräume offenlassen, welche

gemäss dem Grundsatz der Rechtsgleichheit in gleichartigen Rechtsfällen gleich auszufüllen sind. Gerichtsurteile sollten daher nicht allein aufgrund ihrer politischen oder gesellschaftlichen Auswirkungen als politische Urteile abqualifiziert werden.

Die *Beurteilungsspielräume*, die der Gesetzgeber namentlich in Form von unbestimmten Rechtsbegriffen und Ermessen eröffnet, sind von den Gerichten anhand von verfassungsrechtlichen Massstäben wie den Grundrechten, öffentlichen Interessen sowie den Prinzipien der Verhältnismässigkeit und Rechtsgleichheit auszufüllen. Gleichwohl lässt sich richterliches Entscheiden durch das Recht keineswegs restlos determinieren. Gerichtsurteilen ist im Rahmen rechtlicher Vorgaben regelmässig ein mehr oder weniger grosser Anteil an Dezisionismus eigen. Dies zeigt sich besonders im Bereich von Abwägungen, die auf einer Gewichtung und einem Vergleich verschiedenartiger Interessen beruhen. In dieser rechtlich nicht mehr fassbaren Zone kommen Richterinnen und Richter nicht um moralisches – oder eben politisches – Urteilen herum.

Diese unvermeidlichen politischen Anteile in einem Gerichtsurteil machen dieses jedoch – wie auch die politischen Auswirkungen eines Urteils – nicht zu einem politischen Urteil. Dies jedenfalls so lange nicht, als die politischen Elemente in einem Urteil *institutionell, prozessual und methodisch eingehegt* sind. Die Unabhängigkeit der Gerichte von politischer und wirtschaftlicher Macht, prozessrechtliche Instrumente wie Begründungspflichten, Äusserungsrechte der Parteien und Ausstandsregeln sowie eine konsistente juristische Methodik vermögen richterlichem Dezisionismus das Politische zu nehmen. Eine parteipolitisch einseitige Zusammensetzung eines Spruchkörpers, der Anschein richterlicher Befangenheit oder intrasparente Urteilsfindung sind dagegen Gift für das Ansehen von Gerichten als Instanzen, die über den politischen Akteuren stehen und sich von keiner politischen Seite vereinnahmen lassen.

Besonders exponiert sind Gerichte dann, wenn sie über das geltende Recht hinaus neue Prinzipien und Regeln entwickeln. *Richterliche Rechtsfortbildung* ist dem Verdacht politischen oder ideologischen Urteilens in erhöhtem Mass ausgesetzt, da der Anteil der fehlenden Normbindung überhandnimmt. Um diesen Verdacht zu entkräften, ist entscheidend, dass auch richterliche Neuschöpfungen methodischen Kriterien folgen. Vorbildlich ist diesbezüglich die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Schaffung ungeschriebener Grundrechte unter der Bundes-

verfassung von 1874.[16] Auch in Urteilen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte finden sich Ansätze, die dynamische Rechtsprechung methodisch anzuleiten.[17] Hingegen fehlt es etwa im Urteil «Verein KlimaSeniorinnen gegen die Schweiz» von 2024 an einer hinreichenden methodischen Fundierung für die Einführung eines neuen Beschwerderechts von Klimaschutzverbänden.[18] Das mag dazu beigetragen haben, dass dieses Urteil in der Öffentlichkeit wie auch in juristischen Stellungnahmen verschiedentlich als politisches Urteil gebrandmarkt wurde.

---

16 Vgl. BGE 121 I 367 E. 2a: «Eine Gewährleistung von in der Verfassung nicht genannten Freiheitsrechten durch ungeschriebenes Verfassungsrecht wurde vom Bundesgericht in bezug auf solche Befugnisse angenommen, welche Voraussetzung für die Ausübung anderer (in der Verfassung genannter) Freiheitsrechte bilden oder sonst als unentbehrliche Bestandteile der demokratischen und rechtsstaatlichen Ordnung des Bundes erscheinen. Um die dem Verfassungsrichter gesetzten Schranken nicht zu überschreiten, hat das Bundesgericht stets auch geprüft, ob die in Frage stehende Gewährleistung bereits einer weitverbreiteten Verfassungswirklichkeit in den Kantonen entspreche und von einem allgemeinen Konsens getragen sei (…).»

17 So etwa in Vo c. France, 8.7.2004, No. 53924/00, § 82 betreffend den Beginn des Lebensrechts: « Les raisons qui la poussent à ce constat sont, d'une part, que la solution à donner à ladite protection n'est pas arrêtée au sein de la majorité des Etats contractants, et en France en particulier, où la question donne lieu à débat (...), et, d'autre part, qu'aucun consensus européen n'existe sur la définition scientifique et juridique des débuts de la vie (...). »

18 Vgl. Verein KlimaSeniorinnen Schweiz et autres c. Suisse, 9.4.2024, No. 53600/20, §§ 521 ff.

Richterliche Entscheidfindung – Quo vadis?

Marianne Ryter[*]

Markus Müllers Werk zeichnet sich durch thematische Vielfalt und juristische Tiefe aus. Ihn beschäftigt nicht nur die Entschlüsselung des «Zauberwürfels Verhältnismässigkeit»[1], er wirft ebenso gerne einen Blick über den juristischen Tellerrand hinaus und reichert seine Gedanken mit psychologischen Erkenntnissen an.[2]

So spricht er sich mit Nachdruck dafür aus, dass Verfahren gleichermassen mit juristischer wie sozialer Fachkompetenz geführt werden sollen. Höflichkeit im Verfahren etwa erhöhe die Akzeptanz von Urteilen und fördere ganz grundsätzlich das Vertrauen in die Justiz[3]; beides Aspekte, die für eine funktionierende Justiz und den Rechtsstaat grundlegend, mithin unabdingbar sind. Seine Appelle bleiben entsprechend nicht ungehört.

Ob Verhältnismässigkeit, Psychologie oder Höflichkeit – stets kreisen die wissenschaftlichen Ausführungen des Jubilars um das «Element Mensch». Gerade das Menschliche steht mit der Digitalisierung des Rechts und damit auch der Justiz nun aber vor einer ungewissen Zukunft.

Ein komplexer Sachverhalt, umfangreiche Akten oder repetitive Verfahren? Mittels digitaler Assistenzsysteme lassen sich diese rasch analysieren, zusammenfassen, anonymisieren und damit auch schnell(er) erledigen. So das digitale Versprechen. «Justice delayed is justice denied»[4] soll endgültig der Vergangenheit angehören. Gegen eine gewisse Assistenz und damit grössere Effizienz ist nichts einzuwenden – aber wo liegen die Grenzen einer digitalen Justiz? Gibt es überhaupt Grenzen?

---

[*] Dr. iur., Fürsprecherin, LL.M., Bundesrichterin, Lausanne.

1 Verhältnismässigkeit. Gedanken zu einem Zauberwürfel, 2. Auflage, Bern 2023.

2 Psychologie im öffentlichen Verfahren. Eine Annäherung, Kleine Schriften zum Recht, Bern 2010.

3 Höflichkeit im öffentlichen Verfahren, in: Martina Caroni/Sebastian Heselhaus/Klaus Mathis/Roland Norer (Hrsg.), Auf der Scholle und in lichten Höhen. Festschrift für Paul Richli zum 65. Geburtstag, Zürich/St. Gallen 2011, 316 ff.

4 Aussage des ehemaligen britischen Premierministers William Ewart Gladstone, 1868.

Der Einsatz digitaler Instrumente und Methoden verändert unweigerlich die Rolle und das Selbstverständnis der Richter:innen – und den Blick der Rechtsuchenden auf sie. Vor diesem Hintergrund stellt sich namentlich die Frage, ob Effizienz alles ist und, damit verbunden, wie viel(e) Mensch(en) es in der Justiz braucht.

Gemäss der KI-Verordnung auf europäischer Ebene[5] dürfen Assistenzsysteme keine richterliche Entscheidungskompetenz übernehmen. Eine Justiz ohne Menschen möchte man (bis jetzt) nicht. Digitale Assistenzsysteme bedürfen vielmehr der menschlichen, also der richterlichen Kontrolle. Dies, weil Algorithmen oft nicht transparent sind und die Zuverlässigkeit der KI-Systeme von der Qualität der eingegebenen Daten abhängt. Digitale Systeme haben zudem nur vordergründig kein Vorverständnis und keine Werte. Unkontrollierte Daten können jedenfalls Voreingenommenheiten und Diskriminierungen in der Rechtsprechung verstärken. Die «prompten» Antworten sind überdies lediglich berechnete Ergebnisse; die Systeme antworten mit Wahrscheinlichkeiten. Sie können halluzinieren und scheinbar plausible Antworten generieren, die letztlich falsch sind.

Eine systemunterstützte rechtliche Antwort kann deshalb nur so gut sein, wie sie richterlich erfragt und überprüft worden ist. Klar ist deshalb: Die Verantwortung liegt beim Menschen. Richter:innen werden dabei in Zukunft nicht nur Urteile fällen, sondern – unter anderem nach ethischen Gesichtspunkten – auch darüber zu entscheiden haben, welche Systeme bei der Urteilsfindung überhaupt zum Einsatz kommen dürfen und wie. Sie müssen sich bewusst sein, welchen Effekt – etwa den Ankereffekt[6] – KI-generierte Sachverhalte oder KI-unterstützte Recherchen auf ihren Entscheidfindungsprozess haben können und dass es eine Rolle spielt, welche Daten (von wem) in ein Assistenzsystem eingespeist werden. Sie werden sich also nicht nur mit Syllogismen, sondern vermehrt auch mit Algorithmen beschäftigen müssen.

Der mögliche Einsatz von KI und die damit verbundene Forderung nach richterlicher Verantwortung wirft zudem ganz grundsätzlich die Frage auf, was denn eigentlich die richterliche Tätigkeit ausmacht und welcher Kompetenzen es dafür bedarf.

---

5 Verordnung (EU) 2024/1689, sog. AI Act.

6 Vgl. etwa Yann-Eric Hofmann, Les biais cognitifs dans le processus décisionnel judiciaire, in: Federica De Rossa/Gregory Bovey/Christoph Hurni (Hrsg.), 150 Jahre Bundesgericht. Festschrift, 2025.

Der Prozess der richterlichen Entscheidfindung ist seit jeher von grossem, auch wissenschaftlichem Interesse.[7] Man will einerseits juristisch-technische Methodensicherheit erlangen, andererseits das Menschliche im richterlichen Entscheidfindungsprozess methodisch erfassen, sichtbar und bewusst machen: Richter:innen verfügen über Lebenserfahrung und haben Werte, haben ein Vorverständnis; kraft ihres Amtes und ihrer Funktion sind sie indes gefordert, ihre (innere) Unabhängigkeit zu reflektieren und diese stets methodisch, diskursiv und kollegial zu überprüfen.

Und diese reflektierte Menschlichkeit braucht es in der Rechtsprechung: Die Juristerei und damit auch die Rechtsprechung sind keine exakte Wissenschaft, obwohl die Digitalisierung dazu verführen könnte, es wider besseren Wissens zu glauben.

Zudem: Da die Gesetze von Menschen gemacht sind und diese ihre rechtliche, ethische und soziale Geltung von gesellschaftlichen, mithin menschlichen Prozessen und Auffassungen beziehen, scheint es nur folgerichtig, dass es auch Menschen sind, die menschliches Handeln und Verhalten beurteilen.

Die «menschlichen Richter:innen» braucht es, damit die (gesellschaftliche) Vielfalt der sozialen Prägungen, der unterschiedlichen Lebenserfahrungen und der verschiedenen Wertauffassungen in den methodengeleiteten richterlichen Diskurs und die richterliche Entscheidfindung einfliessen kann. Richter:innen vermögen ebenso wie intelligente Assistenzsysteme das Verallgemeinerungsfähige in einem Fall zu erkennen; sie verlieren gleichzeitig dabei aber den konkreten Einzelfall nicht aus den Augen.

Auch wenn die Digitalisierung also eine tiefgreifende Transformation der Justiz und institutionell sowie kulturell eine grosse Herausforderung bedeutet und die Kontroverse um «Richterkönig oder Subsumtionsautomat»[8] mit Blick auf KI eine aktuelle Note bekommt, so gilt für die richterliche Entscheidfindung weiterhin das Dictum «Justice must be seen to be done»[9] – und zwar von Mensch zu Mensch.

---

7 Dazu von Markus Müller: Die innere Unabhängigkeit des Richters. Gedanken zu einem Diamanten, in: Herzog/Feller (Hrsg.), Bernische Verwaltungsgerichtsbarkeit in Geschichte und Gegenwart. 100 Jahre Verwaltungsgericht des Kantons Bern, 2010, 527 ff.

8 So der Titel von Regina Ogorek, 1986.

9 Lord Hewart, ehemaliger Lord Chief Justice of England, in Rex vs. Sussex Justices, 1924.

Eugen Hubers Wirken als Ausserrhoder Kantonspolizeidirektor (1877–1881)

Benjamin Schindler[*]

In einer Festschrift für Markus Müller einen Beitrag zu Eugen Huber (1849–1923) – dem Schöpfer des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs – zu verfassen, scheint auf den ersten Blick gewagt. Zwar findet sich die Eugen-Huber-Bibliothek an der Schanzeneckstrasse 1 – der langjährigen Wirkungsstätte unseres Jubilars. Zu Hubers Zeiten wurde das Gebäude allerdings noch als Frauenspital genutzt, und sein Schreibtisch stand in seinem Privathaus an der Rabbentalstrasse. Trotz der örtlichen und zeitlichen Distanz bin ich überzeugt, dass sich Markus und Eugen glänzend verstanden hätten, wären sie Büronachbarn gewesen. Um diese These zu untermauern, ist ein Ausflug ins hügelige Appenzellerland notwendig. Dorthin flüchtete Eugen Huber, und dort war er von 1877 bis 1881 als Verhörrichter und Kantonspolizeidirektor tätig, nachdem er sich als Chefredaktor der NZZ mit dem Verwaltungskomitee ob der parteipolitischen Vorgaben zerstritten hatte. Huber wohnte und wirkte am Landsgemeindeplatz in Trogen, wo er «sich durch seine vorzügliche Amtsführung die Hochachtung der Behörden, und durch sein freundliches, konziliantes Wesen die Achtung und Liebe aller im Fluge erwarb, mit denen er gesellschaftlich zu verkehren Gelegenheit hatte.»[1]

Ein Beispiel von Hubers «vorzüglicher Amtsführung» soll hier etwas genauer unter die Lupe genommen werden. Und zwar das «Dienstreglement für die Polizeidiener der Gemeinden des Kantons Appenzell A.Rh. vom 15. April 1879»[2]. Dass dieses Reglement aus Hubers Feder stammt, ist durch ein Schreiben bezeugt, in dem er dem Regierungsrat den Reglementsentwurf zur Verabschiedung unterbreitete.[3]

---

[*] Ordinarius für öffentliches Recht an der Universität St. Gallen.

[1] Johann Jakob Tobler, Professor Eugen Huber †, Appenzellische Jahrbücher 50/1923, S. 57; Niederlassungsbewilligung für Eugen Huber vom 13. August 1877, Amtsblatt Appenzell Ausserrhoden 1877, 332.

[2] Staatsarchiv Appenzell Ausserrhoden [StAAR] Na.017-01-0300.

[3] Schreiben von Kantonspolizeidirektor Huber an die Regierung vom 5. März 1879; StAAR, Ca.C12-48-17-10.

Mit dem Reglement sollten die von den Gemeinden angestellten, besoldeten und ausgerüsteten «Polizeidiener» auf gemeinsame Regeln verpflichtet werden. Die Kantonspolizei selbst bestand damals aus gerade einmal einer einzigen Person, dem Kantonspolizeiwachtmeister. Diese dezentrale Polizeistruktur hatte bis zur Schaffung des Kantonspolizeikorps 1972 Bestand. Und auch Hubers Dienstreglement war bis zu diesem Zeitpunkt in Kraft.[4]

Wie wir von Eugen Huber als Schöpfer des ZGB wissen, hatte er eine Gabe, volkstümliche, einfache und nahezu zeitlos erscheinende Gebote in Gesetzesform zu giessen. Diese Fähigkeit stellte er auch mit seinem Dienstreglement unter Beweis, das noch heute manchem Polizeikorps als Richtschnur dienen könnte. Als allgemeine Handlungsanweisung wurde dem Polizeidiener aufgetragen, «sich gegen das Publikum überall anständig und freundlich [zu] betragen» (§ 9 lit. a). Er musste in dienstlichen Angelegenheiten «verschwiegen sein, daher in Gesellschaft nie Vorfälle aus dem Dienste erwähnen» (§ 9 lit. c). Er durfte «sich in nichts mischen, was ihn nichts angeht» (§ 9 lit. d). Detailliert war sodann geregelt, wie bei Personenkontrollen und Verhaftungen (§§ 12–16), bei Gefangenentransporten (§§ 17–22), bei der Fesselung (§ 23) und dem Gebrauch der Waffe (§ 24) zu verfahren war. Bei einer Festnahme war dem Betroffenen der Grund des Freiheitsentzugs anzugeben (§ 15) und die Polizeidiener hatten sich vor «jeder Kränkung des Betroffenen, auch wenn sie wörtlich beleidigt werden sollten, zu hüten und jedes unnöthige Aufsehen zu vermeiden». Und sollten die Verhafteten von Dritten angepöbelt werden, «hat der Polizeidiener dieselben vor Beleidigungen jeder Art in Schutz zu nehmen» (§ 16). Bei Gefangenentransporten hatte der Polizeidiener die notwendige «Verabreichung von Erfrischungen an die Arrestanten» zu ermöglichen. Die polizeiliche Fürsorge hatte allerdings auch ihre Grenzen, und eine Untergrabung der polizeilichen Autorität musste unter allen Umständen vermieden werden. Daher: «Jedes Zechen mit den Arrestanten ist untersagt» (§ 20). Strikt geregelt war sodann der Einsatz der Waffen («Stock, eventuell Revolver»): Ausser in Fällen von Notwehr und Notwehrhilfe durfte bei der Flucht nur dann geschossen werden, wenn es sich um «gemeingefährliche Individuen» oder «gefährliche Verbrecher» handelte, «die Wiedereinbringung auf andere Weise nicht möglich» war und dem Waffeneinsatz ein «Warnungsruf» vorausging (§ 24). «Bei Raufereien, Schlaghändeln usw.» hatte der Polizeidiener «Ruhe zu gebieten und soll darauf bedacht sein, Unglück so viel als möglich zu verhüten. Eine jede Betheiligung an Raufereien hat er zu vermeiden.» (§ 29).

---

[4] Art. 13 Gesetz über das Polizeiwesen von Appenzell A.Rh. vom 25. April 1971, vormals bGS 521.1.

Der Detaillierungsgrad des Reglements macht deutlich, welch hohen Stellenwert Huber dem Legalitätsprinzip beimass. Polizeiliche Zwangsmassnahmen sollten regelbasiert erfolgen – wenn auch Ende des 19. Jahrhunderts noch weitgehend gestützt auf ein Reglement und ohne formell-gesetzliche Grundlage. In Ausserrhoden sollte es mit der Schaffung einer demokratisch legitimierten Gesetzesgrundlage – wie in vielen anderen Kantonen auch – bis zum Beginn des 21. Jahrhunderts dauern. Bemerkenswert ist sodann, dass Huber grossen Wert legte auf den Daten- und Persönlichkeitssschutz (*«avant la lettre»*). Der Polizeidiener sollte verschwiegen sein und am Stammtisch keine Geheimnisse ausplappern. Und die Anweisung, der Polizeidiener solle «sich in nichts mischen, was ihn nichts angeht», ist von so erfrischender Kürze und Zeitlosigkeit, dass man ihn am liebsten als «polizeiliche Generalklausel» bezeichnen möchte – wäre der Begriff nicht schon anderweitig besetzt. Und auch wenn das Zauberwort «Verhältnismässigkeit» nicht auftaucht (und Rubiks Würfel erst ein Jahrhundert später erfunden wurde), ist Hubers Bemühen, den polizeilichen Zwang auf das notwendige Mass zu beschränken, unübersehbar. Und noch eines wird deutlich: Eugen Huber hatte ein ausgeprägtes Sensorium dafür, dass beim Auftreten der Polizei auch der menschlichen Psychologie Rechnung zu tragen ist. Polizisten sollen freundlich, gesichtsschonend, aber dennoch bestimmt auftreten. Sie müssen die richtige Balance zwischen Bürgernähe und Distanzwahrung finden, und sich selbst dann nicht provozieren lassen, wenn sie beleidigt werden.

Wer Markus Müllers reiches Schaffen und sein Engagement für Rechtsstaatlichkeit, Verhältnismässigkeit und die Psychologie im Recht kennt, der kann sich gut vorstellen, dass Markus und Eugen wohl beste Kollegen gewesen wären. Sie hätten sich gewiss anregend – und wohl auch kontrovers – unterhalten; sei es bei einer Tasse Tee an der Rabbentalstrasse oder einem Birchermüesli im Hotel Savoy an der Neuengasse.

Temposünden im Bundeshaus

Wie die Bundesversammlung Art. 165 Abs. 1 BV verletzt

Stefan G. Schmid[*]

Die Bundesversammlung hat es immer eiliger. In den letzten 25 Jahren, d.h. vom Inkrafttreten der «neuen» Bundesverfassung im Jahr 2000 bis 2024, beschritt sie insgesamt 53 Mal den Weg der dringlichen Gesetzgebung nach Art. 165 BV, allein von 2020 bis 2024 – vor allem wegen der Coronavirus-Pandemie − nicht weniger als 24 Mal.[1] Während sie 52 der dringlich erklärten Bundesgesetze als solche *mit* Verfassungsgrundlage im Sinn von Art. 165 Abs. 2 BV behandelte, schätzte sie bloss eine einzige Vorlage – zunächst – als dringliches Bundesgesetz *ohne* Verfassungsgrundlage im Sinn von Art. 165 Abs. 3 BV ein.[2]

Überblickt man die Praxis der letzten fünf Jahre (2020−2024), so springen neben vielen, zum Teil umstrittenen Einzelfragen der dringlichen Gesetzgebung[3] vor allem zwei Grundprobleme ins Auge: Die Bundesversammlung nimmt es, erstens, mit der Voraussetzung der zeitlichen Dringlichkeit nach Art. 165 Abs. 1 BV nicht sonderlich genau und sie versucht, zweitens, fast schon um jeden Preis, die dringlich erklärten Bundesgesetze als verfassungskonform erscheinen zu lassen, um

[*] Prof. Dr. iur., Ordinarius für Öffentliches Recht mit Schwerpunkt Verfassungsrecht an der Universität St. Gallen. Ich danke Herrn Dr. iur. Micha Herzog, Rechtsanwalt, für kritische Durchsicht und wertvolle Hinweise.

[1] Bundeskanzlei, Übersicht dringliche Bundesbeschlüsse und -gesetze, Internet: https://www.bk.admin.ch/ch/d/pore/vr/vor_2_2_6_5.html (Abruf 31.1.2025).

[2] Siehe zu letzterer Vorlage FN 4.

[3] Siehe etwa den Bericht des Bundesrates vom 15. März 2024 in Erfüllung des Postulates 22.3010 SPK-N vom 27. Januar 2022 («Referenden zu dringlich erklärten Bundesgesetzen und Verhältnis zum Erneuerungsverbot gemäss Artikel 165 Absatz 4 der Bundesverfassung»); Stefan G. Schmid/Micha Herzog, Was ist ein dringliches Bundesgesetz ohne Verfassungsgrundlage? Ein Beitrag zu Bedeutung und Tragweite von Art. 165 Abs. 3 BV, ZBl 124/2023, 287 ff.

das ungeliebte obligatorische Referendum nach Art. 165 Abs. 3 i.V.m. Art. 140 Abs. 1 lit. c BV zu vermeiden.[4] Beides fällt ihr umso leichter, als eine Überprüfung durch das Bundesgericht bekanntlich ausgeschlossen ist. Anlass genug, um genauer hinzusehen.[5]

Beschränken wir uns hier auf das Problem der zeitlichen Dringlichkeit. Diese ist zu bejahen, wenn das Inkrafttreten eines Bundesgesetzes «keinen Aufschub duldet» (Art. 165 Abs. 1 BV), d.h., wenn im *ordentlichen* Gesetzgebungsverfahren *«nicht wiedergutzumachende Nachteile»* drohen.[6] Wie sieht das nun in der Praxis aus? Als erstes Beispiel sind die dringlichen Verlängerungen der – stets zu befristenden (Art. 165 Abs. 1 und 3 BV) – dringlichen Bundesgesetze zu nennen. In diesen Fällen scheint die Bundesversammlung nach dem Motto: «einmal dringlich, immer dringlich» zu verfahren, obwohl die Verlängerungen zuweilen nur deshalb zeitlich dringlich sind, weil nicht rechtzeitig gehandelt wurde. Vielleicht herrscht da und dort auch die irrige Vorstellung vor, vom dringlichen gar nicht in das ordentliche Verfahren wechseln zu können. Jedenfalls hat die Bundesversammlung die fünf Anpassungen bzw. Verlängerungen des dringlich erklärten Covid-19-Gesetzes jeweils ganz selbstverständlich wiederum für dringlich erklärt,[7] was insbesondere im Fall der letzten Verlängerung vom 16. Dezember 2022 erstaunte.

Als zweites Beispiel mag eine Änderung des Energiegesetzes dienen, die als «Solar-Express» oder «Lex Bodenmann» (benannt nach dem Spiritus Rector eines unausgereiften alpinen Photovoltaik-Projekts) bekannt geworden ist.[8] Wie erinnerlich, kam im Lauf des Jahres 2022 die Befürchtung auf, es könnte schon im folgenden Winter eine «Winterstromlücke» eintreten. Es war die Zeit, als der

---

4 So etwa bei den dringlichen Änderungen des Parlamentsgesetzes (ursprünglich ohne Verfassungsgrundlage, AS 2020 5375; verlängert mit Verfassungsgrundlage, AS 2021 878), des Energiegesetzes (AS 2022 543) und des Stromversorgungsgesetzes (AS 2024787).

5 Markus Müller, Verhältnismässigkeit. Gedanken zu einem Zauberwürfel, 2. A., Bern 2023, 152 ff., hält freilich fest, dass das Parlament gar keine nennenswerte Rolle spielen könne, wenn grosser Zeit- und Handlungsdruck besteht.

6 Statt vieler Pierre Tschannen, in: Ehrenzeller Bernhard u.a. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung. St. Galler Kommentar, 4. A., Zürich 2023, Art. 165 N 6.

7 AS 2020 5821; 2021 354; 2021 153; 2021 878; 2022 817.

8 AS 2022 543.

Bundesrat die Einrichtung einer Wasserkraftreserve, die Bereitstellung eines temporären Reservekraftwerks sowie Finanzhilfen zur Rettung systemkritischer Unternehmen der Elektrizitätswirtschaft beschloss und der Präsident der Eidgenössischen Elektrizitätskommission der Bevölkerung riet, sich mit Kerzen und Brennholz einzudecken.[9] Unter diesem Eindruck schrieb die Bundesversammlung am 30. September 2022 nach Jahren fehlender Planung eines der unrühmlicheren Kapitel der Schweizer Gesetzgebungsgeschichte mit ihrer, so ein langjähriger Nationalrat, «nicht anders als schludrig zu bezeichnende[n] Instant-Gesetzgebung».[10] Diese war von vornherein gerade *nicht* geeignet, den befürchteten Energieengpass im Winter 2022/23 oder 2023/24 zu beseitigen, sondern vielmehr auf eine allgemeine Beschleunigung der Bewilligungsverfahren gerichtet, geht es doch neben üppigen Fördergeldern um entsprechende Vereinfachungen für Photovoltaik-Grossanlagen (bzw. die Erweiterung des Speicherwasserkraftwerk-Projekts Grimselsee) und damit – bestenfalls – eine mittelfristige Erhöhung der Produktion erneuerbarer Energie; jedenfalls bestand nie die Aussicht, dass die neuen Energieanlagen kurzfristig, d.h. schon im folgenden Winter, hätten Strom erzeugen können. Und inzwischen wissen wir, dass dies auch 2024/25 nicht der Fall war, weil nachträglich Schwierigkeiten zutage getreten sind, die wohl im ordentlichen Verfahren der Gesetzgebung rechtzeitig erkannt worden wären. Die Bundesversammlung erklärte den windigen «Solar-Express» dennoch für dringlich, hatte sie sich dazu den Freipass doch gleichsam schon mit der Wahl des irreführenden Erlasstitels («Dringliche Massnahmen zur kurzfristigen Bereitstellung einer sicheren Stromversorgung im Winter») erteilt. Das «Momentum», also politische Opportunität, sprach laut dem Antragsteller für einen «Schnellzug».[11] Die Opposition gegen dieses, wie im Nationalrat kritisiert wurde, unredliche,[12] angesichts des für die Sicherstellung der Stromversorgung vollkommen unerheblichen Zeitgewinns von sechs bis zwölf Monaten schlicht verfassungswidrige Vorgehen war erschreckend gering.[13] Selbst das Bundesamt für Justiz befasste sich in seiner

---

9 Siehe zu letzterer Empfehlung Interview in der NZZ am Sonntag vom 7.8.2022, 10.

10 Kurt Fluri, Leichtfertiger Umgang mit der Verfassung, NZZ vom 20.10.2022, 18.

11 Votum Rieder, AB 2022 S 743.

12 Votum Aeschi, AB 2022 N 1703.

13 Der Nationalrat nahm die Dringlichkeitsklausel mit 165 gegen 14 Stimmen bei 6 Enthaltungen an (AB 2022 N 1790); der Ständerat hiess sie sogar einstimmig mit 39 Stimmen bei einer Enthaltung gut (AB 2022 S 993).

Notiz vom 19. September 2022 kaum mit der Grundsatzfrage, ob der Dringlichkeitsweg nach Art. 165 BV überhaupt beschritten werden durfte.[14] Eine der Folgen der unnötigen gesetzgeberischen Eile war, dass im Gesetz unrealistisch kurze Fristen gesetzt wurden, die inzwischen verlängert worden sind.[15]

Das Beispiel des «Solar-Expresses», bei dem Natur- und Heimatschutz unter die Räder kamen, veranschaulicht die Gefahren des Dringlichkeitsverfahrens: Es führt in dieser Extremform (15 Tage von der Annahme des Antrags bis zur Schlussabstimmung) fast zwangsläufig zu einem Verlust an gesetzgeberischer Qualität. Wie etwa sollen in so kurzer Zeit weittragende Fragen der Verfassungsmässigkeit seriös abgeklärt werden? Oft entfällt im Dringlichkeitsverfahren schon das Vernehmlassungsverfahren (eine Praxis, die in einem neuen Art. 3*a* Abs. 1 lit. c VlG[16] inzwischen «legalisiert» worden ist), und die Qualität der parlamentarischen und öffentlichen Debatte leidet, wenn eine Vorlage in der gleichen Session von beiden Räten erstmals beraten wird (vgl. Art. 85 ParlG[17]). In krassen Fällen wie dem «Solar-Express», der von einer bereits in Beratung stehenden Vorlage abgespalten wurde, entfallen selbstredend auch Qualitätssicherungen wie Ämterkonsultation bzw. (frühzeitiger) Beizug der Bundesverwaltung, Botschaft des Bundesrats bzw. Kommissionsbericht. Sodann ist mit einem bloss nachträglichen Referendum nur schwer gegen bereits vollendete Tatsachen anzukommen.[18] Umso wichtiger ist es, die strengen Anwendungsvoraussetzungen des Dringlichkeitsrechts genau einzuhalten. Solange allein die Bundesversammlung für die Beurteilung der Verfassungsmässigkeit ihrer Erlasse zuständig ist − wofür es durchaus gute Gründe gibt −, kann freilich bloss eine strikte Selbstkontrolle angemahnt werden: Unfälle sind sonst kaum zu vermeiden.

---

14 Bundesamt für Justiz, «Artikel 71*a* E-Energiegesetz gemäss Beschluss des Ständerats vom 15.09.2022; Verfassungsmässigkeit», Notiz vom 19.9.2022.

15 Dies zwar nicht auf dem Dringlichkeitsweg, aber mit einer Änderung des Energiegesetzes vom 21. März 2025 (BBl 2025 1101), deren Inkrafttreten die Bundesversammlung wie folgt geregelt hat: «Es [= dieses Gesetz] tritt am 1. Januar 2026 in Kraft. Wird es in einer Volksabstimmung angenommen, so tritt es *nötigenfalls rückwirkend* auf den 1. Januar 2026 in Kraft» (Hervorhebungen hinzugefügt).

16 Bundesgesetz vom 18. März 2005 über das Vernehmlassungsverfahren (Vernehmlassungsgesetz, VlG; SR 172.061).

17 Bundesgesetz vom 13. Dezember 2002 über die Bundesversammlung (Parlamentsgesetz, ParlG; SR 171.10).

18 Vgl. dazu Stefan G. Schmid/Micha Herzog/Dumenig Stiffler, Dringliche Gesetzgebung und direkte Demokratie, Jusletter vom 7.6.2021, N 19.

Psychische Gesundheit als tragende Säule von Staat und Gesellschaft

Jan Sigrist/Cornelia Wyss/Christina Gysin[*]

Mensch und Staat sind untrennbar miteinander verbunden. Es sind die Menschen, die dem Staat Leben einhauchen, die ihn tragen und voranbringen. Ohne den Menschen kann der Staat – zumindest nach freiheitlichem, westlichem Verständnis – nicht existieren. Die daraus resultierende Gleichung ist simpel: Geht es den Menschen gut, profitiert auch der Staat. Diese Wechselwirkung spiegelt sich auch in der Definition der psychischen Gesundheit von der World Health Organization wider. Gemäss dieser Definition ist psychische Gesundheit ein Zustand des Wohlbefindens, in dem eine Person ihre eigenen Fähigkeiten erkennt, mit den normalen Belastungen des Lebens zurechtkommt, produktiv arbeiten kann und in der Lage ist, *einen Beitrag zu ihrer Gemeinschaft zu leisten.*[1] Somit hat der Staat – ebenso wie die in ihm lebende Gesellschaft – ein erhebliches Interesse an einer psychisch gesunden und resilienten Bevölkerung.

1. Schweizer Bevölkerung ist psychisch gefordert

Die psychische Gesundheit der Schweizer Bevölkerung ist angeschlagen. Laut der Schweizerischen Gesundheitsbefragung des Bundesamtes für Statistik im Jahr 2022 sind 18 % der Bevölkerung mittel bis stark durch psychische Probleme beeinträchtigt; 8 % befanden sich in Behandlung.[2] Auch die Invaliditätsstatistik

[*] Jan Sigrist, Master of Law, Rechtsanwalt, Legal Counsel, Bern; Cornelia Wyss, Master of Law, Rechtsanwältin, Wissenschaftliche Mitarbeiterin, Bern; Christina Gysin, Master of Law, Master of Science in Psychology, Wissenschaftliche Mitarbeiterin, Bern.

[1] World Health Organization, Investing in Mental Health, Genf 2003, 7.

[2] Bundesamt für Statistik, Psychische Gesundheit, Internet: ‹https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/gesundheit/gesundheitszustand/psychische.html› (Abruf 31.7.2025). Laut Statistik sind junge Frauen zwischen 15 und 24 Jahren besonders stark von psychischen Problemen betroffen (ebd.). Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass viele Männer aufgrund ihrer Sozialisation psychische Belastungen oft verdrängen oder nicht als solche wahrnehmen. Psychische Belastungen manifestieren sich zudem häufiger in externalisierenden Verhaltensweisen wie Aggression, Wut oder erhöhtem

bestätigt, dass psychische Probleme eine ernst zu nehmende Herausforderung darstellen. Im Jahr 2023 war die Invaliditätsursache in 52 % der Fälle eine psychische Krankheit.[3] Psychische Erkrankungen verursachen jährliche Kosten von schätzungsweise über 7 Milliarden Franken.[4] Bei der Betrachtung dieser Statistiken ist jedoch Vorsicht geboten, weil nicht nur statistisch Sichtbares von Relevanz ist. Psychische Gesundheit ist ein Kontinuum. Die Bandbreite reicht von vorübergehenden, geringfügigen Beeinträchtigungen bis hin zu schwerwiegenden, rezidivierenden, chronischen Erkrankungen.[5] Entsprechend werden nicht alle psychischen Herausforderungen statistisch erfasst. Doch auch Menschen, deren Herausforderungen statistisch unsichtbar bleiben, müssen im Alltag einen geeigneten Umgang mit ihren Herausforderungen finden.

2. Der Staat muss das Rüstzeug der Menschen stärken

Psychische Gesundheit ist kein statischer Zustand, sondern ein dynamischer Prozess, der von der Wechselwirkung zwischen Belastungen und den individuellen Ressourcen abhängt.[6] Zwar liegen viele Belastungen ausserhalb unseres Einflusses, doch wie wir auf diese reagieren, ist von uns selbst abhängig. Je mehr Ressourcen wir haben und je besser wir diese einzusetzen wissen, desto besser können wir mit Belastungen umgehen und auch schwere Herausforderungen meistern.

Alkoholkonsum etc. (vgl. Petra Bühring, Männer weinen heimlich, in: Deutsches Ärzteblatt 112/17, Berlin 2015, 766; Deutsche Presse-Agentur, Psychische Leiden bei Männern, Forschung & Lehre vom 14.11.2023, Internet: ‹https://www.forschung-und-lehre.de/forschung/wie-maenner-mit-psychischen-erkrankungen-umgehen-6037› [Abruf 31.7.2025]). Dass der Befund bei jungen Frauen mit Vorsicht zu interpretieren ist, zeigt auch die Suizidstatistik, wonach Männer deutlich häufiger Suizid begehen als Frauen (Bundesamt für Statistik).

3 Bundesamt für Sozialversicherungen, IV-Statistik 2023, Bern 2024, Internet: ‹https://www.bsv.admin.ch/dam/bsv/de/dokumente/iv/statistiken/iv_stat_2023_d.pdf.download.pdf/IV-Statistik%202023.pdf› Abruf 31.7.2025), 6.

4 Bundesamt für Gesundheit, Psychiatrische Versorgung, Bern 2025, Internet: ‹https://www.bag.admin.ch/de/psychiatrische-versorgung› (Abruf 31.7.2025).

5 Vikram Patel et al., The *Lancet* Commission on global mental health and sustainable development, in: The Lancet 392/10157 2018, 1553.

6 Martina Blaser/Fabienne Amstad (Hrsg.), Psychische Gesundheit über die Lebensspanne, Grundlagenbericht, Bern 2016, Internet: ‹https://gesundheitsfoerderung.ch/sites/default/files/migration/documents/Bericht_006_GFCH_2016-04_-_Psychische_Gesundheit_ueber_die_Lebensspanne.pdf› (Abruf 31.7.2025), 16.

Doch genau hier liegt ein zentrales Problem: Ein Grossteil der Bevölkerung erkennt die Bedeutung psychischer Gesundheit, doch oft fehlt das konkrete Wissen, wie diese gefördert werden kann. Zudem verhindern finanzielle Hürden das Abrufen von Hilfe.[7] Hier muss stärker angesetzt werden: Es braucht in der Schweiz ein umfassendes und niederschwelliges Angebot, um die psychischen Ressourcen der Menschen zu stärken. Dabei geht es nicht allein um klassische psychotherapeutische Angebote. Vielmehr bedarf es eines breiten Spektrums an einfach zugänglichen Angeboten, die den individuellen Bedürfnissen gerecht werden. Auch Menschen mit (vermeintlich) kleinen Herausforderungen sollen darauf zurückgreifen können. Zu denken ist hier an verschiedenste Formen und Ansätze: Podcasts, Kurse, anonyme Telefonberatungen, Online-Chats etc. Ziel muss ein breites Angebot sein, welches flexibel, einfach und unabhängig von finanziellen Möglichkeiten zugänglich ist – damit die Menschen darin gestärkt werden, ihre Herausforderungen eigenständig und nachhaltig zu bewältigen.

3. Bundeskompetenz im präventiven Bereich ist notwendig

Grundsätzlich erkennt auch der Bund diesen Bedarf an. Im Auftrag des Parlaments wurden Erkenntnisse aus der Covid-19-Pandemie betreffend die psychische Gesundheit erarbeitet. Es wurde festgehalten, dass psychische Gesundheit bereits in Normalzeiten gefördert werden muss – insbesondere durch niederschwellige Hilfs- und Beratungsangebote –, um gut auf allfällige Krisen vorbereitet zu sein. Das Problem: Trotz der hohen Relevanz der psychischen Gesundheit für die Schweiz verfügt der Bund in diesem Bereich lediglich über fragmentarische Kompetenzen – die Förderung der psychischen Gesundheit fällt in die Zuständigkeit der Kantone.[8] Dieser Umstand erschwert es massgeblich, die psychische Gesundheit als gesamtgesellschaftliche Aufgabe zu begreifen und landesweit mit Tatkraft anzugehen. Die Forderung der Schweizerischen Akademie der Medizinischen

---

[7] Gesundheitsförderung Schweiz, Monitoring Ressourcen Psychische Gesundheit 2023, Faktenblatt 86, Bern 2023, Internet: ‹https://gesundheitsfoerderung.ch/sites/default/files/2023-07/Faktenblatt_086_GFCH_2023-07_-_Monitoring_Ressourcen_Psychische_Gesundheit_2023_0.pdf› (Abruf 31.7.2025), 1.

[8] Vgl. zum Ganzen: Der Bundesrat, Wie steht es um die psychische Gesundheit in der Schweiz und wie kann sie zur Bewältigung künftiger Krisen gestärkt werden? Erkenntnisse aus der Covid-19-Pandemie, Bern 2024, Internet: ‹https://backend.bag.admin.ch/fileservice/sdweb-docs-prod-bagadminch-files/files/2025/03/18/0861442c-64dc-43b1-a0ea-1b606077cbd4.pdf› (Abruf 31.7.2025), 8, 23 f.

Wissenschaften (SAMW) nach einer Teilrevision der Bundesverfassung und der anschliessenden Erstellung eines Bundesgesetzes über die Gesundheit ist daher zu unterstützen.[9] Dies würde es insbesondere erlauben, Gesundheitsförderung und Prävention zu stärken und schweizweit zu vereinheitlichen.[10]

4. Von psychisch stabilen und resilienten Menschen profitieren alle

Unabhängig von der Art der Umsetzung – psychisches Wohlbefinden und psychische Gesundheit sind keine Nebensache, sondern eine tragende Säule von Staat und Gesellschaft. Gerade in Zeiten globaler Herausforderungen und gesellschaftlicher Umbrüche darf der Staat die psychische Gesundheit nicht aus dem Blick verlieren. Psychisch stabile Menschen können besser mit Krisen umgehen, aktiver an der Gesellschaft und am Arbeitsleben teilnehmen und die Schweiz mit kreativen sowie innovativen Ideen voranbringen. Eine ernsthafte Investition in präventive und therapeutische Massnahmen wird sich langfristig auszahlen – für den einzelnen Menschen, die Gesellschaft und das ganze Land.

---

9 Schweizerische Akademie der Medizinischen Wissenschaften, Für ein Bundesgesetz über die Gesundheit, Stellungnahme der SAMW, Bern 18.3.2024, Internet ‹https://www.samw.ch/dam/jcr:d6d86ec2-367b-4fba-b79d-b9121d213140/stellungnahme_samw_bundesgesetz_gesundheit_20240523.pdf› (Abruf 31.7.2025).

10 Vgl. dazu die von der SAMW in Auftrag gegebene Analyse von Stéfanie Monod et al., Analyse der Steuerung des Schweizer Gesundheitssystems und Vorschlag eines Bundesgesetzes über die Gesundheit, Raisons de santé 357, Lausanne 2024, Internet: ‹https://doi.org/10.16908/issn.1660-7104/357› (Abruf 31.7.2025).

Einwilligung 2.0 – Selbstbestimmung im digitalen Zeitalter

Franziska Sprecher[*]

Im digitalen Zeitalter steht die klassische Einwilligung unter erheblichem Druck.[1] Je mehr die digitale Bearbeitung und Mehrfachverwendung , bzw. Sekundärnutzung von Personendaten an Bedeutung gewinnt, desto deutlicher wird: Weder der klassische Informed Consent noch das zunehmend in unterschiedlichsten Lebensbereichen geforderte Opt-out-Modell bieten derzeit eine rechtlich tragfähige Antwort. Vielmehr bedarf es einer «Einwilligung 2.0». Entscheidend ist dabei die Wahrung der digitalen Selbstbestimmung des Einzelnen – nicht als formalistische, inhaltsleere Zustimmung, sondern als tragfähiges Konzept zur tatsächlichen Sicherung der Autonomie – mit oder trotz technologischer Mittel.

1. Über die Forschung hinaus

Stark wachsende Datenmengen und die fortschreitende Entwicklung algorithmischer Systeme fördern die Sekundärnutzung von Personendaten – insbesondere in der Forschung.[2] Dabei tritt das Spannungsverhältnis zwischen informationeller Selbstbestimmung (Art. 13 Abs. 2 BV), Wissenschaftsfreiheit (Art. 20 BV) und öffentlichen Interessen verschiedenster Art deutlich zutage. Gesetzliche Sonderregelungen wie das Forschungsprivileg im eidg. Datenschutzgesetz (Art. 39

[*] Prof. Dr., Rechtsanwältin, Direktorin des Zentrums für Gesundheitsrecht und Management, Institut für öffentliches Recht der Universität Bern.

[1] An Stelle vieler: Bruno Baeriswyl, Die Krux mit der Einwilligung, in: Baur et al. (Hrsg.), Entwicklungen im Medizinrecht – Vom klassischen Arztrecht zu One Health. Festschrift für Brigitte Tag, Bern 2024, 41 ff.

[2] Vgl. u.a. Ulrich Gasser, Forschung und Innovation im europäischen Gesundheitsdatenraum – Zur künftigen Sekundärnutzung elektronischer Gesundheitsdaten, DuD 12/2022, 739–746; Samuel Mätzler, Datenschutz in der (Human-)Forschung: Grundlagen und Probleme bei der Sekundärnutzung von Personendaten, Jusletter 30. Januar 2023.

DSG[3]) oder die Ausnahmeklausel im Humanforschungsgesetz (Art. 34 HFG[4]) sind mehr oder weniger gelungene Versuche einer Abwägung. Eine Diskussion nur mit Blick auf die Forschung bleibt jedoch unzureichend. Die (Sekundär-)Nutzung von Personendaten ist u.a. auch für die Politikgestaltung, Qualitätssicherung oder Regulierungsausgestaltung von grossem Interesse.

Die Weiterentwicklung des regulatorischen Rahmens unter Berücksichtigung der vielfältigen Interessen und gleichzeitiger Sicherung der digitalen Selbstbestimmung ist daher unabdingbar. Ziel ist die Entwicklung von Datennutzungskonzepten, die den Einsatz dieser Technologien ermöglichen und gleichzeitig die Autonomie der Betroffenen sicherstellten.

2. Grenzen des Informed Consent

Die Bearbeitung von Personendaten ist ein Eingriff in Persönlichkeitsrechte. Die schweizerische Rechtsordnung verlangt daher in vielen Fällen eine spezifische, informierte Einwilligung. Die Anforderungen an deren Verständlichkeit, Umfang und Konkretisierung sind hoch. Angesichts technischer Komplexität und fehlender Transparenz datenbasierter Systeme, insbesondere im Kontext von KI-gestützten Analysen, erscheint eine umfassende Aufklärung in der Praxis oft unrealistisch. Die Folge ist eine faktische Aushöhlung der Autonomie durch Informationsflut, asymmetrische Wissensverhältnisse und die Dynamik der Datennutzung.[5] Zudem wird die Entscheidungsfreiheit der betroffenen Personen durch sogenannte «Consent Fatigue» sowie durch schwer zugängliche oder unverständliche Informationsangebote weiter eingeschränkt. In der Konsequenz verlieren Einwilligungserklärungen ihren normativen Gehalt als Ausdruck individueller Selbstbestimmung.

---

3 Bundesgesetz vom 25. September 2020 über den Datenschutz (Datenschutzgesetz, DSG, SR 235.1).

4 Bundesgesetz vom 30. September 2011 über die Forschung am Menschen (Humanforschungsgesetz, HFG, SR 810.3).

5 Vgl. u.a. Baeriswyl (FN 1), 44 f.; Gunnar Duttge, «Daten helfen heilen» – auch durch Missachtung des «informed consent»?, in: Baur et al. (Hrsg.), Entwicklungen im Medizinrecht – Vom klassischen Arztrecht zu One Health. Festschrift für Brigitte Tag, Bern 2024, 155 ff.

3. Opt-out – Eine untaugliche Lösung

Das zunehmend favorisierte Opt-out-Modell[6] bietet zwar eine formale Vereinfachung, indem eine stillschweigende Zustimmung angenommen wird, sofern kein aktiver Widerspruch erfolgt. Doch dieser vermeintlich pragmatische Zugang genügt weder den verfassungsrechtlichen Anforderungen an Transparenz, Freiwilligkeit und Willensbildung, noch garantiert er eine substanzielle informierte Entscheidung. Eine Widerspruchslösung setzt voraus, dass die betroffene Bevölkerung umfassend, zielgerichtet und in geeigneter Form informiert wird – ein Anspruch, der realistisch kaum einlösbar ist.[7] Die Selbstbestimmung wird zur Fiktion, und mittels Opt-out gewonnene Einwilligungen vermögen nicht zu halten, was sie vermeintlich versprechen.[8]

4. Konzeptionelle Weiterentwicklung

Der Fokus muss auf einer Weiterentwicklung des Einwilligungskonzepts liegen, das mit der digitalen Realität kompatibel ist und zugleich die Selbstbestimmung wahrt. Zur Überwindung der zuvor aufgezeigten Schwächen bestehender Modelle wurden alternative Ansätze entwickelt, die auf eine Stärkung der digitalen Selbstbestimmung zielen. Einer dieser Ansätze ist die *dynamische Einwilligung*: ein fortlaufender, technologiegestützter Prozess, der es betroffenen Personen ermöglicht, ihre Zustimmung zur Datenverwendung flexibel und kontextabhängig zu aktualisieren.[9] Dieses Modell trägt der Realität einer komplexen und fortschreitenden Datenverwendung Rechnung.

---

6 Valérie Junod/Bernice Elger, Données codées, non-codées ou anonymes, Jusletter 10. Dezember 2018.

7 Thomas Gächter/Birgit Christensen, Von der Information zur Warnung, Jusletter 29. August 2022.

8 Baeriswyl (FN 1), 45 f.; Duttge (FN 4), 160 ff.

9 Marion A. Huggler/Anja L. Frei/David Schneider/Julian Mausbach, Dynamic Consent – Eine Kommunikationsplattform für Forschungsprojekte mit Gesundheitsdaten, Jusletter 28. August 2023.

Ein weiteres Modell ist die *Meta-Einwilligung*.[10] Dabei können betroffene Personen im Voraus festlegen, in welchem Umfang, zu welchen Zwecken und mit welcher Tiefe sie über die Nutzung ihrer Daten informiert und einbezogen werden möchten. Die Ausgestaltung folgt einem gestuften Wahlverfahren, das individuelle Präferenzen berücksichtigt und zugleich das Recht auf Nichtwissen respektiert.

Sowohl die dynamische Einwilligung als auch das Modell der Meta-Einwilligung setzten nicht nur ein hohes Mass an Datenkompetenz – sowohl bei der Bevölkerung wie auf Seiten der Behörden – voraus, sondern erfordern die Schaffung entsprechender Infrastrukturen. Zusätzlich sollen Governance-Strukturen Transparenz, Rechenschaftspflichten und die Berücksichtigung ethischer Grundsätze gewährleisten. Dies ist insbesondere bei datenbasierten Anwendungen in sensiblen Bereichen wie der Gesundheit oder der Bildung unabdingbar.

Im digitalen Zeitalter erfordert die Sicherung der individuellen Freiheit einen konsistenten Ordnungsrahmen, der den Gegebenheiten der digitalen Realität gerecht wird und den Schutz individueller Freiheit trotz oder gerade mit Technologie tatsächlich gewährleistet.

[10] Thomas Ploug/Søren Holm, Meta consent – A flexible solution to the problem of secondary use of health data, Bioethics 30(9)/2016, 721–732.

Von Elefanten im Raum

Beat Stalder[*]

Er hat das Potenzial, zum Begriff des Jahres gekürt zu werden, jener der «Wohnungsknappheit». Die Mieten in der Schweiz steigen seit einiger Zeit deutlich an, der Wohnungsbau geht zurück und der Leerwohnungsbestand erreicht, örtlich unterschiedlich, dramatische Minima. Eine fundamentale Änderung ist in nächster Zeit nicht zu erwarten.[1] Politik, Verwaltung und Wirtschaft suchen nach Lösungen. In der Folge eines von Bundesrat Guy Parmelin einberufenen Runden Tisches mit Vertreterinnen und Vertretern des Bundes, der Kantone, Städte und Gemeinden sowie der Immobilien- und Baubranche hat eine Arbeitsgruppe einen Aktionsplan erarbeitet, der insgesamt 21 Massnahmen in den Bereichen Innenentwicklung erleichtern und qualitätsvoll umsetzen, Verfahren stärken und beschleunigen sowie genügend preisgünstigen und bedarfsgerechten Wohnraum sicherstellen vorsieht.[2] Analoge Überprüfungs- und Beschleunigungsprozesse wurden auch auf kantonaler Ebene eingeleitet.[3] An Auffassungen, wo die Gründe des Übels liegen und wo demnach anzusetzen ist, mangelt es nicht. Die Rede ist von Deregulierung, der Beschleunigung von Planungs- und Baubewilligungs-

[*] Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Bau- und Immobilienrecht, Titularprofessor an der Universität Bern für Raumplanungs-, Bau- und Enteignungsrecht.

[1] Zur Ausgangslage und auch zum Folgenden vgl. Bundesamt für Wohnungswesen BWO, Der Wohnungsmarkt auf einen Blick 1/2025 sowie Wüest Partner, Wirkung wohnungspolitischer Massnahmen, Auftragsstudie vom 10. Dezember 2024 für die Volkswirtschaftsdirektion und die Baudirektion des Kantons Zürich.

[2] Aktionsplan Wohnungsknappheit, Runder Tisch vom 13. Februar 2024, Internet: ‹https://www.are.admin.ch/are/de/home/agglomerationen-laendliche-raeume/strategie-und-planung/wohnungsknappheit.html› (Abruf 14.7.2025).

[3] Im Kanton Bern befasst sich das auf Initiative der Direktion für Inneres und Justiz DIJ und des Verbandes Bernischer Gemeinden VBG ins Leben gerufene «Kontaktgremium Planung» seit mehreren Jahren mit Massnahmen zur Verfahrensbeschleunigung und hat auch entsprechende Gesetzesanpassungen in die Wege geleitet.

verfahren[4] oder der Einschränkung von Einsprache- und Beschwerderechten.[5] So reizvoll angesichts der bundesgerichtlichen Ablehnung[6] der auch im Kanton Bern vormals geübten und bewährten rügespezifischen Legitimation[7] der Gedanke ist, die Einspracherechte im Planungs- und Baubewilligungsverfahren einzuschränken, so erheblich sind die mit den diskutierten Ansätzen verbundenen Probleme: Darüber, ob eine Einsprache «rechtsmissbräuchlich» ist, lässt sich ebenso trefflich (und jahrelang) streiten wie darüber, wann und unter welchen Umständen die Einsprache ihrem Urheber einen «praktischen Nutzen» verschafft und ihm damit ermöglicht, gegen ein Vorhaben jegliche Rügen vorzubringen. Schliesslich lässt die Legitimationsdiskussion ausser Acht, dass nicht der erste, sondern der letzte verbleibende Einsprecher und Beschwerdeführer es in der Hand hat, ein Vorhaben um Jahre zu verzögern. Eine Ausdünnung von Einsprachebefugten und Einspracherügen löst das Problem nicht; ein legitimierter Opponent wird sich gerade bei Verdichtungsprojekten immer finden lassen.

Der Blick sei deshalb hier auf zwei Punkte geworfen, die in der allgemeinen Diskussion (zu) kurz kommen, sei es, dass ihre Bedeutung unterschätzt wird, oder dass sie sich – gleichsam dem Elefanten im Raum – bisweilen erfolgreich (aber nicht nachhaltig) verdrängen lassen:

Erstens das materielle Recht: Der Gesetzgeber bringt es immer wieder fertig, das ohnehin schon komplizierte Planungs- und Baurecht zusätzlich zu beladen. Beispielhaft erwähnt sei die USG[8]-Revision vom 27. September 2024: In der Sache ging es (unter anderem) darum, die in vielen Kantonen bewährt praktizierte, vom Bundesgericht mit Urteil vom 16. März 2016[9] allerdings als bundesrechtswidrig erachtete «Lüftungsfensterpraxis» auf eine gesetzliche Grundlage zu stellen und damit die innere Verdichtung zu stärken. Eigentlich ein einfaches Unterfangen.

---

4 Vgl. etwa Meinrad Huser, Effizienz in baurechtlichen Verfahren – durch Beschleunigung, Koordination und Entflechtung, in: Bibliothek zur Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Beiheft 61, Basel, 2023.

5 Vgl. etwa Alain Griffel, Beschwerdelegitimation: zurück zur rügebezogenen Betrachtungsweise!, in: ZBl 2022 S. 113; ders. Einsprache, Einwendung, Beschwerde, Mitwirkung: Was für ein Durcheinander!, in ZBl 2024 S. 629.

6 Vgl. etwa BGE 141 II 50 E. 2.1.

7 Gemäss Art. 35*c* und Art. 40 Abs. 2 des Baugesetzes des Kantons Bern in der bis zum 31. März 2017 geltenden Fassung mussten Einsprechende an jeder Rüge ein schutzwürdiges Interesse nachweisen und bestand die Beschwerdelegitimation lediglich im Rahmen der Einsprachegründe.

8 Bundesgesetz vom 7. Oktober 1983; SR 814.01.

9 BGE 142 II 100.

Aus dem Gesetzgebungsprozess ist freilich ein lärmschutzrechtlicher Koloss hervorgegangen, der sowohl den Bauherrschaften als auch den Vollzugsbehörden wenig Freude, aber viel Arbeit bescheren wird und den einsprachebefugten Nachbarn mit den auf mehreren Ebenen teilweise kumulativ, teilweise alternativ statuierten Ausnahmevoraussetzungen ein ideales Sprungbrett für langwierige Einsprache- und Beschwerdeverfahren liefert:

> Art. 22 Baubewilligungen in lärmbelasteten Gebieten[10]
>
> [1] Baubewilligungen für die Erstellung und die wesentliche Änderung von Gebäuden, die dem längeren Aufenthalt von Personen dienen, werden unter Vorbehalt von Absatz 2 nur erteilt, wenn die Immissionsgrenzwerte eingehalten werden können, soweit dies verhältnismässig ist.
>
> [2] Können die Immissionsgrenzwerte nicht eingehalten werden, so darf die Baubewilligung nur erteilt werden, wenn:
>
> a. bei jeder Wohneinheit:
> 1. zur Be- und Entlüftung der lärmempfindlichen Räume eine kontrollierte Wohnraumlüftung installiert wird, und
> – ein Kühlsystem vorhanden ist oder
> – mindestens ein lärmempfindlicher Raum über ein Fenster verfügt, bei dem die Immissionsgrenzwerte eingehalten sind,
> 2. mindestens die Hälfte der lärmempfindlichen Räume über ein Fenster verfügt, bei dem die Immissionsgrenzwerte eingehalten sind, oder
> 3. mindestens ein lärmempfindlicher Raum über ein Fenster verfügt, bei dem die Immissionsgrenzwerte eingehalten sind, sowie ein privat nutzbarer Aussenraum zur Verfügung steht, bei dem die Immissionsgrenzwerte eingehalten sind; und
>
> b. der bauliche Mindestschutz nach Artikel 21 gegen Aussen- und Innenlärm angemessen und verhältnismässig verschärft wird.

Soweit die Politik beklagt, die Planungs- und Baubewilligungsverfahren dauerten zu lange, ist jedenfalls ein Teil der Problematik hausgemacht. Deregulierung im Hinblick auf Verfahrensbeschleunigung und auf Umsetzung des Auftrags zur inneren Verdichtung ginge anders.

Zweitens, daran anknüpfend, die Ressourcendiskussion bei den kantonalen Planungsämtern: Das Raumplanungsrecht ist im Wandel. Mit der auf die Stärkung der inneren Verdichtung abzielenden Revision «RPG 1»[11] hat der Bundesgesetzgeber einen Paradigmenwechsel vollzogen, der bei den Kantonen hinsichtlich ihrer Richtpläne und Baugesetze erheblichen Grundlagenbeschaffungs- und Anpassungsaufwand auslöst. Wer verkündet, mit einer effizienteren Arbeitsweise

---

[10] Fassung gemäss BBl 2024 2502; die Inkraftsetzung ist noch offen.

[11] RPG-Revision vom 15. Juni 2012, in Kraft seit 1. Mai 2014.

könnten die Ämter ihre Aufgaben mindestens so gut und zeitgerecht erledigen, blendet diesen Ressourcenbedarf aus, Ressourcen, die im Tagesgeschäft bei der Vorprüfung und Genehmigung von Nutzungsplänen fehlen. Zweifellos: Effizienzsteigerungen durch optimierte, zunehmend digital unterstützte Prozesse sind immer möglich; sie werden auch laufend geprüft und umgesetzt. Allein damit lässt sich das Problem überlanger Verfahrensdauern nicht lösen. Noch haben die Kantone die ihnen mit der Revision «RPG 1» übertragenen Aufgaben (vgl. Art. 8-8b RPG) nicht vollständig abgearbeitet, während mit der gesetzgeberisch ebenfalls überaus komplizierten Revision «RPG 2»[12] bereits die nächste Aufgabenwelle auf die Kantone zurollt. Mit der «Nichtbauzone mit zu kompensierenden Nutzungen» (Art. 8*c* i.V.m. Art. 18bis rev. RPG) wie auch mit den Stabilisierungszielen bezüglich Gebäudezahl und Versiegelungsflächen im Nichtbaugebiet (Art. 2 Abs. 2 lit. b^{ter} und b^{quater} i.V.m. Art. 8*d* rev. RPG) beschreitet die Revision planungsrechtliches Neuland (vielleicht eher Treibsand) und stellt die Kantone vor immense Herausforderungen, zumal für die Stabilisierungsziele der Referenzzustand vom 29. September 2023 gilt (Art. 8*d* Abs. 1 und 2 rev. RPG), was bei den Kantonen unverzüglichen Handlungsbedarf auslöste, Jahre, bevor das Gesetz voraussichtlich 2026 in Kraft tritt.[13]

Sollen wirksame Massnahmen zur Beschleunigung von Planungs- und Baubewilligungsverfahren wirklich greifen, werden die politischen Instanzen trotz intuitivem Verdrängungsreflex nicht umhinkommen, ihren Ämtern die nötigen Mittel zur Verfügung zu stellen. Als illusorisch erweisen sich deshalb Äusserungen politischer Entscheidträger, der durch die RPG-Revisionen eingeleitete raumplanungsrechtliche Change-Prozess müsse jedenfalls ohne zusätzliche Ressourcen über die Bühne gehen. Die Quittung in Form von weiterhin überlangen Verfahren liegt auf der Hand.

---

12 RPG-Revision vom 29. September 2023, Datum der Inkraftsetzung noch offen.

13 Vgl. zur unechten Rückwirkung Pierre Tschannen/Markus Müller/Markus Kern, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., 2022, N 562.

Ich wiedererwäge, also bin ich

Oder weshalb es uns in Zeiten von KI noch braucht

*Kaspar Sutter**

Von den richtigen Zutaten im Müesli, über die Einschränkungen des Medienkonsums für die Kinder (notorisch «unfair!»), bis zur partizipativ-sensiblen Abstimmung der nächsten Feriendestination: Es ist uns heute, ob wir wollen oder nicht, fortlaufend aufgetragen: das Neu- oder Wiedererwägen. Wir sind im Privaten längst professionelle Wiedererwägende.

Anders der Blick auf uns Juristinnen und Juristen. Von uns wird erwartet, dass wir die Sache nicht nur rasch, sondern – ja – auch möglichst unverrückbar beurteilen. Ganz nach dem Motto: Die Angelegenheit mal rein geschäftlich, rein juristisch geklärt, verspricht Entlastung von deren tatsächlicher Komplexität.[1] Und wir Juristinnen und Juristen, eben auch stark Ordnung und positivistischer Macht zugetan, gehen gerne zur Hand.[2] In unseren Analysen und Urteilen deduzieren wir jeweils wohlfeil die eine «unumstössliche» Lösung – bestenfalls zuoberst mit der Verfassung beginnend und deren Weihe argumentativ imprägniert.

Der Blick ins öffentlich-rechtliche Verfahren bestätigt das Bild einer berufsständischen Wiedererwägungs-Renitenz. Nach der Verfügung ist vor der Beschwerde. So lernen wir's schon im Studium. Das VwVG widmet der Beschwerde ganze 22 Artikel, während die Wiedererwägung bis heute keine Regelung gefunden hat. Im Psychogramm der Verfahrensinstitute also gewissermassen die blasse Exotin. Die Unschärfe beginnt dabei schon bei der Nomenklatur. Hier soll mit Wiedererwägung umfassend das Zurückkommen auf die ursprüngliche Verfügung gemeint sein – zumeist als formloser Rechtsbehelf keinen Anspruch auf Behandlung vermittelnd.

---

* PD Dr. iur., LL.M., Leiter Rechtsdienst Schweizerischer Nationalfonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung, Bern.

1 So bereits Gustav Radbruch, Grundzüge der Rechtsphilosophie, Heidelberg 1914, 116 f.

2 Historisch mag dies mit der Macht- und Politiknähe unserer Disziplin zu erklären (vgl. Andreas Kley, Geschichte des öffentlichen Rechts der Schweiz, Zürich/St. Gallen 2011, 449), nicht aber (wissenschaftlich) zu rechtfertigen sein.

Kurz: Das Verfahrensinstitut der Wiedererwägung befindet sich in einem tiefen Dornröschenschlaf. Es ist an der Zeit, ihm neues Leben einzuhauchen. Ein dreifacher Weckruf:

Rechtsschutz! Bereits heute hängt wirksamer Rechtsschutz in weiten Gebieten von der Verwaltung selbst, der Qualität ihrer Arbeit und ihren Selbstkontrollmechanismen ab. Die fortschreitende Spezifizierung und Disparität des erforderlichen Expertenwissens bringen es mit sich, dass Entscheide der Verwaltung jeweils ein «komplexes Kooperationsprodukt» sind (Stichworte: Inter- und Transdisziplinarität, Sachverständigenermessen). Der Chance erhöhter Richtigkeit steht das Risiko von Intransparenz und Verantwortungsdiffusion gegenüber. Wer kann diese neue Komplexität überblicken und eine wirksame Überprüfung und Korrektur von (Gruppen-)Fehlern gewährleisten? Das Gericht ist hier kaum mehr in der Lage, im Einzelfall effektiv Abhilfe zu schaffen und zu korrigieren, namentlich innert nützlicher Frist für die Betroffenen die Sache zu entscheiden – ob dies nun die Sicherheit des AKWs, den Aufenthalt des Asylsuchenden, den Beitrag für die Forschungsförderung oder die Demobewilligung betrifft. Vielmehr gilt es, Mechanismen effektiven Rechtsschutzes in die Verwaltung vorzuverlagern und die Wiedererwägung als ordentliches Rechtsmittel zu etablieren.[3]

Rechtsstaat! Die rasante Entwicklung im Bereich KI verstärkt dieses Desiderat. Über den Rechtsschutz hinaus geht's hier weitergehend gar um die Wahrung der Rechtsstaatlichkeit. Aber der Reihe nach. Gerade für unseren Staat und seine Behörden, anforderungsreich nach Sachgerechtigkeit strebend, verspricht KI ein eigentliches Chancen-Eldorado der Komplexitätsverarbeitung: endlich abundant Verhältnisse (Verhältnismässigkeit ernst gemacht!) und Muster (Urteilsprognosen ernst gemacht!) erfassen und analysieren – fern beschränkter Verarbeitungskapazitäten und irrationaler Verzerrungen des Menschen (letztere zumindest aber im Datensalat zur Unkenntlichkeit wegalgorithmisiert). Beim freien Pröbeln denken wir KI heute zumeist als Assistenz, wie sie uns beim Protokollieren oder bei der sekundenschnellen Analyse und Triage von Akten und Urteilen zur Seite steht. Zuweilen gehen wir aber schon weit darüber hinaus. Und KI ist zum autonomen Handlungs- und Verfügungsakteur geworden. So erledigt sie im Kanton Solothurn das Steuerverfahren autonom, von der Prüfung der Steuererklärung bis zur Veranlagung. In den USA geht die Entwicklung gar so weit, dass Strafgerichte auf Algorithmen setzen, um das Rückfallrisiko und damit die Strafe von An-

[3] Ähnlich neuerdings Benjamin Schindler/Anne Kneer, in: Salim Rizvi/Benjamin Schindler/Urs Peter Cavelti (Hrsg.), Praxiskommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege des Kantons St. Gallen (VRP), 2020, 22, N 26.

geschuldigten zu «ermitteln» – das Ganze höchstrichterlich geschützt, wiewohl die Richterinnen und Richter nicht im Stande sind, die Risikobeurteilung des Algorithmus im Einzelnen nachzuvollziehen.[4] Ein Unding, oder juristisch schlicht ein Nichtentscheid. Denn was wir als Menschen nicht nachvollziehbar begründen, das heisst über Gründe anderen Menschen vermitteln können, verletzt ganz (zu?) offenkundig und schwerwiegend das Recht. Beim rechtlichen «Gehör» ist diese anthropozentrische Prämisse und damit die Verletzung nur besonders augenscheinlich. Aber auch weitere Pfeiler unseres Rechts, wie die Verhältnismässigkeit («Mässigkeit»), Treu und Glauben («Treue») oder auch etwa die zuständige Behörde als Verfügungselement, sind derart ohne den Menschen schlechthin nicht zu haben.[5] Generell gesagt: Der Rechtsstaat setzt den Menschen als sinn- und verständigungsfähiges Wesen voraus.[6] Er muss stets menschlich versteh- und kritisierbar handeln und entscheiden, und so verantwortlich und rechenschaftspflichtig bleiben. Insoweit gilt es die Wiedererwägung als Instrument der Rechtsstaatsgewähr weiter zu denken und neu auszurichten.

Resonanz! Norm und Wirklichkeit klaffen mithin schon heute zu weit auseinander. Die Lücke ist durch die Institutionen des Rechtsstaats, namentlich das öffentliche Verfahren, zu adressieren, und die Chancen und Risiken, die fortschreitende Expertisierung und KI mit sich bringen, sind rahmend zu begleiten. Damit unser Recht mit seinen Normen (Transparenz, rechtliches Gehör, wirksamer Rechtsschutz usw.) auch in Zukunft dem Menschen und nicht der Macht der (Algorithmen-)Ordnung dient. Konkret ist die Wiedererwägung, mit dem Anspruch auf

---

4 Vgl. Loomis v. Wisconsin, 881 N.W.2d 749 (Wis. 2016); Sentence Review State v. Loomis, in: Harvard Law Review, Bd. 130, Ausgabe 5, März 2017. Als Schranke ist einzig ein Disclaimer erforderlich, der auf das Risiko der Undurchsichtigkeit solcher Algorithmen hinweist (sic). Kritischer heute die Stossrichtung im EU-Recht: Der Einsatz von KI-Instrumenten durch Richterinnen und Richter wird als «hochriskant» qualifiziert und sollte diese nur unterstützen, nicht aber ersetzen (Verordnung EU 2024/1689).

5 Zur Anthropozentrik des grundrechtsbasierten Rechtsstaats vgl. auch den Beitrag von Oliver Lepsius in dieser Festschrift.

6 Recht auf Rechtfertigung (Rainer Forst). Im Extremfall, wenn nicht weiter differenziert werden kann, mag dabei am Ende auch das Los und damit der Zufall stehen (vgl. Markus Müller, Bemerkungen zum Entscheid des Bernischen Verwaltungsgerichts vom 18. Juli 2012, in: BVR 2013, Heft 9, 433 ff.) – aber vom Menschen per se nicht nachvollziehbare und damit eigentlich «grund-lose» Entscheide geht nicht.

Behandlung und Korrektur bei wesentlichen Fehlern, in der öffentlichen Verfahrensordnung zu verankern; unter Wahrung der nötigen Flexibilität, um rechtsgebietsspezifische Umsetzungen und insbesondere auch informelles Handeln zu ermöglichen.

Damit schliesst sich der Kreis. Wir sind wieder bei der grossen Herausforderung unserer Disziplin angelangt, der sich Markus Müller radikal und mit pointierter Analyse stellt: dem Faktor Mensch im Recht. Ihn müssen wir im demokratischen Rechtsstaat als Referenz setzen, ihn müssen wir im ernsthaften Streben nach Verständigung mitnehmen können. Hier erst gewinnt der Staat, mit einer starken Verwaltung und wirksamen Selbstkontrollmechanismen, die nötige Glaubwürdigkeit und Akzeptanz. Dabei braucht es uns Juristinnen und Juristen auch in Zukunft. Indem wir den anforderungsreichen Menschenbezug von Recht und Rechtsstaat vermitteln. Und indem wir in unserer Arbeit bescheiden wie mutig[7] auf Resonanz setzen – uns selbst und unsere Stärke gerade als (selbst-)kritische Wiedererwägende erkennend.

[7] Vgl. auch Markus Müller, Überforderung im öffentlichen Recht?, in: ZBJV 2010, 363 ff.: Mut zum «sanften» Widerstand, Mut zur Modeskepsis, Mut zur Verständnisfrage.

Rechtsschutz und Verfahren: Das eine tun und das andere nicht lassen.

Daniela Thurnherr[*]

Nach der vergleichsweise späten Etablierung hat die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Schweiz einen sukzessiven Ausbau erfahren. Zu den jüngeren Meilensteinen zählt der Rechtsschutz gegen Realakte, der zunächst vom Bundesgericht anerkannt[1] und schliesslich vom Bundesgesetzgeber in Art. 25*a* VwVG verankert wurde.[2] Besagte Norm bereitet Wissenschaft und Praxis einiges Kopfzerbrechen. Dem Empfänger der vorliegenden Festschrift gelang es, mit einem frühen Beitrag zur Tragweite von Art. 25*a* VwVG, Licht ins Dunkel zu bringen.[3] Dass die Reichweite des gerichtlichen Rechtsschutzes gegen Realakte nach wie vor komplexe Fragen aufwirft (exemplarisch hingewiesen sei auf Entscheidungen zu behördlichen Unterlassungen im Bereich des Klimaschutzes[4] oder zur Abfallentsorgung in einer Fraktion der bündnerischen Gemeinde Cazis[5]), hängt nicht zuletzt damit zusammen, dass die zu beurteilenden Konstellationen äusserst vielfältig sind. Die einzelfallweise Beurteilung des Anfechtungsobjekts bzw. der Beschwerdelegitimation ist daher mit Wertungen verbunden, die dazu führen, dass letztlich primär die Gerichte selbst über den Zugang zur Justiz entscheiden.

---

[*] Prof. Dr., LL.M. (Yale), Professorin für öffentliches Verfahrens-, Verfassungs- und Verwaltungsrecht, Universität Basel.

[1] Siehe BGE 130 I 369 E. 6.1 (bezüglich Art. 13 EMRK) mit weiteren Hinweisen.

[2] Die Kantone haben gestützt auf die Rechtsweggarantie von Art. 29*a* BV Rechtsschutz gegen gewisse Realakte zu gewährleisten. Siehe exemplarisch BGE 143 I 336 E. 4.

[3] Siehe Markus Müller, Rechtsschutz gegen Verwaltungsrealakte, in: Pierre Tschannen (Hrsg.), Neue Bundesrechtspflege, BTJP 2006/2007, Bern 2007, 313 ff. Die Verfasserin des vorliegenden Beitrags erinnert sich an den höchst anregenden Vortrag anlässlich der Tagung vom 19./20. Oktober 2006 zur damals neuen Bundesrechtspflege an der Universität Bern, die mitursächlich für die Festigung ihres Interesses an verwaltungsverfahrensrechtlichen Fragestellungen war.

[4] BGE 146 I 145 E. 4; BVGer, A-2992/2017, 27.11.2018, E. 4.

[5] BGE 143 I 336 E. 4.

Während die Urteile zum Rechtsschutz gegen Realakte aus prozessrechtlicher Warte gemeinhin grosse Aufmerksamkeit seitens der Wissenschaft auf sich ziehen, erfolgt die materiellrechtliche Beurteilung entsprechender Streitigkeiten oft weitgehend unbemerkt. Konkret veranschaulicht: Dass gegen die Schliessung der Kehrichtsammelstelle in Cazis aufgrund von Art. 29*a* BV gerichtlicher Rechtsschutz gewährt werden musste,[6] ist weitherum bekannt und viel diskutiert.[7] Vom Umstand, dass die Schliessung der Sammelstelle letztlich als bundesrechtskonform erachtet wurde,[8] hat die Fachwelt hingegen kaum Kenntnis genommen. Dies erstaunt nicht, wenn man sich den grossen Spielraum vor Augen führt, über den die Kantone und Gemeinden bei der Organisation der Abfallentsorgung verfügen und der eine gerichtliche Intervention als wenig wahrscheinlich erscheinen lässt.

Die erwähnte Konstellation ist typisch für den Rechtsschutz gegen Realakte, deren Normierung gemeinhin weniger detailliert ausfällt als jene von weiten Teilen des eingreifenden Verfügungshandelns. Entsprechend sind auch gerichtliche Korrekturen (sieht man von Grundrechtseingriffen durch Realakte ab) eher selten. Abgesehen von den Limiten der gerichtlichen Überprüfung kennzeichnet sich der Rechtsschutz gegen Realakte durch ein weiteres Defizit: Er kommt in der Regel erst zum Tragen, nachdem der Realakt bereits getätigt worden ist, und erfolgt in jenen Fällen zu spät, in denen Fakten – beispielsweise in Gestalt der Verbreitung von Informationen – geschaffen wurden, die sich nicht wieder rückgängig machen lassen. Den Gerichten bleibt zwar die Möglichkeit, die Widerrechtlichkeit festzustellen (die allenfalls staatshaftungsrechtlich relevant ist); sie können den rechtmässigen Zustand indes nicht wiederherstellen. Beschränkt ist die gerichtliche Überprüfung auch beim konsensualen Verwaltungshandeln, dessen Anwendungsbereiche sich ebenfalls durch mehr oder weniger grosse Entscheidungsspielräume kennzeichnen.

Vor diesem Hintergrund überrascht es, dass die neben der Verfügung existierenden administrativen Handlungsformen bislang primär aus der Perspektive des – wie dargelegt oftmals limitierten – gerichtlichen Rechtsschutzes Aufmerksamkeit erfahren haben, während das ihnen vorgelagerte Verfahren gemeinhin vernachlässigt wird. Berücksichtigt man, dass die Verfahrensgestaltung gerade im Kontext offener Normen essenziell für die Richtigkeit des Ergebnisses und die Fairness der Entscheidfindung ist, sprechen gute Gründe dafür, dem informellen und dem konsensualen Verfahren auch unter Verfahrensgesichtspunkten grössere Aufmerksamkeit zu schenken.

---

6 BGE 143 I 336 E. 4.

7 Siehe unter anderem den Kommentar von Markus Müller, ZBl 2017, 445 ff.

8 BGer, 1C_405/2018, 21.2.2019, E. 2.

Zugegebenermassen ist die Situation komplex. Es gilt, aus der bunten Phänomenologie informellen und konsensualen Verwaltungshandelns jene Erscheinungsformen herauszufiltern, die aus der Perspektive der Verfahrensfairness besondere Anforderungen stellen. Im Zentrum steht dabei die Frage, in welchen Konstellationen den Kernelementen eines gerechten Verfahrens – der Unabhängigkeit der Entscheidträger und dem Recht, gehört zu werden (Art. 29 Abs. 1 und 2 BV) – Bedeutung zukommt. Gewisse Anhaltspunkte lassen sich der Gerichtspraxis entnehmen, die punktuell Beispiele für eine Ausweitung der Verfahrensgarantien auf alternative Handlungsformen liefert.[9]

Die im Hinblick auf eine umfassende Beleuchtung der Thematik erforderliche Strukturierungsarbeit ist primär der Wissenschaft aufgetragen. Dieser kommt die Aufgabe zu, das Stadium im Vorfeld von Realakten, gütlichen Einigungen und Verträgen in den Blick zu nehmen, Schutzbedürfnisse auszuloten und mit Praktikabilitäts- und Geheimhaltungsinteressen in Einklang zu bringen. Dabei ist auch zu eruieren, welche Fairnessaspekte den jeweiligen Handlungsformen bereits inhärent sind (beispielsweise Teilaspekte des rechtlichen Gehörs beim konsensualen Handeln). Klärungsbedarf besteht schliesslich mit Bezug auf die Fragen, ob die verfassungsrechtlichen Verfahrensgarantien von Art. 29 BV hinreichende Leitlinien vermitteln, ob sich allgemeine Regelungen in den Verwaltungsverfahrensgesetzen aufdrängen (beispielsweise zu einzelnen Handlungsformen wie dem Vertrag oder zu elementaren Gerechtigkeitsanforderungen wie der behördlichen Unbefangenheit) oder ob sinnvollerweise auf spezialgesetzlicher Ebene legiferiert wird (beispielsweise im Kontext der Regelung von Administrativuntersuchungen).

Das Credo lautet daher: Das eine (den verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz) tun und das andere (die rechtsstaatliche Ausgestaltung des Verfahrens) nicht lassen, auch im Kontext anderer Handlungsformen als der Verfügung. Im Unterschied zum Matthäusevangelium, dem dieser Satz entlehnt ist,[10] geht es hierbei aber nicht um eine Gegenüberstellung von Details und grundlegenden Prinzipien. Vielmehr sind der gerichtliche Rechtsschutz und das dem behördlichen Handeln vorgelagerte Verfahren komplementär. Sie ergänzen sich gegenseitig und tragen in ihrer Gesamtheit zu sachrichtigen Entscheiden sowie einer gerechten Behandlung der von behördlichem Handeln Betroffenen bei – unabhängig von der Handlungsform, der sich die Behörde bedient.

---

[9] Exemplarisch hinzuweisen ist auf BVGer, A-7102/2017, 27.8.2019, E. 5 (bestätigt durch BGer, 1C_527/2019) betreffend den Anspruch auf rechtliches Gehör im Administrativuntersuchungsverfahren; VerwGer SG, K 2008/2, 19.8.2008, E. 4 betreffend den Anspruch auf rechtliches Gehör bei Realakten.

[10] Matthäus 23, 23.

Lipolyse für Lehrbücher

Pierre Tschannen[*]

Lipolyse ist ein Verfahren zur Reduktion oft unerwünschter – nun, sagen wir: physischer Phänomene (man braucht dazu eine Injektionsspritze, Näheres unter Wikipedia). Das Verfahren ist bei juristischen Lehrbüchern noch nicht zugelassen. Dabei bestünde Dringlichkeit. Man besehe sich nur die Neuausgaben der letzten fünf Jahre zum Bundesstaatsrecht, zu den Grundrechten und zum Allgemeinen Verwaltungsrecht: Die Werke gehen von Auflage zu Auflage in die Breite.

Das Interesse gilt im Folgenden der Anzahl Textseiten; Verzeichnisse, Anhänge und Register bleiben beiseite. Wie es sich gehört, soll man bei den eigenen Sünden beginnen. Mein «Staatsrecht»: 18 Seiten Zuwachs, ein Plus von – kaufmännisch gerundet – 3 Prozent. Für das «Allgemeine Verwaltungsrecht» (mit Markus Müller und Markus Kern) lauten die entsprechenden Werte 31 und 5. In den genannten Zeitraum fallen zehn weitere Neuauflagen. Nein, keine Namen. Drei Publikationen sind nur mässig erweitert worden, nämlich um 4, 21 und 36 Seiten oder – auf diese Zahlen bezogen – um 1, 3 und 5 Prozent. Die anderen haben dagegen deutlich zugelegt. Wir notieren 48, 63, 74, 91, 92, 128 und 455 zusätzliche Seiten oder – wieder in der Reihenfolge der angeführten Werte – Wachstumsraten von 21, 10, 19, 11, 16, 18 und 57 Prozent. Leute, so geht das nicht. Wohin soll der unablässige Ausbau führen, wo enden?

Heitere Naturen werden entgegnen: Alles kein Problem. Die Verlage freuen sich ja (mehr Papier, höhere Preise), die Autorinnen und Autoren auch (noch schreiben wir Neues, noch sind wir nicht untergegangen). Advokatur und Administration dürften zurechtkommen (sie benötigen die Bücher nur punktuell), ebenfalls die Justiz (Dogmatik ist nicht ihr Geschäft, sie zitiert vorab sich selbst). Seufzen werden nur die Studierenden. Aber sie haben keine Wahl, sie müssen durchs Examen.

Gleichwohl sollten wir uns kurz den Ursachen zuwenden. Was drängt die Lehrbücher zum anscheinend unabwendbaren «mehr, mehr und noch mehr»? Es liegt nahe zu sagen: die Umstände. Das normative Umfeld ist in steter Bewegung. Neue Gesetze und Verordnungen, Revisionen bestehender Erlasse – derlei will berück-

[*] Professor emeritus für Staats- und Verwaltungsrecht.

sichtigt sein, keine Frage. Dann die Judikatur: Praxisänderungen hier, Leiturteile da; laufend ergeben sich frische und didaktisch illustrative Beispiele. So verlängern sich auch die einschlägigen Passagen. Des Weiteren die Politik: Sie generiert Fragestellungen, die ein Lehrbuch nicht übergehen kann, ohne den Vorwurf der Lückenhaftigkeit zu riskieren. Die Covid-19-Geschichte wäre hier zu nennen, die damit verbundene Konjunktur des Dringlichkeitsrechts, der wiederkehrende Ruf nach dem Verordnungsveto oder die Mühen im Umgang mit direkt anwendbaren Volksinitiativen. Lehrstreitigkeiten zählen nicht minder zu den Treibern. Realakt, Ermessensbegriff, extrakonstitutionelles Verfassungsrecht: Dazu muss ein Lehrbuch doch eine Meinung haben, selbst wenn sich die Diskussionen längst im Kreis drehen? Und endlich die vermeintlichen Defizite im eigenen Buch: Die Konkurrenz ist bei X und Y ausführlicher, ja genauer – folglich müssen jetzt noch ein paar Zusatzzeilen her.

Das wären die Umstände. Aber «Umstände» bedienen keine Tastaturen – das tun immer noch wir Autorinnen und Autoren. Allein wir haben es in der Hand, in welcher Form und in welchem Umfang Neues aufgenommen wird – und ob überhaupt.

Damit rückt die Kernfrage ins Licht: Wozu Lehrbücher? Die Antwort lässt sich kurz fassen: Ein Lehrbuch soll die grossen Linien sichtbar machen, Ordnung schaffen und Orientierungshilfe bieten. In dieser Mission richtet es sich vorab an Studierende in Ausbildung. Zu den Nachfragern lehrbuchbasierter Sicherheiten (das heisst erster, zumindest vorläufiger Sicherheiten) zählen aber auch Wissenschaft und Praxis – ja selbst der Gesetzgeber, sofern er sich denn entschliesst, Interesse zu zeigen. Die skizzierte Mission gelingt nur unter bestimmten Voraussetzungen. Die erste: ein stringenter Aufbau, der dem klassischen Stoff folgt und sich damit weitgehend selbst erklärt; Überraschendes oder Originelles gehört in Monographien. Sodann eine gerade Sprache, die man beim ersten Durchlesen versteht. Mäandrierendes Juristendeutsch mag den Eindruck gewaltiger Intelligenz vermitteln, ist aber meist nur Wortgeklingel. Des Weiteren einfache Begriffe; es reicht, wenn sie in 90 Prozent der Fälle leidlich funktionieren. Relativierendes Hin und Her bis zur Verwischung letzter Konturen hilft niemandem; vom Nutzen neuer Terminologien wollen wir gar nicht erst reden (Begriffsschöpfungen sollten einer Konzessionspflicht unterstellt werden; dann hätten wir Ruhe). Und endlich ein bemessener Umgang mit Fallbeispielen: Über Seiten sich hinziehende BGE-Massengräber haben das Potenzial, die Leserschaft in tiefe Depressionen zu stürzen.

Was folgt daraus für die Überarbeitung eines Lehrbuchs? Die Verlage möchten in regelmässigen Abständen eine neue Auflage, damit der Titel im Markt bleibt. Soviel kann man verstehen; aber dies betrifft die Erscheinungskadenz, nicht den Inhalt. Wonach also soll man sich in der Sache richten? Das stets angeführte Leitmotiv einer Neuauflage heisst «Aktualisierung». Aktualisieren bedeutet nachführen und einbauen, nicht vermehren und ankleben. Damit einher geht die Pflicht zu Streichungen – Lipolyse auf Papier (siehe das eingangs erwähnte Wort). Alte Beispiele? Weg damit. Exkurse? Überprüfen, kürzen oder tilgen, die Eitelkeit mag sich noch so sperren. Weitere Differenzierungen? Bloss nicht; unsere Dogmatik ist jetzt schon eine Zumutung. Und zuletzt: Mut zur Lücke. Lehrbücher sind keine Lexika, weniger ist für einmal wirklich mehr. Wer Genaueres wissen muss: Dafür gibt es Spezialliteratur ohne Ende.

Einverstanden, am Anfang – auf dem Weg von der ersten zur zweiten Auflage – mag es zu grösseren Wachstumsschüben kommen; ein junges Buch will sich entwickeln können. Aber dann sollte es beim einmal erreichten Umfang bleiben. Jede später noch hinzugefügte Seite muss sich bei ihren Leserinnen und Lesern qualifiziert rechtfertigen können.

Nun ja, bei nächster Gelegenheit werden wir daran scheitern, zuvorderst auch der Autor dieser besserwisserischen Zeilen.

Der Gesetzgeber und der Grundsatz der Verhältnismässigkeit

Felix Uhlmann[*]

Markus Müller hat viel über die Verhältnismässigkeit geschrieben. Es ist eine Untertreibung zu sagen, dass ihm der Grundsatz der Verhältnismässigkeit ein Anliegen ist.

An der «Unantastbarkeit des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes» (Markus Müller) rührt nicht selten der Gesetzgeber. Oder gleich der Verfassungsgeber, in jedem Fall der Urheber einer *generell-abstrakten Regelung*. Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit bildet eine Grenze legislatorischer Gestaltungsmöglichkeiten. Ich will das nicht in Frage stellen, aber aufzeigen, dass die Grenze an gewissen Stellen durchlässiger ist als an anderen und dass Gesetz- und Verfassungsgeber die Grenzen selbst mitgestalten.

Beginnen wir mit der *Tauglichkeit*. Das Bundesgericht lässt es genügen, wenn das Gesetz «möglicherweise keine starke Wirkung» hat, aber – immerhin – «nicht völlig wirkungslos» ist, wie es sich in einem älteren, aber sehr anschaulichem Bundesgerichtsentscheid ausdrückte.[1] Ein Berner Gastwirt wehrte sich erfolglos gegen die Vorschrift, er müsse mindestens ein nicht-alkoholisches Getränk anbieten, das nicht teurer als Bier sei (Sirup-Klausel). Fast flehend formulierte das Bundesgericht: «Es gibt insgesamt nur bescheidene Mittel gegen Alkoholismus und Alkoholmissbrauch: die wenigen, die es gibt, dürfen nicht verschmäht werden».[2] Immerhin dann gleich anschliessend: «Entsprechend seines geringen Wirkungsgrades muss dann auch der Eingriff in die Handels- und Gewerbefreiheit gering sein».[3] Die heutigen Formulierungen des Bundesgerichts zeichnen sich auch nicht durch übertriebene Strenge aus: «Verlangt wird somit, dass die streitigen Massnahmen mit Blick auf den angestrebten Zweck Wirkungen zu entfalten

* Prof. Dr. iur., Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht sowie Rechtsetzungslehre an der Universität Zürich.

1 BGE 109 Ia 33, 38 ff.

2 BGer., a.a.O., 39.

3 Ebd.

vermögen und nicht gänzlich daran vorbei zielen».[4] Vereinfacht ausgedrückt: Was nicht gerade als untauglicher Versuch anzusehen ist, hält das Bundesgericht für geeignet.

Ich halte diese Grosszügigkeit für richtig. Gesetzgebung ist Experiment. Der Gesetzgeber darf neue Instrumente einsetzen, um sich einem neuen (oder einem alten) Problem anzunehmen. Die Gerichte sollten die Wirkungen einer Massnahme nicht vorschnell anders beurteilen als der Gesetzgeber – auch wenn vermutlich kein Bundesrichter im Kanton Bern auf Sirup umzusteigen gedachte …

Hingegen halte ich es für falsch, dem Gesetzgeber beliebig lange Narrenfreiheit zuzugestehen. Die Massnahmen während der Corona-Zeit haben Juristinnen und Juristen dafür sensibilisiert, dass die Verhältnismässigkeit einer Einschränkung zum Zeitpunkt ihres Erlasses bejaht wird, aber ihre Tauglichkeit mit der Zeit verloren gehen kann, wenn bessere Erkenntnisse vorliegen. Das Bundesgericht hat in einem jüngeren Entscheid eine umstrittene Lenkungsabgabe unter eine Art «Beobachtungspflicht» gestellt und vermutlich die Beschwerde nur deswegen nicht gutgeheissen, weil das Gesetz befristet war.[5] Ich unterstütze diesen Ansatz. Lehre und Rechtsprechung sollten diesen Gedanken fortführen. Das gilt auch in prozessualer Sicht; es ist meines Erachtens völlig unklar, wer in einem Normenkontrollverfahren bezüglich der Verhältnismässigkeit welche Beweispflichten hat. Das Bundesgericht hantiert im «Sirup-Entscheid» – bei welchem interessanterweise ein Privatgutachten vorlag – einigermassen freihändig. Beweismass und Beweisregeln sind zu klären.

Die Beurteilung der *Erforderlichkeit* scheint mir die eigentliche Paradedisziplin der Gerichte. Hier leuchtet ein, dass der Gesetzgeber zur Erreichung eines bestimmten Ziels nicht mehr verlangen kann als notwendig. Und auch die Behörde soll es sich nicht allzu bequem machen. Das Schweizerische Heilmittelinstitut Swissmedic verbot die Lagerung von Medikamenten in Deutschland, weil dort keine Kontrolle durch Swissmedic möglich sei. Ein Grosshändler brachte vor, das Medikamentenlager könne auch durch die deutschen Behörden kontrolliert werden. Aus meiner Sicht völlig zu Recht intervenierte hier das Bundesgericht und hiess die Beschwerde gut.[6]

---

4 BGE 144 I 126 ff., Vorratsdatenspeicherung.

5 BGE 147 I 16 ff.

6 BGE 131 II 44 ff.

Nicht immer trivial ist hingegen die Frage, welche Massnahme unter mehreren milder ist. Die Gerichte können in die Situation kommen, dass sie Äpfel mit Birnen vergleichen müssen, im schlechteren Fall Früchte, deren Wirkungsgrad untereinander leicht differiert. Der Gesetzgeber muss festlegen können, ob wir zuerst Äpfel oder Birnen essen. In der Corona-Zeit schien dem Bundesgesetzgeber der gelockerte Datenschutz bei der Corona-App fast der Gipfel aller möglicher Freiheitsbeschränkungen; dass wir zu Hause bleiben mussten, etwas weniger. Man spürt: ich teile diese Gewichtung der Äpfel und Birnen nicht unbedingt. Aber ich würde als Gericht nicht vorschnell in diese ausgeprägten Wertungsfragen eingreifen. Vorbehalten ist immer die staatliche Willkür – man mag sie je nach Standpunkt als kleine oder grosse Schwester der Verhältnismässigkeit ansehen.

Offensichtlich eine ausgeprägte Wertungsfrage ist auch die *Zumutbarkeit*. Hier ist das Zusammenspiel von Gerichten und Gesetzgeber besonders ausgeprägt. Bei der Zumutbarkeit prallen in der typischen Konstellation öffentliche Interessen auf private (Grundrechts-)Interessen. Diese Werte werden nicht von Gerichten *erfunden*, sondern *gefunden*, nämlich in den gesetzgeberischen Entscheiden auf Verfassungs- und Gesetzesstufe. Will der Gesetzgeber, dass wir von Radio und Fernsehen SRF unterhalten werden,[7] so kann ein Gericht nicht anordnen, die dazu erforderlichen Mittel seien klüger einzusetzen. Natürlich müssen die Gerichte die Interessen auch gewichten, weil der Gesetzgeber – verständlicherweise – kein kohärentes System privater und öffentlicher Interessen entwickelt und es mit Blick auf den Einzelfall auch nicht tun kann. Tut er es aber, insbesondere auf Verfassungsstufe – und hier äussere ich wohl eine andere Auffassung als Markus Müller – ist dieser Wertung in aller Regel zu folgen.

Damit komme ich zu einem letzten Punkt, bei dem ich weniger einen Konflikt als eine Kooperation zwischen Gerichten und Gesetzgeber sehe. Der Gesetzgeber normiert generell-abstrakt. Er kann und soll nicht den Einzelfall regeln. Er ist mit einer Vielzahl möglicher Fallkonstellationen konfrontiert. Er tut gut daran, seine Regeln bei Bedarf offener zu gestalten, um Behörden und Gerichten für den Einzelfall den notwendigen Spielraum zur Beurteilung der Verhältnismässigkeit einzuräumen.

---

[7] Art. 24 Abs. 4 Bundesgesetz über Radio und Fernsehen vom 24. März 2006, RTVG, SR 784.40.

Vielleicht kann er sich darauf verlassen, dass die Gerichte eine Norm nicht durchsetzen werden, wenn sie im Einzelfall unverhältnismässig ist. Der Gesetzgeber kann den Gerichten und Verwaltungsbehörden dies auch signalisieren, wie er es in § 220 Abs. 1 Planungs- und Baugesetz des Kantons Zürich vom 7. September 1975[8] getan hat: «Von Bauvorschriften ist im Einzelfall zu befreien, wenn besondere Verhältnisse vorliegen, bei denen die Durchsetzung der Vorschriften unverhältnismässig erscheint.»

Das Gesetz weiss um seine Schwächen. So harmonisch können der Gesetzgeber und die Verhältnismässigkeit sein.

8 PBG, LS 700.1.

Fraktion, Moral und Inquisition

Moritz von Wyss[*]

«Eine staatliche Aufgabe bleibt eine staatliche Aufgabe, auch wenn das Amt, die Anstalt oder eine staatliche Organisation privatisiert wird.» Mit diesem Satz begann Markus Müller einen Vortrag vor der Interkantonalen Legislativkonferenz in Zürich. Wenn man bedenkt, welches Verständnis von Rechtsstaat momentan westlich und östlich, aber auch innerhalb Europas verbreitet wird, wirkt ein so klares Bekenntnis zum Rechtsstaat wie Balsam.

Es scheint, als verlasse unsere Gesellschaft langsam das Selbstverständnis als Demokratie. Werte, die als sicher galten, werden nicht nur hinterfragt, sondern gar verleugnet. Konnte Charles Aznavour 1964 im Chanson «Hier encore» noch «je caressais le temps» singen, fehlt uns heute die Musse, «die Zeit zu streicheln», denn der Zeitgeist galoppiert. Ernüchtert fragt man sich: Ist die Demokratie willfährig oder wird sie von Willfährigen herausgefordert? Selbst wenn in der Schweiz die Balance zwischen Politik und Recht immer noch recht ausgeglichen ruht, finden sich doch auch bei uns Entscheide, an denen sich Politik, Staatsverständnis und Recht in seltsamer Weise reiben.

Unlängst hiess das Bundesgericht eine Beschwerde gegen die Wahl einer Kantonsrätin gut, die nach den Gesamterneuerungswahlen und nach Ablauf der Beschwerdefrist die Fraktion gewechselt hatte (BGE 151 I 41). Schützte das Bundesgericht bis anhin solche Partei- und Fraktionswechsel nach dem Grundsatz «des freien Mandats» (Art. 161 BV), versuchte es diesmal, die Grenzen dieses Prinzips an der unverfälschten Willenskundgabe (Art. 34 Abs. 2 BV) aufzuzeigen. Beim Proporzwahlverfahren im Kanton Zürich sei die Parteienwahlstimme höher zu gewichten als die Personenwahlstimme, so dass, «wer […] die eigene, ‹wahre› Listen-/Parteizugehörigkeit vorenthält, […] die Wählerschaft über eine für die Wahl zentrale Tatsache in die Irre führt» (s.o. E. 8.5 und E. 8.6). Massgebend sei, ob die Beschwerdegegnerin «den festen Entschluss zum Parteiwechsel» zum Zeitpunkt der Wahl gefasst hatte (s.o. E. 9). Und weiter beschied das Bundesgericht, die «schwere Irreführung» müsse nun das kantonale Verwaltungsgericht abklären.[1]

---

[*] Dr. iur., Generalsekretär des Kantonsrates Zürich.

[1] Vgl. auch die Kommentierungen: Giovanni Biaggini, in: ZBl 2/2025, 85 ff.; Andreas Glaser, in: ZSR 144 2025 I, 75 ff.).

Aber wie soll es dies tun? Soll es ein Beweisverfahren einleiten? Soll es die Kantonsrätin als Zeugin befragen? Das Verwaltungsgerichtsgericht verlangte die Herausgabe des vertraulichen Protokolls der Sitzung der Geschäftsleitung des Kantonsrates, in welcher sich die Kantonsrätin zum Sachverhalt geäussert hatte. Auch diese Anweisung schützte das Bundesgericht (Urteil 1C_69/2025 vom 4. März 2025). Heisst das nun, dass trotz Immunität und freiem Mandat mit einer Stimmrechtsbeschwerde die intrinsische Motivation eines Parteiwechsels anhand der Aussagen des beschuldigten Ratsmitglieds in einer parlamentarischen Kommissionssitzung überprüft bzw. analysiert werden darf? Die Protokolle sind, nebenbei bemerkt, nur inhaltliche Zusammenfassungen der Voten.

Wer trägt hier die Beweislast, die beschwerdeführende Partei oder die beschuldigte Person? Muss mit einer Stimmrechtsbeschwerde, ohne Beweismittel vorzulegen, nur noch vorgebracht werden, diese Person täusche die Wählerschaft, und schon untersucht das Gericht den Sachverhalt, falls ein Anschein von Plausibilität besteht? Kann mittels Stimmrechtsbeschwerde und Offizialmaxime indirekt die Beweislast von der klagenden auf die beschuldigte Partei umgekehrt werden, wenn es um die politische Motivation bzw. den subjektiven Tatbestand einer Person geht, einer Partei oder Fraktion anzugehören? Ich kann mich des Eindrucks nicht verwehren, dass dem Ganzen ein strafrechtlicher Stallgeruch anhängt und man quasi inquisitorisch eine Gewissensprüfung durchführen will.

Ist das die Funktion der Stimmrechtsbeschwerde? Dient diese nicht vielmehr dazu, Form und Verfahren von Wahlen und Abstimmungen zu schützen und korrektes Handeln des Staates oder Dritter zu gewährleisten, anhand vorgebrachter Fakten zu prüfen, ob ein fairer und unverfälschter Wahl- und Abstimmungskampf stattgefunden hat?

Partei- und Fraktionswechsel sind immer mit Emotionen verbunden. Verrat, Betrug und Missgunst stehen im Raum, und man wähnt sich schnell in einer Posse mit «macbethschen» Zügen. Das Prinzip des freien Mandats schützt eigentlich die Politik vor Emotionen, garantiert es den Akteurinnen und Akteuren doch eine möglichst unabhängige Stellung. Auch die höchste richterliche Institution der Schweiz in «Mon Repos» wäre dazu bestimmt, sich in ihrer Unabhängigkeit nicht von Emotionen leiten zu lassen.

Will man die Demokratie hochhalten und der unverfälschten Willenskundgabe ihre zentrale Bedeutung geben, wäre es am Volk, zu entscheiden, wann ein Parteiwechsel möglich ist und wann nicht. Das Mittel dazu ist die Gesetzgebung. Zum Beispiel könnte man auf Verfassungsebene das freie Mandat umschreiben oder auf Gesetzesstufe eine Karenzfrist über den Wahltermin hinaus festgelegen, während ein Partei- oder Fraktionswechsel nicht möglich ist. Damit wären Treu und Glauben im Verhältnis zwischen Stimmberechtigten und Gewählten klarer umschrieben als mit einer – mit Verlaub – an den Haaren herbeigezogenen Auslegung des Wahlverfahrens, die nicht dem Willen des Gesetzgebers entspricht und die Bedeutung von Listen, Parteien und Fraktionen vermischt.

Im Kontext der politischen Verwerfungen dieser Welt mag das Problem aus dem Wahlkreis II des Kantons Zürich klein erscheinen, und doch wirft diese Reibung zwischen Politik und Rechtsstaat durchaus grundsätzliche Fragen auf. Eine demokratisch legitimierte Gesetzesbestimmung könnte das Problem lösen – wenn denn eine solche vorliegen würde. Eine gerichtliche Überprüfung der politischen Motivation zur Parteizugehörigkeit eines Parlamentsmitglieds mittels Stimmrechtsbeschwerde führt aber nur zu weiteren Ungereimtheiten und Fragen und ist dem Wesen eines demokratischen Rechtsstaats fremd.

Das öffentliche Interesse im Spiegel eines Kaleidoskops

Bernhard Waldmann[*]

Markus Müller hat den Verhältnismässigkeitsgrundsatz treffend mit einem Zauberwürfel verglichen, dessen Handhabung überlegt und gelernt sein will.[1] Im folgenden Beitrag soll mit dem *öffentlichen Interesse* ein weiteres Prinzip rechtsstaatlichen Handelns aufgegriffen werden. Will man auch diesem Prinzip ein Bild zuordnen, so drängt sich der Vergleich mit einem *Kaleidoskop* auf: So wie sich beim Drehen des Kaleidoskops die Kammern mit den bunten Glasstücken und Perlen durch die Reflektionen in den Spiegeln zu immer wieder neuen Mustern formieren, so unterliegt auch das öffentliche Interesse je nach Perspektive, zeitlichem und örtlichem Kontext einem ständigen Wandel.

Der Begriff des öffentlichen Interesses ist insofern «inhaltsleer»[2], als kein bestimmtes, vorrechtliches oder natürliches öffentliches Interesse existiert;[3] vielmehr wird sein Inhalt durch die «gemeinsamen Wertvorstellungen einer Rechtsgemeinschaft»[4] bestimmt und ist damit überwiegend «politischer Natur»[5]. Soll

---

[*] Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, Ordentlicher Professor für Staats- und Verwaltungsrecht an der Universität Freiburg i.Üe., Co-Direktor des Instituts für Föderalismus. Ich danke meiner Mitarbeiterin, Frau BLaw Schanuya Ketheswaran, für die Mitwirkung bei der Vorbereitung dieses Beitrags.

1 Markus Müller, Verhältnismässigkeit, Gedanken zu einem Zauberwürfel, 2. A., Bern 2023.

2 Martin Philipp Wyss, Öffentliche Interessen – Interessen der Öffentlichkeit?, Das öffentliche Interesse im schweizerischen Staats- und Verwaltungsrecht, Bern 2001, 1. Teil N 36; vgl. auch Georg Müller, Interessenabwägung im Verwaltungsrecht, ZBl 1972, 337 ff., 341.

3 Jacques Dubey/Jean-Baptiste Zufferey, Droit administratif général, 2. A., Basel 2025, N 770; Pierre Moor, Für eine mikropolitische Theorie des Rechts, Bern/Baden-Baden 2011, 85; differenzierend Felix Hafner, Staatsaufgaben und öffentliche Interessen – ein (un)geklärtes Verhältnis?, BJM 2004, 281 ff., 293 f.

4 Kaspar Plüss, Öffentliche Interessen im Zusammenhang mit dem Betrieb von Flughäfen, Mit besonderer Berücksichtigung von luftverkehrsbedingten Eingriffen in das Eigentum im Bereich des Flughafens Zürich, Diss. Zürich 2007, 55.

5 Peter Saladin, Grundrechte im Wandel, Die Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts zu den Grundrechten in einer sich ändernden Umwelt, 3. A., Bern 1982, 352.

der Grundsatz des öffentlichen Interesses seine rechtsstaatlichen, die Herrschaft des Staates begrenzenden Funktionen wirksam erfüllen können, muss der (sehr) unbestimmte Rechtsbegriff aber auf Anliegen beschränkt werden, «die den demokratischen Prozess der Verfassungs- und Gesetzgebung erfolgreich durchlaufen haben und deren Status als öffentliches Interesse durch die Rechtsordnung selbst ausgewiesen» ist.[6] Auf Verordnungsstufe können ebenfalls öffentliche Interessen festgelegt werden, sofern es sich dabei um die Präzisierung von bereits in der Verfassung und/oder im Gesetz verankerten Anliegen handelt.[7] Ferner können sich die für staatliches Handeln massgeblichen öffentlichen Interessen auch aus völkerrechtlichen Normen ergeben, sofern diese einen hinreichend demokratisch legitimierten Prozess durchlaufen haben.[8] Vor diesem Hintergrund wird klar, dass es praktisch unmöglich ist, einen abschliessenden Katalog öffentlicher Interessen zu erstellen,[9] es sei denn, man füge die sich in den Rechtsordnungen von Bund, Kantonen und Gemeinden positivierten Anliegen zusammen.[10]

Obwohl das Erfordernis des öffentlichen Interesses für jede Staatstätigkeit gilt, wird seine Bedeutung für die *Gesetzgebung* in Lehre und Rechtsprechung dahingehend relativiert, dass die Konkretisierung der massgebenden öffentlichen Interessen in erster Linie dem politischen Prozess bzw. dem zuständigen Gesetzgeber obliege, der in den Schranken der Verfassung auch neue öffentliche Interessen normieren könne.[11] Damit der Grundsatz des öffentlichen Interesses seine rechts-

---

6 Pierre Tschannen/Markus Müller/Markus Kern, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. A., Bern 2022, N 438 (ohne Formatierung); ähnlich auch Pierre Tschannen, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 5. A., Bern 2021, N 364 («Angelegenheiten, die über den Prozess der demokratischen Rechtsetzung als Belange des Gemeinwesens ausgewiesen wurden» [ohne Formatierung)]); Regina Kiener/Walter Kälin/Judith Wyttenbach, Grundrechte, 4. A., Bern 2024, N 387 («Interessen […], die in der Rechtsordnung Anerkennung gefunden haben und somit als wichtige Anliegen der Rechtsgemeinschaft ausgewiesen sind» [ohne Formatierung]).

7 Vgl. Tschannen/Müller/Kern (FN 6), N 441; Wyss (FN 2), 1. Teil N 357 ff.

8 Vgl. Kiener/Kälin/Wyttenbach (FN 6), N 390.

9 Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. A., Zürich/St. Gallen 2020, N 462; Hafner (FN 3), 293.

10 Pierre Moor/Alexandre Flückiger/Vincent Martenet, Droit administratif, Volume I : Les fondements, 3. A., Bern 2012, 775.

11 Statt vieler BGE 138 I 378 E. 8.3; Giovanni Biaggini, BV Kommentar, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. A., Zürich 2017, Art. 5 N 16; Astrid Epiney, Kommentar zu Art. 5, in: Bernhard Waldmann et al. (Hrsg.), Schweizerische Bundesverfassung, Basler Kommentar, 2.A., Basel 2025, Art. 5 N 63; Benjamin Schindler, Kommentar zu Art. 5, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.),

staatlichen Funktionen erfüllen kann, muss sich das vom Gesetzgeber verfolgte Interesse zwar nicht auf eine gleichnamige Verfassungsbestimmung stützen, jedoch auf ein bereits in der Verfassung angelegtes Anliegen zurückführen lassen und zudem im Gesetz selbst – sei es in einer Ziel- oder in einer Aufgabenbestimmung – hinreichend zum Ausdruck kommen. Im Grunde genommen wird ein öffentliches Interesse damit nicht erst durch das Inkrafttreten des Gesetzes geschaffen, sondern als bereits in der Verfassung verankertes Anliegen aufgegriffen, konkretisiert und mit anderen öffentlichen Interessen koordiniert.[12] Mit anderen Worten handelt es sich um Interessen, die im Keim bereits in verfassungsrechtlichen Zweck-, Ziel-, Kompetenz- und Aufgabenbestimmungen oder in direkt anwendbaren Regeln oder Prinzipiennormen angelegt sind und vom Gesetzgeber zur Entfaltung gebracht werden.

In einem neueren Entscheid[13] hatte das Bundesgericht die Rechtmässigkeit eines kommunalen Verbots kommerzieller Plakatwerbung, die vom öffentlichen Grund aus sichtbar ist, zu beurteilen. Das Reglement enthielt weder eine Zweck- noch eine Aufgabenbestimmung, sodass das Bundesgericht für das der Regelung zugrunde liegende öffentliche Interesse auf Voten in der politischen Diskussion und auf die Ausführungen der Gemeinde im Beschwerdeverfahren zurückgreifen musste. Darin wurde neben Gründen des Ortsbild- und Landschaftsschutzes und der Erleichterung der Mobilität der Bevölkerung im öffentlichen Raum auch das Anliegen genannt, die Bevölkerung vor unerwünschter Werbung und damit insbesondere vor Anreizen zu übermässigem Konsum zu schützen. Das Bundesgericht erachtet diese Ziele als Teil der Umwelt- und Sozialpolitik.[14] Abgesehen davon, dass dieses Anliegen keinen ausdrücklichen Niederschlag im Gesetz gefunden hat, handelt es sich dabei nicht mehr um eine Konkretisierung verfassungsrechtlich ausgewiesener umwelt- und sozialpolitischer Interessen, sondern um wirtschaftssystemische Motive, die sich in dieser Form nicht mehr auf die Verfassung zurückführen lassen. Vielmehr liegt der Bundesverfassung das öffentliche Interesse an einer freien und funktionsfähigen Wirtschaft zugrunde, wozu (grundsätzlich) auch die Werbe- und Konsumfreiheit gehört.[15]

Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. A., Zürich 2023, Art. 5 N 50.

12 Wyss (FN 2), 1. Teil N 336 ff.; vgl. ähnlich für das deutsche Recht Regina Viotto, Das öffentliche Interesse, Transformation eines umstrittenen Rechtsbegriffs, Baden-Baden 2009, 29.

13 BGE 151 I 3.

14 BGE 151 I 3 E. 6.2, 7.6.

15 So auch der Kommentar von Phil Baumann zu diesem Urteil, ZBl 2025, 25 ff., 27.

Auch wenn sich der Verfassung (gemeint sind sowohl die Bundesverfassung als auch die jeweilige Kantonsverfassung) kein abschliessender Katalog zulässiger öffentlicher Interessen entnehmen lässt, erfolgt der demokratische Willensbildungsprozess zur Umschreibung (neuer) öffentlicher Interessen nicht «in einer politischen Beliebigkeit», sondern in Konkretisierung der in der Verfassung angelegten Wertentscheidungen.[16] Ausserdem muss das Ergebnis des demokratischen Willensbildungsprozesses im Gesetzestext selbst niedergelegt sein; blosse Erläuterungen in den Materialien oder in der parlamentarischen Debatte vermögen für sich allein keine (neuen) öffentlichen Interessen zu begründen. Diese Anforderungen müssen insbesondere im Bereich von Grundrechtseinschränkungen (Art. 36 Abs. 2 BV) gelten.[17]

Das öffentliche Interesse gleicht der ständigen Bewegung eines Kaleidoskops. Die Muster (öffentliche Interessen) verändern sich (in einer Demokratie) ständig. Auch die Verfassung und die darin angelegten Wertentscheidungen sind revidierbar, allerdings in einem qualifizierten Verfahren und mit qualifiziertem Mehr. Die Ausrichtung der in der Rechtsordnung verankerten öffentlichen Interessen an den Wertentscheidungen der Verfassungen garantieren jedoch eine gewisse Stabilität.

[16] Vgl. BGE 142 I 49 E. 8.1; BGer, 2C_113/2024, 3.12.2024, E. 5.4.1 (zur Publikation bestimmt).

[17] Vgl. auch bereits Georg Müller, Privateigentum heute, Vom Sinn des Eigentums und seiner verfassungsrechtlichen Gewährleistung, ZSR 1981 II, 1 ff., 56.

Über problematische (Mode-)Erscheinungen im Verwaltungsorganisationsrecht

Thomas Wanner[*]

Einer landläufigen Meinung in der Gesellschaft zufolge erledigt die Privatwirtschaft ihre Arbeit effizienter, effektiver und kundenfreundlicher als der Staat.[1] So orientiert sich auch der Staat selbst regelmässig an privatwirtschaftlichen Gesichtspunkten. Durch eine Ausgliederung (bzw. Privatisierung) will der Staat für die Aufgabenträgerin bessere Rahmenbedingungen, bessere organisationsrechtliche Voraussetzungen und mehr Konkurrenzfähigkeit schaffen[2] – so jedenfalls das *Credo*.

Da das öffentliche Recht keinen *Numerus Clausus* für Organisationsformen kennt, macht der Gesetzgeber – mit Blick auf die zahlreichen «irgendwie» ausgelagerten Verwaltungseinheiten – von seiner Organisationsautonomie *allzu oft* Gebrauch. *«Marktnah»* sollen die Akteure sein.[3] Das normale Bundesamt soll zur öffentlichrechtlichen Anstalt, die öffentlichrechtliche Anstalt zum öffentlichen Unternehmen in Privatrechtsform umformiert werden. Das öffentliche Unternehmen in Privatrechtsform sieht sich zuweilen gar nicht mehr als Staat an.[4]

Die Grenzen zwischen *«privat»* und *«öffentlich»* werden oft und gerne verwischt. Probleme hinsichtlich der Aufsicht, der Aufgabenerfüllung und der Verantwortlichkeiten, um nur Beispiele zu nennen, liegen auf der Hand.[5] Im hiesigen Gewerbe

---

[*] Dr. iur., Jurist.

1 Siehe Peter Uebersax, Privatisierung der Verwaltung, ZBl 2001, 393 ff., 402 f.

2 Patrick Freudiger, Anstalt oder Aktiengesellschaft? Zur Bedeutung der Rechtsform bei Ausgliederungen, Dissertation Universität Bern, Bern 2016, 50.

3 Kritisch etwa Beat Metzler, Der Traum vom Mager-Staat, Der Bund vom 27.5.2017, 10.

4 In diesem Sinne auch Markus Müller (im Interview mit Bernhard Ott), «BKW ist kein privates Unternehmen», Der Bund vom 29.3.2019, 17.

5 Kritisch auch Markus Müller, Aktiengesellschaften in staatlicher Hand, Wenn sich Gemeinwohl und Gewinnstreben paaren, NZZ vom 22.10.2019, 10.

mehren sich die Stimmen, die sich ab den Tätigkeiten des Staates im privatwirtschaftlichen Markt stören und von einer *«Marktverzerrung»* sprechen.[6]

Von den Begriffen «staatsnah» oder «marktnah» ist abzusehen.[7] Dem Verwaltungsorganisationsrecht wäre damit ein Gefallen getan: Meinungsverschiedenheiten zur *Staatszugehörigkeit eines dezentralen Verwaltungsträgers* würden entschärft oder beseitigt. Die (Bundes-)Verwaltung besteht aus der Zentralverwaltung und der dezentralen Verwaltung. Beides ist Staat. Weder spielt die verwaltungsorganisatorische Einordnung noch das Rechtskleid – ob also öffentlich- oder privatrechtlich – eine Rolle.[8]

Die Normen und Klassifizierungen in Bundesverfassung und im Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz geben, trotz teilweise unvorteilhafter Formulierungen, eigentlich auch keinen Anlass zu Meinungsverschiedenheiten. Zutreffender als durch den Jubilar, Markus Müller, ist es kaum auf den Punkt zu bringen: «Der Staat ist […] im Rahmen seiner Organisationsautonomie frei, verselbständigte *dezentrale Verwaltungsträger* zu schaffen. Egal welcher Organisationsform er sich hierfür bedient, an deren ‹Verwaltungscharakter› ändert sich nichts. Dafür ist einzig entscheidend, dass sie vom Staat (kapital- und stimmenmässig) *beherrscht* und mit der *Erfüllung einer Verwaltungsaufgabe* betraut sind. Demzufolge ist auch eine staatliche beherrschte Aktiengesellschaft nicht – wie man häufig liest oder hört – nur mehr ‹staatsnah› (bundesnah, kantonsnah), sondern sie ist und bleibt ‹Staat›.»[9]

---

6 Jürg Müller, Wie Staatsbetriebe den Markt verzerren, Ein neuer Bericht des Bundesrats beleuchtet die wirtschaftlichen Tätigkeiten von Schweizer Bundesbetrieben, NZZ vom 9.12.2017, 29.

7 So auch Pierre Tschannen, Zentral, dezentral, ausserhalb – oder: Wie zeichne ich das Organigramm der Bundesverwaltung?, in: Markus Rüssli/Julia Hänni/Reto Häggi Furrer (Hrsg.), Staats- und Verwaltungsrecht auf vier Ebenen, Festschrift für Tobias Jaag, Zürich 2012, 517 ff., 522.

8 Markus Müller, Kommentar zu Art. 178, in: Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney (Hrsg.), Bundesverfassung, Basler Kommentar, Basel 2015, Art. 178 N 16.

9 Markus Müller, «Gute Führung» staatlicher Unternehmen, Kritische Gedanken zur politischen Aufsicht über staatliche Aktiengesellschaften, Parlament 1/2020, 3 ff., 6.

Die hier aufgegriffenen Irrungen und Wirrungen werfen die berechtigte Frage auf, *ob* und *was* mit einer Ausgliederung (bzw. Privatisierung) gewonnen wird. Die Lehre spricht dabei von einem *«Prozess der Umverteilung vom Staat zur Gesellschaft»*.[10] Die Folgen sind oft zusätzliche staatliche Kontroll- und Gewährleistungsverantwortungen. Für die Erfüllung dieser Aufgaben sind zusätzliche Kräfte (sogenannte «zwischengeschaltete Akteure») notwendig. Gemeint sind etwa die *Wirtschaftsaufsichtsbehörden*.[11]

Der Privatisierungstrend – ob vielleicht etwas erlahmt oder nicht – ist Realität. Um- und Reformierungen sind in der Verwaltung seit längerem ein Mittel zur Prozessoptimierung geworden. Neben den Vorteilen, die sich Politiker, Verwaltungs(rechts-)wissenschaftlerinnen oder Ökonomen versprechen, führen Privatisierungen auch zu Problemen: «Ja, die Politiker tragen die Hauptverantwortung für die gegenwärtige Krise unserer Staatsbetriebe. Sie waren es, welche die Privatisierungs- und Ökonomisierungsmoden der 90er-Jahre ziemlich unkritisch übernahmen und sich von diesem Weg bis heute nicht mehr abbringen liessen.»[12]

Mit Privatisierungsvorhaben – man mag sie befürworten oder ablehnen – ist behutsam umzugehen. Manche «Privatisierungs*moden*» sind nach der hier vertretenen Auffassung nicht nur verantwortlich für die eben erwähnten Krisen, sondern ebenso (mindestens) mitverantwortlich für zahlreiche Meinungsverschiedenheiten zum Verwaltungsorganisationsrecht – ein diabolischer Kreislauf (Meinungsverschiedenheit – Krise – noch mehr Meinungsverschiedenheiten – noch mehr Krisen …), den es zu unterbrechen gilt. Dabei steht vorab der Gesetzgeber in der Pflicht, die *in der Wirklichkeit etablierte* Zweigliedrigkeit der Bundesverwaltung *klar(er)* und *unmissverständlich(er)* festzuhalten.

---

[10] Siehe etwa Pierre Tschannen, Privatisierung: Ende der Verfügung?, in: BTJP 1997, Rechtliche Probleme der Privatisierung, Tagung vom 15./16. Oktober 1997 an der Universität Bern, Bern 1998, 209 ff., 211.

[11] Diesem umfangreichen Thema nimmt sich der Autor in seiner Dissertation «Schweizerische Wirtschaftsaufsichtsbehörden. Einordnung im Verwaltungsgefüge und Unabhängigkeit» (erscheint 2026) an. Dem Jubilar sei hier für seine freundschaftliche Betreuung von Herzen gedankt.

[12] Markus Müller (im Interview mit saldo), «Es braucht wohl noch einige Skandale», saldo 4/2018, 12 f., 13.

Aporien des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes

Ewald Wiederin[*]

Der Verhältnismässigkeitsgrundsatz hat eine erstaunliche Karriere durchlaufen, gerade im öffentlichen Recht. Im Polizeirecht entstanden, fasste er erst im Verwaltungsrecht Fuss und setzte sich dann auch im Verfassungsrecht durch. Namentlich bei den Grundrechten gilt er als unverzichtbar. Dass jeder Eingriff im öffentlichen Interesse liegen sowie geeignet, erforderlich und angemessen sein muss, ist in jedem Lehrbuch zu lesen.

Sieht man näher hin, so zeigen sich aber Schwierigkeiten, wenn nicht Brüche. Niemand weiss das besser als Markus Müller, der sie uns in seinem Büchlein zum Zauberwürfel Verhältnismässigkeit vorgeführt hat.[1] Im folgenden Beitrag giesse ich Wasser auf seine Mühle.

Es beginnt beim legitimen Ziel, dem der Eingriff dienen muss. Wenn wir den Staat auf die Verfolgung öffentlicher Interessen – des Gemeinwohls – beschränken, dann schliessen wir andere Belange aus. Wie diese bestimmen? Wenn wir es nicht bei der Negation belassen, sondern sie positiv zu umschreiben versuchen, dann landen wir bei privaten Interessen bzw. dem Individualwohl, die wir als illegitime Ziele ausgrenzen müssen. Das lässt stutzen: In der EMRK sind neben näher umschriebenen Allgemeininteressen auch die Rechte und Freiheiten anderer als zulässiger Grund von Beschränkungen genannt, und auch die Schweizerische Bundesverfassung ist in Art. 36 Abs. 2 diesem Ansatz gefolgt, wenngleich nur halb.[2] Um diesen Riss zu kitten, müssen wir in Deutschland und Österreich erstens den Schutz der individuellen Rechte zum kollektiven Gut erheben.[3] Zweitens

[*] Dr. iur., Universitätsprofessor am Institut für Staats- und Verwaltungsrecht der Universität Wien.

[1] Markus Müller, Verhältnismässigkeit. Gedanken zu einem Zauberwürfel, 2. A., Bern 2023, insb. 39 ff. zur begrenzten Leistungsfähigkeit der Trias und 75 ff. zu Gefahren und Herausforderungen in der Anwendung des Grundsatzes.

[2] Nach Art. 5 Abs. 2 muss alles staatliche Handeln im öffentlichen Interesse liegen. Mit dem Schutz von Grundrechten Dritter, der in Art. 36 Abs. 2 neben dem öffentlichen Interesse genannt wird, ist es hier offenbar nicht getan.

[3] An der Wurzel des modernen Verfassungsstaates war es umgekehrt: Art. 2 der Erklärung von 1789 weist einzig die Erhaltung der natürlichen und unveräusserlichen

müssen wir solche Rechte und Freiheiten aussondern, wenn wir das verpönte Privatinteresse bzw. Individualwohl zu fassen versuchen. Was übrig bleibt, ist nicht leicht zu definieren. Es überrascht deshalb nicht, dass kaum eine Massnahme am öffentlichen Interesse scheitert. Wo dies ausnahmsweise doch einmal geschieht, steht der Vorwurf im Raum, dass die Suche vorschnell abgebrochen wurde.[4]

Dazu kommt, dass Ziele über unterschiedlichen Konkretisierungsgrad verfügen. Im Unterschied zur EMRK, die hochabstrakte Schutzgüter vorgibt, kommen nach Art. 36 Abs. 2 BV auch handfeste Gemeinwohlbelange als Rechtfertigungsgrund in Frage – mit der Folge, dass die Grenze zwischen angestrebten Zielen und eingesetzten Mitteln verschwimmt.[5]

Noch weniger trennen lässt sich die Bestimmung des legitimen Ziels von der Beurteilung der Tauglichkeit des eingesetzten Mittels. Wenn wir öffentliche Interessen identifizieren, denen der Eingriff dient, dann läuft unterschwellig eine Beurteilung der Mitteleignung immer schon mit. Noch niemand hat das Verbot einer Eutersalbe mit dem Interesse an einem qualitativ hochwertigen öffentlichen Rundfunk zu legitimieren versucht.[6] Die Tauglichkeitsprüfung hat im Grunde reine Kontrollfunktion.

Diese Kontrolle können wir strenger oder laxer anlegen. Mitunter wissen wir, dass eine Massnahme Erfolg haben wird, mitunter vermuten wir es stark, mitunter haben wir Zweifel, mitunter hoffen wir es sehr, mitunter schliessen wir es aus. Überall dort, wo es an Sicherheit fehlt, ist jede Antwort möglich. Bei 90 Prozent

---

Menschenrechte als Staatszweck aus, und ihr Art. 4 lässt Beschränkungen der Freiheit nur zum Schutz eben dieser gleichen Rechte anderer zu. Auch im österreichischen Reichstag in Kremier wurde 1848 noch kontrovers diskutiert, ob die Ausübung der Grundrechte nur «in den gleichen Rechten jedes andern» – so die liberalen und radikalen Demokraten – oder auch in der «Förderung des Gesamtwohles» – so die Gemässigten und Konservativen – «ihre natürliche und notwendige Beschränkung» finden sollte: vgl. Extra-Blatt zur Abendbeilage der Wiener Zeitung vom 23.12.1848, 1.

4 Vgl. VfSlg. 10.932/1986, wonach die geprüfte Regelung dem Konkurrenzschutz diene, der nicht im öffentlichen Interesse liege (ähnlich BGE 131 I 223 E. 4.2). Vgl. demgegenüber VfSlg. 10.179/1984, wo Schutz vor existenzgefährdender Konkurrenz noch als legitimes Ziel akzeptiert wurde.

5 Vgl. VfSlg. 11.483/1987, wo Konkurrenzschutz – anders als in den in FN 4 zitierten Entscheiden – als (untaugliches, jedenfalls aber unnötiges belastendes) Mittel qualifiziert wurde, um das öffentliche Interesse an einer funktionierenden Güterbeförderung zu befördern.

6 Schon gar nicht im Jahr 1926: vgl. BGE 52 I 222 E. 3.

Erfolgswahrscheinlichkeit können wir Tauglichkeit, bei 10 Prozent Untauglichkeit verneinen. Dabei hat uns selten gestört, dass wir als Juristinnen zu solcher Tauglichkeitsprüfung notorisch ungeeignet sind.

Die Schwierigkeiten setzen sich darin fort, dass manche Massnahme einerseits mehrere legitime Ziele verfolgt und dass sie andererseits neben positiven Effekten auch negative Auswirkungen auf andere öffentliche Interessen hat. Wir können uns damit begnügen, dass ein öffentliches Interesse befördert wird; wir können aber auch hier schon bilanzieren und ein Mittel als ungeeignet aussondern, wenn und weil die negativen Auswirkungen auf das Gemeinwohl seinen Nutzen überwiegen.

Auf der Ebene der Erforderlichkeit steht ein Mittelvergleich an, der ebenfalls in Untiefen führt. Mittel sind unterschiedlich wirksam, sie kosten selten gleich viel, sie haben jeweils andere Nebeneffekte, im Guten wie im Bösen, sie stehen manchmal als Alternative zur Verfügung und manchmal nicht. Es läuft also zwangsläufig darauf hinaus, Äpfel mit Birnen zu vergleichen. Wenn wir den Lehrbuchformeln folgen, dann müssten wir eine kantonale Massnahme mangels Erforderlichkeit für verfassungswidrig erklären, wenn eine gelindere andere existiert,

- die das Hundertfache kostet,
- die neben dem Störer auch seine Opfer trifft,
- die völkerrechtlich dem Fürstentum Liechtenstein vorbehalten ist oder
- in die Zuständigkeit des Bundes fällt, welcher sie aber nicht einzusetzen gedenkt.

All das unterlassen wir mit gutem Grund. Wenn wir jedoch eine Massnahme entdecken, die uns als gelindere vorzugswürdig erscheint, dann präsentieren wir sie als zweiten Apfel und kehren die Unterschiede unter den Tisch. Das Verbot ist nicht erforderlich, weil der gelindere Warnhinweis oder ein weniger umfassender Zuschnitt genügt. Dass er genügt, behaupten wir mit Verve, aber beweisen können wir es regelmässig nicht. Die Probleme potenzieren sich, wenn Teile eines Massnahmenbündels auf dem Prüfstand stehen[7] oder wenn umgekehrt als gelinderes Mittel nur eine Kombination von Alternativmassnahmen in Frage kommt.

[7] Dazu Müller (FN 1), 42 f.

Auf der dritten Ebene, jener der Angemessenheit, ist nach den Lehrbuchformeln zu prüfen, «ob der öffentliche Nutzen grösser ist als die private Last».[8] Das ist zum einen nur haltbar, wenn wir Kollateralbeschädigungen öffentlicher Interessen schon auf der Eignungsebene in Rechnung gestellt haben.[9] Zum anderen nähert sich die durchzuführende Prüfung in dem Masse, in dem die zu beurteilende Massnahme breite und ungewisse Auswirkungen hat, einer politischen Abwägung in Parlamenten an. Damit gibt sie jenseits des Art. 190 BV auch Gelegenheit, die dort getroffenen Entscheidungen aus nicht minder politischen Gründen zu überspielen.

Fazit also: Als Zauberwürfel ist der Grundsatz der Verhältnismässigkeit treffend charakterisiert. Wer ihn beherrscht, kann jede Farbe auf jede Fläche bringen.

Um nicht missverstanden zu werden: Das ist kein Plädoyer, den Verhältnismässigkeitsgrundsatz aufs Altenteil zu schicken – ist er doch verfassungsrechtlich vorgegeben und Besseres nicht in Sicht. Es ist nur ein Plädoyer, vor seinen Abgründen die Augen nicht zu verschliessen.

---

8 So in unüberbietbarer Prägnanz Pierre Tschannen, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 5. A., Bern 2021, N 370.

9 Die oft herangezogene Erläuterung, mit Kanonen dürfe man nicht auf Spatzen schiessen, bezieht sie m.E. erst auf der Ebene der Angemessenheit ein. Denn Grund ist – entgegen Fritz Fleiner, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. A., Tübingen 1928, 404, auf den sie zurückgeht – nicht, dass das Luftgewehr gelinder wäre oder die Spatzen unzumutbar betroffen, sondern die Kugel zu teuer und die Gefahr zu gross, dass neben Spatzen auch Menschen oder Sachwerte getroffen würden.

Das Kolloquium bei Berner Rechtsdissertationen – Ein Gewinn für Universität und Praxis

Karl-Marc Wyss[*]

«Markus Muster verteidigt am 9. Dezember 2025 seine Dissertation zu den Zwangsmassnahmen des Epidemiengesetzes an der Universität Bern. Dies könnte Dich und andere in deinem Team interessieren. Ist doch zu dieser Thematik zurzeit ein Geschäft in der Ämterkonsultation.» So oder ähnlich lauten Hinweise, die Mitarbeitende des Bundesamts für Justiz (BJ) teils von Arbeitskollegen mit Lehrauftrag an der Universität Bern erhalten.[1] Doch was ist dieses umgangssprachlich als «*Dissverteidigung*» bezeichnete *Kolloquium* eigentlich und weshalb lohnt sich dessen Besuch fast immer?

Wer heute an der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern promoviert, schliesst sein Doktorat mit einem wissenschaftlichen Kolloquium ab. Das war nicht immer so. Vielmehr sah erst das Promotionsreglement vom 18. August 2011 ein Kolloquium vor.[2] Markus Müller, damals Ordinarius am Institut für öffentliches Recht, trug substanziell zu dessen Einführung bei – man könnte ihn gar als «*geistigen Vater*» des besagten Kolloquiums bezeichnen. Es zeichnet sich entsprechend durch seine Verhältnismässigkeit[3] hinsichtlich Rechtsgrundlage und Praxis aus: Das Kolloquium ist öffentlich und dauert mindestens 30 Minuten, meist jedoch eine Stunde. Es dient der wissenschaftlichen Auseinandersetzung mit der Dissertation und findet vor einem Kollegium statt; in der Regel bestehend aus der erst- und zweitgutachtenden Person.[4] Bei der konkreten inhaltlichen

[*] Dr. iur., Rechtsanwalt, Wissenschaftlicher Mitarbeiter beim Bundesamt für Justiz.

1 So weisen z.B. Martin Wyss und Franz Zeller regelmässig und verdankenswert auf interessante anstehende Kolloquien im öffentlichen Recht hin.

2 Siehe Art. 16 Abs. 1 Promotionsreglement der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern vom 18. August 2011 (nachfolgend PromR./RW-Unibe).

3 Mangels Raums für eine vertiefte Verhältnismässigkeitsprüfung sei stattdessen zum zugehörigen methodischen Vorgehen auf Markus Müller, Verhältnismässigkeit, Gedanken zu einem Zauberwürfel, KSR, 2. Aufl., Bern 2023 verwiesen.

4 Siehe Art. 16 Abs. 2 und 3 PromR./RW-Unibe.

Ausgestaltung verfügt das Kollegium über ein erhebliches Ermessen. Häufig läuft das Kolloquium wie folgt ab: Nach einer kurzen Eröffnung durch Erstgutachterin oder Erstgutachter stellt der oder die Doktorierende während 20 bis 30 Minuten die Forschung und die gewonnen Erkenntnisse mittels Referats vor. Es folgen die Fragen des Kollegiums. In der Regel öffnet das Kollegium anschliessend die Diskussion auch für die übrigen Anwesenden.

Das Kolloquium nimmt *mehrere Funktionen* wahr: Einerseits ermöglicht und verpflichtet es, die Dissertationsschrift in gekürzter Form der Öffentlichkeit zu präsentieren und zu diskutieren. Dies erlaubt neben dem akademischen Austausch eine gewisse zusätzliche Plausibilitäts- respektive Plagiatskontrolle und erschwert «Mauscheleien». Andererseits bietet es einen würdigen akademischen Abschluss für eine mehrjährige Forschungsphase, an dem auch Verwandte und Freunde der promovierenden Person teilhaben können. So werden die rechtswissenschaftliche Fakultät und deren Forschung erleb-, sicht- und nahbarer als in einer zwei- bis fünfhundertseitigen Dissertationsschrift. Für einzelne Aussenstehende mag es gar der erste persönliche Kontakt mit einer akademischen Veranstaltung sein, wenn die Mutter, der ältere Bruder, das Kind oder der Enkel das Kolloquium absolviert. Und nicht selten erfolgen spannende Diskussionen fachlicher oder anderweitiger Natur beim anschliessenden Apéro. Dort getrauen sich Laien eher, eine Frage an die Erst- oder Zweigutachterin zu richten; ob alleine der Charme des Kollegiums dazu beiträgt oder allenfalls manchmal auch der Weisswein eine Rolle spielt, sei an dieser Stelle offengelassen.

Aus *Sicht der Doktorandin oder des Doktoranden* ist das Kolloquium zweifellos mit Aufwand verbunden, und nicht jede Person redet gerne und gleich gut vor Publikum. Ermutigen dürfte immerhin, dass man sich in den letzten Jahren in der Regel intensiver und vertiefter mit dem Dissertationsthema beschäftigt hat als die übrigen Anwesenden. Die Stimmung ist meist erwartungsfroh, positiv und durch Neugier geprägt. Wichtig zu erwähnen ist dazu, dass das Kolloquium nicht mit einer Note, sondern alleine mit «bestanden» oder «nicht bestanden» bewertet wird.[5] Das Verhältnis zur Bewertung der schriftlichen Arbeit (Prädikat) stimmt so und nimmt unnötigen Druck weg. Das Kolloquium ist insofern vielmehr *Chance* als Risiko: Gelungene Kolloquien haben so z.B. bereits zu Referatsanfragen und Jobangeboten geführt. Das Kolloquium birgt zudem nutzbare *Synergien*: Das Referat – einmal geschrieben – ist erstens gut mehrfach verwendbar. Das BJ sucht

[5] Siehe Art. 16 Abs. 4 PromR./RW-Unibe, wonach der Erstgutachter oder die Erstgutachterin den Stichentscheid hat. Bei Nichtbestehen kann das Kolloquium innerhalb von sechs Monaten einmal wiederholt werden.

z.B. immer wieder gute Referentinnen und Referenten zu aktuellen staatsrechtlichen Themen für das zweimal jährlich stattfindende Forum für Rechtsetzung[6]. Das Referat fasst die wichtigsten Forschungserkenntnisse zusammen und lässt sich daher zweitens verhältnismässig einfach und gewinnbringend in einen qualitativ gehaltvollen Beitrag für eine Fachzeitschrift ummünzen – idealerweise mit Verlinkung der Dissertation im Open Access. Und auch wer keinen Beitrag schreibt, hat drittens immerhin schon eine Ausgangsbasis für den Beschrieb auf der Buchrückseite für die gedruckte Fassung der Dissertation.

Für *interessierte Juristinnen und Juristen* bietet das Kolloquium fast immer eine kurzweilige Weiterbildung zu einem spezifischen Thema – für Ortsansässige gar in Gehdistanz. Wo sonst erhält man eine bloss einstündige Weiterbildung, bei der jemand die aktuellen Erkenntnisse der oft mehrjährigen Forschung anschaulich und in gekürzter Form präsentiert? Dies ist umso wertvoller, als in der Praxis häufig die Zeit fehlt, grössere Teile oder gar die ganze Dissertation zu lesen. Flankiert durch eine Einschätzung von Fachexpertinnen und -experten (Kollegium) besteht zudem die Möglichkeit, den Doktorierenden Fragen zu stellen oder sie um eine unverbindliche Einschätzung zu bitten. Ein kurzer Blick aus den Schützengräben des Praxisalltags hinaus kann neue Ansätze aufzeigen, Bestehendes hinterfragen oder besser verstehen helfen.[7] Umgekehrt können Rückfragen aus der Verwaltung, den Gerichten, der Advokatur und der Zivilgesellschaft zur Praxistauglichkeit akademischer Vorschläge und Ideen beitragen. Überdies verbreiten Verwaltungsjuristinnen und -juristen überzeugende Vorschläge und Ansätze innerhalb der Verwaltung weiter; sie werben so für die erscheinende Druckfassung der Dissertation und für eine mögliche zukünftige Umsetzung.

Das Institut für öffentliches Recht der Universität Bern ist über die Anwaltsausbildung und persönliche Beziehungen, wozu auch Markus Müller massgeblich beiträgt, bereits sehr gut mit dem Berner Verwaltungsgericht und der Staatskanzlei vernetzt. Ähnliche persönliche Beziehungen bestehen zur Bundesverwaltung. Dies ist eine Stärke, die m.E. über die Universität hinaus zur *Qualität und zum guten Ruf der Justiz und Verwaltung im Kanton Bern* beiträgt. Das Kolloquium

---

6 Siehe weitere Informationen: Internet: ‹https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/staat/legistik/rechtsetzungsforum.html› (Abruf 17.5.2025).

7 So stiess z.B. das Kolloquium vom 28. April 2022 zur Dissertation von Jeremias Fellmann, Das Verbot von extremistischen Organisationen im schweizerischen Recht, Zürich 2023, unter der Leitung von Markus Müller zu den Einschätzungen zu Art. 74 Nachrichtendienstgesetz vom 25. September 2015 (NDG; SR 121) auf Interesse im BJ.

bietet insofern eine Chance, diesen ständigen Austausch mit der Praxis zu vertiefen. Bis anhin funktioniert der Einbezug Aussenstehender zum Kolloquium jedoch primär über persönliche Beziehungen.

Mit folgenden *drei Anpassungen* könnte die Fakultät – alternativ und, oder kumulativ – die *Sichtbarkeit des Kolloquiums* und den damit verbundenen fachlichen Austausch mit Interessierten und der Verwaltung *erhöhen*: (*i.*) einen E-Mail-Verteiler für eine Art Newsletter einrichten, so dass alle interessierten Personen und Stellen jeweils frühzeitig per E-Mail erfahren können, wann und zu welcher Thematik das nächste Kolloquium ansteht; (*ii.*) dieselben Informationen auf der Homepage aufschalten – ansehnlich gestaltet dies z.B. die Universität Genf[8]; (*iii.*) könnten Kollegium und die promovierende Person – falls erwünscht – bewusst auf thematisch betroffene Stellen zugehen, also z.B. bei einer Dissertation zur Zivilluftfahrt die zuständige Abteilung beim Bundesamt für Zivilluftfahrt (BAZL) kontaktieren respektive einladen. Dies würde auch Hemmungen bei den jeweiligen Spezialistinnen und Spezialisten abbauen, am Kolloquium teilzunehmen. Dessen Öffentlichkeit ist zurzeit ausserhalb der Universität kaum oder nur begrenzt bekannt.

Wie sich das Kolloquium an der rechtswissenschaftlichen Fakultät auch weiterentwickelt – es ist und bleibt eine *Erfolgsgeschichte*. Als Verwaltungsjurist in Bern wünscht man sich daher, respektive darf guten Gewissens erwarten, dass Markus Müller und der Universität Bern auch in Zukunft solch wertvolle «Zauberwürfe[l]» gelingen.

8 Siehe Internet: ‹https://www.unige.ch/droit/theses› (Abruf 17.5.2025).

Die Mutprobe

Martin Wyss[*]

Für einen verfassungsrechtlichen Text gibt es Worte – man könnte geneigt sein, zu sagen: Kampfbegriffe, Etiketten, Slogans –, deren Fehlen einem an Qualität und Anspruch zweifeln lassen könnte: Rechtsstaat, Gleichheit, Willkür, Gewaltenteilung. Und es gibt Worte, die überraschen, weil sie im akademischen Kontext selten geworden sind. Mut ist ein solches Wort. Zehnmal findet man es in einem kurzen Text von Markus Müller[1], der mich seit seinem Erscheinen bei meinem Nachdenken über Gesetzgebung und beim Unterrichten der Rechtsetzungslehre begleitet. Mut zum «sanften» Widerstand, zur Modeskepsis und zur Verständnisfrage empfahl er dem Verwaltungskader als Präventionsmassnahme gegen die Überforderung des öffentlichen Rechts, die sich unter anderem in gesetzgeberischen Schnellschüssen und Defiziten in der Normqualität äussere.

Darf, ja soll auch der – formelle oder materielle – Gesetzgeber mutig sein? Erik Kessel, ein dänischer Künstler, hat ein erheiterndes und inspirierendes Buch mit diesen Worten eingeleitet: «Dieses Buch handelt vom Mut zum hemmungslosen Scheitern, wenn fade Fügsamkeit und geistlose Gedanken die Alternativen sind. Es handelt davon, das Sichere, Erwartbare abzulehnen zugunsten des Aufregenden, Unbekannten. Dieses Buch widmet sich der Kunst, Fehler zu machen.»[2] Darf der Gesetzgeber nach dem Aufregenden trachten, Fehler und Unterlassungen sehenden Auges in Kauf nehmen? Fordert das Legalitätsprinzip nicht gerade das Gegenteil von Mut, wenn es doch einerseits «dem demokratischen Anliegen der Sicherung der staatsrechtlichen Zuständigkeitsordnung, anderseits dem rechtsstaatlichen Anliegen der Rechtsgleichheit, Berechenbarkeit und Voraussehbarkeit staatlichen Handelns»[3] dienen soll? So sehr mir der Ruf nach Mut sympathisch sein mag, so

---

[*] Prof. Dr. iur.; Lehrbeauftragter für Rechtsetzungslehre an der Universität Bern; stv. Leiter Fachbereich II für Rechtsetzung, Bundesamt für Justiz.

[1] Überforderung im öffentlichen Recht, ZBJV 146/2010, 353 ff.

[2] Erik Kessels, Fast pefrekt, Köln 2016, 6. Zum Thema siehe auch Hans Magnus Enzensberger, Meine Lieblings-Flops, gefolgt von einem Ideen-Magazin, Suhrkamp Verlag 2012.

[3] Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3655/2023 (CS-Boni) vom 31. März 2025, E. 5.5.

sehr bin ich davon überzeugt, dass wir das gesetzte und noch zu setzende Recht vor Überforderung und Überlastungen schützen müssen. Die Funktion des Gesetzes (oder vielleicht eher die Erwartung an das Gesetz?) mag sich – wie Hans Schneider einmal, nicht ohne Sorge, konstatierte – gewandelt haben, «von einem Stabilisator der Lebensverhältnisse zu einem Motor ihrer Veränderung, von einem Mittel der Abgrenzung zwischen staatlicher Herrschaft und individueller oder korporativer Freiheit zu einem Instrument sozialer Steuerung, von einer als dauerhaft gedachten Bestimmung dessen, was als richtig und gerecht gelten soll, zu einer zeitweiligen Verbindlichkeitserklärung von Zweckmässigkeitsregeln.»[4] Recht kann vieles leisten, aber nicht alle Erwartungen befriedigen. Der (vor-) schnelle Ruf nach neuen Gesetzen nährt sich aus einer – unrealistischen? – «Erwartung an die Möglichkeiten des Staates und der Rechtsordnung, menschliches Verhalten in den verschiedensten Lebensbereichen und Gesellschaftssystemen (…) steuern zu können.»[5] Wo der Gesetzgeber vermeintlich den Zeichen der Zeit gehorchend, dem empörungsgetriebenen Handlungsdruck[6] nachgebend meint, mutig sein zu müssen, dort droht er übermütig zu werden und über die verfassungsrechtlichen Stränge zu schlagen[7]. Oder er verharrt in mutloser Schockstarre und verweist auf fehlende Zuständigkeiten.

Wo und wie also kann zu setzendes Recht als Handlungsermächtigung und Handlungsgrenze für den Staat Mut beweisen? Ein zeitweise etwas aus der Mode geratenes Regulierungsvehikel hat wieder Fahrt aufgenommen in politischer Praxis und rechtswissenschaftlicher Forschung: die Versuchsregelung[8]. Dieser Regelungsstrategie ist mindestens der Mut zum Scheitern eingeschrieben – konsequenter jedenfalls als beim kleinen Bruder der Versuchsregelung, den befristeten

---

4 Hans Schneider, Gesetzgebung, 2. A., Heidelberg 1991, N 1.

5 Bernhard Waldmann, Das Klagelied der Überregulierung, FS Hänni, Bern 2015, 172.

6 «Mein Hund hat BSE,/im Winter ist es heiß, im Sommer fällt der Schnee./Der Wind ist radioaktiv./Die Bäume sterben aus, der König ist auf Speed./Paranoia überall,/gleich kommt der nächste Knall,/wir sind nicht sicher hier –/bitte evakuieren!» Madsen, Alarm im Paradies (Songtext).

7 Peter Hettich, Rechtliche Massnahmen zur Verhinderung und Bewältigung einer Strom- und Gasmangellage, ZBl 2022, 650 ff., 657 f.

8 Siehe beispielsweise den 2023 eingeführten § 47 des aargauischen Gesetzes über die wirkungsorientierte Steuerung von Aufgaben und Finanzen (SAR 612.300) oder Art. 59*a* KVG (SR 832.10). Siehe auch die Referate des 43. Forums für Rechtsetzung des Bundesamts für Justiz vom 25. April 2024 (dazu Maria Gertsch/Jasmin Sangiorgio/Karl-Marc Wyss, 43. Forum für Rechtsetzung vom 25. April 2024, in: LeGes 35 (2024) 2).

Gesetzen (Sunset-Legislation). Diesen mag eher der Makel der Bastelei anhaften: Was von vorneherein nicht dauerhaft sein will, meint, sich mit Provisorischem und diversen rechtsstaatlichen Sollbruchstellen[9] begnügen zu dürfen. Derartig als mutig kostümierte Gesetzgebung wird zur rechtsstaatlichen Zumutung, wenn sie zwar die Möglichkeit der gerichtlichen Nachkontrolle zur Verteidigung der eigenen Imperfektion ins Feld führt, aber nicht bereit ist, die nötigen Korrekturen vorzunehmen und stattdessen zur Urteilsschelte ausholt.

Ich bin überzeugt, dass Gesetzgebung Mut erfordert – Mut allerdings der anderen Art: Mut zum konzeptuellen Nachdenken und zur sorgfältigen Problemanalyse. Mut zum Vertrauen in bewährte Regelungsinstrumente und Vollzugsmechaniken, Mut zur Arbeit an Idee und sprachlicher Ausformung[10]. Und auch Mut zum Regelungsverzicht. Und letztlich braucht es wahrscheinlich auch Mut, sich zurückzubesinnen, was Rechtsetzung überhaupt leisten soll: Freiheitssicherung, Schutz vor staatlicher Willkür[11] und Bändigung staatlicher und ziviler Macht.

Auch in Lehre[12] und universitärer Praxis[13] sollte man mutig sein dürfen – was Markus Müller in den verschiedenen Rollen, in denen ich ihn erleben durfte, unter Beweis gestellt hat. Wer sich akademischer Exzellenz[14] verpflichtet, muss skeptisch

---

9 Die Erwartungen an eine gute Gesetzgebung mögen schwer zu erfüllen sein, wenn man etwa den Kriterienkatalog vor Augen hat, den die OSZE entwickelt hatte: «Laws are of good quality if they are consistent, clear and intelligible, foreseeable, transparent, accessible, human rights-compliant, effective, non-discriminatory, gender-responsive and sensitive to the needs of diverse groups in society, both in terms of wording and in practice once implemented.» OSCE ODIHR, Guidelines on Democratic Lawmaking for Better Laws, 2023.

10 Siehe Stefan Höfler, Das Verständlichkeitsgebot im Unternehmensentlastungsgesetz, LeGes 36 (2025) 1; Martin Wyss, Gold, Glanz und Schein in der Gesetzgebung, ZBl 2018, 1 ff., insbesondere 12 ff.

11 BGE 138 I 6 E. 4.2.

12 Mein ältester Sohn, der an der Universität Bern Rechtswissenschaften studiert, meinte auf meine neugierige Frage, welche Musik Müller in den Pausen seiner Vorlesungen abspiele: «Ähnlich wie Du – nur salonfähiger».

13 Selbst mir als einem 7 x IMF wäre nie eingefallen, bei einer Bewerbung für ein Ordinariat die Abkürzung 2 x JMF neben die akademischen Grade zu setzen.

14 «Und da verkehrte ich einmal Abend für Abend mit einer geistigen Elite, was eine Auswahl ist, was jede gebildete Individualität aus Kreuzworträtseln weiss. (...) Und die meisten sind wild drauf, gedruckt zu werden. Und schimpfen auf alle und alles.» Irmgard Keun, Das kunstseidene Mädchen, 103 f.

bleiben,[15] mit Fehlern leben lernen[16] und Manövrierkünste entwickeln, um aus erhofften Überholspuren, die sich als Sackgassen erweisen, einen neuen Weg zu finden. Und Mut kann nicht schaden, wenn man dem verfassungsrechtlichen Argument auch über die eigene Profession hinaus Gehör verschaffen will[17].

[15] «Ich bin skeptisch und das nicht ohne Grund», Von Spar – Die uneingeschränkte Freiheit der privaten Initiative (Songtext).

[16] Johannes Haushofer's «CV of failures», Internet: ‹https://www.sciencealert.com/why-creating-a-cv-of-failures-is-good-Princeton-professor-viral› (Abruf 28.7.2025); siehe auch das Interview mit ihm in ZEITCampus vom 3. Mai 2016, Internet: ‹https://www.zeit.de/campus/2016-05/cv-of-failures-johannes-haushofer-professor-princeton-scheitern› (Abruf 28.7.2025).

[17] Sebastian Reusch, Was zeichnet einen guten Wissenschaftler aus? Internet: ‹https://scilogs.spektrum.de/enkapsis/was-zeichnet-einen-guten-wissenschaftler-aus/› (Abruf 28.7.2025).

Ein Zauberwürfel für die Langzeitnothilfe

Simone Wyss[*]

«Alohomora!», dieser Zauberspruch öffnet in Harry Potters Universum verschlossene Türen und gibt damit in Notsituationen den Weg frei. Einen solch magischen Ausweg mögen sich Menschen wünschen, die in der Langzeitnothilfe leben.

Artikel 12 BV garantiert jeder Person, die in Not geraten und nicht in der Lage ist, für sich selbst zu sorgen, Nothilfe. Zu den Adressaten gehören auch abgewiesene Asylsuchende (Art. 82 AsylG). Sie unterstehen ab dem negativen Asylentscheid einem Arbeitsverbot und erhalten nicht Sozialhilfe, sondern die deutlich reduzierte Nothilfe. Diese verfolgt das Ziel, bei einer Minimierung der Kosten den Druck zur Ausreise zu erhöhen. Die Mehrzahl der abgewiesenen Asylsuchenden verlässt in der Folge die Schweiz auch selbständig. Andernfalls erfolgt die zwangsweise Ausschaffung. Die Nothilfe kommt nun in denjenigen Fällen zum Tragen, in denen die Ausreise aus unterschiedlichen Gründen nicht stattfindet. Einigen abgewiesenen Asylsuchenden ist die Ausreise nicht möglich, beispielsweise weil sie innert nützlicher Frist keine heimatlichen Reisepapiere erhalten können. Andere befürchten schwere Menschenrechtsverletzungen im Heimatland, die zwar nicht zur Gewährung von Asyl geführt haben – aber doch mindestens subjektiv so bedrohlich sind, dass eine Rückkehr undenkbar scheint. Auch gibt es Ausschaffungshindernisse, so etwa, wenn der Zielstaat bei einer Ausschaffung ihre Aufnahme verweigern würde oder es an Rückübernahmeabkommen fehlt.

Diese Menschen bleiben ohne Ausweis und Status in der Schweiz in der Situation einer «regulären Irregularität»[1], in der mit der Nothilfe das Überleben garantiert ist, mehr aber nicht – und so der Druck zur Ausreise hoch bleibt. Konkret bedeutet dies ein Leben in Mehrbettzimmern, manchmal in Zivilschutzanlagen unter Tag. Je nach Kanton erfolgt eine Auszahlung von rund acht bis zwölf Franken pro Tag für Essen, Kleidung, Hygiene sowie öffentlichen Verkehr oder es werden Sach-

[*] Dr. iur., Co-Leiterin Kirchliche Kontaktstelle für Flüchtlingsfragen KKF, Bern.

[1] Per Ende 2023 lebten 2922 abgewiesene Asylsuchende in der «regulären Irregularität», Internet: ‹www.flüchtlingshilfe.ch/themen/asyl-in-der-schweiz/nothilfe› (Abruf 30.4.2025).

mittel abgegeben. Es bestehen ein Arbeitsverbot und weitgehende Einschränkungen bei Ausbildungen und freiwilligem Engagement, denn Ziel ist gerade nicht die Integration in der Schweiz, sondern die Ausreise. Was als kurzfristige Massnahme konzipiert ist, wird in dieser Konstellation oft zum Dauerzustand: Manche Menschen leben mehr als zehn Jahre in der sogenannten Langzeitnothilfe. Kinder wachsen in diesen Verhältnissen auf. Fachleute weisen darauf hin, dass viele in diesem Regime psychisch und physisch erkranken.[2]

Für Ausnahmefälle sieht das Gesetz die Möglichkeit einer Härtefallbewilligung und damit der Regularisierung des Aufenthalts vor (Art. 14 Abs. 2 AsylG). Die Anforderungen sind allerdings hoch: Mindestens fünf Jahre Anwesenheit in der Schweiz (im Kanton Bern für erwachsene Einzelpersonen: 10 Jahre), erfüllte «Integrationskriterien», darunter die wirtschaftliche Selbständigkeit nach der Bewilligungserteilung. Ein Anspruch besteht aber nicht. Und im zweistufigen Verfahren – das Gesuch wird zuerst vom Kanton behandelt und anschliessend zur Genehmigung dem SEM unterbreitet – kommt den Gesuchsteller:innen in der kantonalen Vorprüfung keine Parteistellung zu (Art. 14 Abs. 4 AsylG); mithin besteht auch keinerlei Möglichkeit zur gerichtlichen Überprüfung des Ermessensentscheids.

Wie also der Sackgasse entkommen? Der Zauberspruch von Harry Potter wirkt nicht, so viel ist klar. Doch könnte hier der Müllersche «Zauberwürfel» der Verhältnismässigkeit[3] einen Ausweg aufzeigen:

– Zuallererst bedarf es eines nüchternen Blicks auf die relevanten, wirklichen Verhältnisse[4]: Unbestritten ist der Anspruch des Rechtsstaats, seine Anordnungen durchzusetzen, so auch die Ausreisepflicht. Unbestritten ist ferner, dass auch unbequeme Massnahmen zur Durchsetzung zulässig sind. Unbestritten ist aber auch, dass das Nothilferegime als Massnahme heute das Ziel «Ausreise» in zahlreichen Fällen nicht erreicht und die kurzfristig gedachte Nothilfe zum dauerhaften Zustand wird. Dies gilt es anzuerkennen.

---

2 Vgl. mit weiteren Hinweisen: Internet: ‹https://www.amnesty.ch/de/themen/asyl-und-migration/asylpolitik-schweiz/dok/2022/nothilferegime-lebensumstaende-die-krank-machen› (Abruf 30.4.2025).

3 Markus Müller, Verhältnismässigkeit. Gedanken zu einem Zauberwürfel, 2. Aufl. 2023.

4 Vgl. Müller (FN 3), 27 ff.

- Festzuhalten ist weiter, dass jede staatliche Massnahme dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz genügen muss.[5] Zurzeit erfolgt die Prüfung der Verhältnismässigkeit der Nothilfe schematisch im Zeitpunkt der Abweisung des Asylgesuchs. Eine regelmässige Überprüfung des Nothilferegimes ist im Bundesrecht aber nicht vorgesehen.
- Hier ist anzusetzen. Spätestens nach zwei Jahren und danach in regelmässigen Abständen muss die Verhältnismässigkeit der Nothilfe als Massnahme im individuellen Fall überprüft werden. Dabei sind gemäss dem Zauberwürfel alle ermittelten relevanten Verhältnisse und Faktoren zu gewichten und abzuwägen.[6] Dazu gehört massgeblich die Zeitdauer: Je länger eine Person bereits in der Nothilfe lebt, desto eher überwiegt das Interesse an der Regularisierung das Interesse an der Durchsetzung der Ausreise. Weitere Elemente sind beispielsweise überdurchschnittliche Integration, Vulnerabilitäten und ganz zentral: das Kindeswohl. Gleichzeitig müssen auch die fiskalischen Interessen des Staates an einer Regularisierung und finanziellen Selbständigkeit miteinbezogen werden.
- Selbstverständlich muss den Betroffenen im Überprüfungsverfahren die Parteistellung eingeräumt werden, wie dies das Bundesgericht seit langem klar fordert.[7]

Während der Zauberspruch «Alohomora!» also mit einem simplen Wort einen Ausweg schafft, ist der Zauberwürfel mit viel (Abwägungs-)Arbeit und mit einem offenen Ausgang verbunden. Dieser Aufwand aber würde sich lohnen – sowohl für die Betroffenen als auch für die Gesellschaft. Menschen könnte der Weg aus der Sackgasse am Rand der Gesellschaft in deren Mitte geöffnet werden. Und er ist auch rechtsstaatlich geboten: Niemand soll in einem Rechtsstaat unbefristet und ohne Aussicht auf die Überprüfung der Situation in der Ausweglosigkeit einer Sackgasse verharren müssen.

---

5 Zum umfassenden Geltungsanspruch des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes: Müller (FN 3), 51 ff.

6 Müller (FN 3), 34 ff.

7 BGE 137 I 128.

Politische Führung und Vorbefassung – Das Dilemma im verwaltungsinternen Instanzenzug

Ursula Wyssmann[*]

«Vielen Dank für Ihre Anfrage bezüglich der Umzonung der Parzelle Nr. 101 in XY ... Es handelt sich vorliegend um ein laufendes Verfahren, zu dem ich mich aufgrund meiner Rolle als Rechtsmittelinstanz im Falle eines allfälligen Beschwerdeverfahrens nicht äussern kann. Ein weitergehendes Engagement meinerseits in dieser Angelegenheit ist deshalb nicht möglich …» So oder ähnlich lauten Antworten der zuständigen Regierungsrätin, wenn sich Leute wie «Bürger Müller»[1] mit ihrer Unzufriedenheit an die Direktorin wenden. Es versteht sich von selbst, dass solche Antworten weder für die Bürgerinnen und Bürger noch die Regierungsrätin vollends zufriedenstellend sind. Schliesslich ist mit ihrer Wahl an die Spitze einer Direktion die Erwartung verbunden, dass sie ihre Führungsfunktion wahrnimmt und die ihr unterstellten Ämter entsprechend steuert, ja gar im Sinne der Wählerschaft auf sie einwirkt. Sie verantwortet damit gemäss Gesetz nicht nur eine «rechtmässige», sondern auch eine «bürgernahe» und «wirkungsvolle Verwaltungstätigkeit».[2]

Nun beansprucht aber gerade die verwaltungsinterne Rechtspflege diese Führungs- und Aufsichtsfunktion[3] für sich, so dass «Bürger Müller» eigentlich erst auf die Einflussnahme der gewählten Politikerin zählen kann, wenn er eine Beschwerde erhebt. Die Regierungsrätin steckt damit immer in einem Dilemma: Entweder sie nimmt ihre Führungsverantwortung nicht wahr oder sie missachtet

---

[*] Dr. iur., Generalsekretärin der Direktion für Inneres und Justiz des Kantons Bern (bis 31. August 2025).

[1] Ähnlichkeiten mit existierenden Personen sind durchaus gewollt.

[2] Vgl. Art. 23 Gesetz vom 20.06.1995 über die Organisation des Regierungsrates und der Verwaltung (Organisationsgesetz, OrG; BSG 152.01).

[3] Vgl. zu den Funktionen der verwaltungsinternen Rechtspflege Christoph Auer/Ueli Friederich, Aufgabe und Rolle der verwaltungsinternen Justiz nach Inkrafttreten der Rechtsweggarantie, in: Ruth Herzog/Reto Feller (Hrsg.), Bernische Verwaltungsgerichtsbarkeit in Geschichte und Gegenwart, Bern 2010, 372 ff.

die Verfahrensregeln. Wie diesem – zugegeben zugespitzt formulierten – Dilemma begegnen? Sämtliche Bürgerinnen und Bürger, die sich an die Regierungsrätin wenden, einfach auf den Rechtsweg verweisen und sie darin bestärken, dass die Verwaltung nicht effizient arbeitet und Projekte verhindert? Oder Führungsstärke beweisen und in Kauf nehmen, dass sie im Beschwerdeverfahren in den Ausstand treten muss? Bei der ersten Reaktion muss sich die Regierungsrätin den Vorwurf gefallen lassen, ihre Führungsverantwortung nicht wahrzunehmen. Bei der zweiten Reaktion verletzt sie Verfahrensregeln – auch nicht ein Vorwurf, den eine Justizdirektorin gerne hört. Was also tun? Es braucht wohl – wie so oft in der Rechtsanwendung – die Abwägung, in welcher Situation die vorgesetzte Behörde Einfluss nehmen soll und wann Zurückhaltung angebracht ist.

Konkret stellen wir uns in der Direktion für Inneres und Justiz aufgrund des Verfahrensstandes und des bestehenden Handlungsspielraums jeweils folgende Frage: Macht ein Gespräch Sinn, um die Rechtslage zu erläutern und die Handlungsmöglichkeiten auch von Seiten «Bürger Müller» aufzuzeigen? Oder ist die Angelegenheit bereits so weit fortgeschritten, dass es tatsächlich nur noch darum geht, einen Entscheid zu fällen? Ist dies der Fall, tut die Regierungsrätin gut daran, ihre Unabhängigkeit gegenüber der Vorinstanz zu wahren und so umfassend über die Sache im Beschwerdeverfahren entscheiden zu können. Ist hingegen ein Gespräch mit der Regierungsrätin möglich, weil ihre Intervention weder das Ergebnis im konkreten Fall durch das zuständige Amt vorwegnimmt noch allein kontrollierenden, ja gar korrigierenden Charakter hat, macht ein solches Sinn. Solche Gespräche führen wir dann stets in Anwesenheit des zuständigen Amtes, um den (Rechts-)Rahmen gemeinsam abzustecken und lösungsorientiert mögliche Wege für das Gelingen eines Vorhabens aufzuzeigen. Dieses Vorgehen versucht, der hierarchisch-führungsmässigen Steuerung der *zuständigen* Ämter durch die *vorgesetzte* Regierungsrätin Rechnung zu tragen und gleichzeitig rasche Entscheide zu ermöglichen.

Ist kein Gespräch möglich, so erkennen die Bürgerinnen und Bürger in den Verfügungen hoffentlich gleichwohl, dass die zuständigen Ämter ihre Angelegenheit nach dem geltenden Recht, und nur danach und in gewisser Weise auch unabhängig, beurteilen.[4] Gleichzeitig müssen sie akzeptieren, dass das Recht auf

[4] Vgl. zu den Komponenten der Unabhängigkeit Markus Müller, Psychologie im öffentlichen Verfahren, Bern 2010, 65 ff.

eine wirksame verwaltungsinterne Beschwerde bedingt, dass die Regierungsrätin nicht immer Hand für ein Gespräch bieten kann. Nur so wahrt sie die rechtlich festgelegte Zuständigkeitsordnung und ihre Unabhängigkeit im Falle einer Beschwerde.

Es gilt also, jenseits der reinen Lehre, bei Gesprächsanfragen an die verantwortliche Regierungsrätin den Kompromiss zwischen korrekten Rechtsverfahren und Führungsverantwortung zu finden – mit politischem und rechtlichem Sachverstand.[5]

[5] So wie die verwaltungsinterne Rechtspflege eine «Kompromisslösung zwischen Unabhängigkeit und Sachkompetenz» (Benjamin Schindler, Die Befangenheit der Verwaltung, Zürich 2002, 167) ist.

Aus der Komfortzone ins mediale Rampenlicht – Ein Loblied auf Kürze und Würze

Franz Zeller[*]

We learned more from a three minute record, baby
Than we ever learned in school

(Bruce Springsteen, «No Surrender», 1984)

Zitate aus der Rockpoesie sind in Festschriften mit profunden Erörterungen zu (staats-)rechtlichen Themen eine Rarität. Rockstars werden in einem solchen Rahmen ähnlich häufig anzutreffen sein wie in Gewinnerlisten des Nobelpreises für Literatur oder in Begründungen höchstrichterlicher Urteile – nämlich fast nie, mit Bob Dylan als seltener Ausnahme (in beiden Kategorien übrigens[1]).

Springsteens eingangs zitierte Songzeilen streben nicht nach literarischen Weihen und heischen nicht nach wissenschaftlichen Lorbeeren.[2] Sie würden nicht einmal eine professionelle Faktenprüfung unbeschadet überstehen (wollte man sie denn überhaupt als ernsthafte Tatsachenbehauptungen oder zumindest als gemischte, an Fakten anknüpfende Werturteile einstufen). Manche dürften sie als triviale Plattitüden abtun. Andere hingegen empfinden sie als gelungene Verknappung eines vielschichtigen Phänomens. Ihnen leuchten die Worte intuitiv ein; sie können womöglich auf emotionaler Ebene etwas zum Schwingen bringen und unwillkürlich Erinnerungen wecken. Hiermit sei keineswegs angetönt, es könnte sich um Erinnerungen früherer Studierender der Berner Rechtsfakultät handeln, welche den Unterricht als komplett nutzlos empfunden hätten.

---

[*] Titularprofessor an der Universität Bern, Lehrbeauftragter an der Universität Basel (Medien- und Kommunikationsrecht); Bundesamt für Justiz.

[1] Vgl. EGMR-Urteil N° 13252/17 «Ahmet Altan c. Türkei» vom 13. April 2021, Ziff. 20 der teilweise abweichenden Meinung von Richter Egidijus Kūris (Zitat aus Bob Dylans «Blowin' in the Wind») mit Hinweis auf zwei frühere Sondervoten von Kūris.

[2] Springsteens Schaffen ist allerdings sehr wohl Gegenstand akademischer Untersuchungen; vgl. die 1995 von der Philosophischen Fakultät I der Universität Zürich angenommene Dissertation von Jean-Martin Büttner, Sänger, Songs und triebhafte Rede: Rock als Erzählweise, Basel/Frankfurt a.M. 1997, 385 ff.

An Springsteens *Loblied auf die Kürze* interessiert weniger die negative Beschreibung des Schulbesuchs als die positive Bewertung konziser Wortbeiträge – sei es mit musikalischer Untermalung oder ohne: Für das Publikum haben prägnante Ausführungen von 180 Sekunden Dauer (oder auch weniger) oft einen grösseren Nutzen und mehr Überzeugungskraft als 180 Seiten (oder auch mehr) umfassende wissenschaftliche Abhandlungen.

Pointierte, spontan einleuchtende Formulierungen sind auch in Hörsälen und in der juristischen Literatur keine Seltenheit. An guten Tagen gelingt es begabten Dozierenden, verwickelte Angelegenheiten in wenigen Worten auf den Punkt zu bringen, sie mit plastischen Beispielen und treffenden Sprachbildern zu veranschaulichen. Markus Müller hat dieses Talent. Einprägsam ist etwa seine Umschreibung des Verhältnismässigkeitsprinzips als Zauberwürfel. In Erinnerung ist auch geblieben, wie Müller die schwierige Thematik des Rechtsschutzes gegen Verwaltungsrealakte illustrierte: Die Abbildung eines bunten Kinderspielzeugs verdeutlichte, dass sich eckige Stifte eben nicht in die runden Löcher einer Klopfbank hämmern lassen.

Die Fähigkeit zu knapp formulierten Positionsbezügen und zu einleuchtenden Metaphern ist auch ausserhalb des universitären Unterrichts und der juristischen Schriftstellerei gefragt. Gerade im öffentlichen Rampenlicht ist sie hilfreich. Rechtsgelehrte mit der Gabe der schlüssigen Einordnung und Bewertung komplexer Zusammenhänge sind geschätzte *Gesprächspartner von Medienschaffenden.* Im Idealfall resultiert ein *Service public* im Interesse aller Beteiligter: der von konziser Expertise profitierenden Medienleute, des zwangsläufig über wenig fachliche Vorkenntnisse verfügenden und auf kompetente Orientierung angewiesenen Publikums, aber auch der Rechtssachverständigen selbst.

Im Vordergrund steht hier nicht die Befriedigung von Eitelkeiten. Auftritte mit Aussenwirkung ermöglichen es, die Universität Bern sichtbarer zu machen und die Forschungstätigkeit jenseits des engen Fachkreises auf dem Forum der Öffentlichkeit zu präsentieren – angesichts der heutigen Medienwirklichkeit oft eher in 30 als in 180 Sekunden, nur vereinzelt auch deutlich länger. Markus Müller hat sich der öffentlichen Debatte immer wieder gestellt, komplexe Materien allgemein verständlich eingeordnet und passioniert Position bezogen: 2015 äusserte er sich in einer halbstündigen SRF-Radiosendung zum Thema «Verhältnismässigkeit – Vom Wesen einer Verfassungsbestimmung»; gehaltvolle Werbung für sein 2013 erschienenes Buch. 2016 warnte er in Interviews vor den Gefahren des

Sponsorings an Universitäten.[3] Und 2021 forderte er in der TV-Diskussionssendung «Club» eine verfassungsrechtlich abgestützte Pflicht, solidarisch zum Gemeinwohl beizutragen.[4]

Die zwei letztgenannten Beispiele belegen, dass unerschrockene Voten zu kontroversen Themen gewisse *Risiken* bergen. Gemeint sind nicht primär *rechtliche Konsequenzen* für Sachverständige, die ihre Aussagen zu fulminant formuliert haben: Verfahren wegen Ehr- oder Persönlichkeitsverletzung drohen ihnen vielleicht einmal wegen vorverurteilender Äusserungen über namentlich genannte Tatverdächtige. Kaum zu erwarten sind Straf- oder Zivilprozesse hingegen nach unverblümten Statements zu staats- und verwaltungsrechtlichen Themen wie dem Umgang mit Epidemien oder dem Verbot öffentlicher Kundgebungen[5].

Häufiger sind frostige Reaktionen im beruflichen Umfeld, bissige Kritik in den Massenmedien (nach der erwähnten «Club»-Sendung etwa in der NZZ und der Weltwoche[6]) sowie abschätzige Kommentare auf sozialen Plattformen. Im rauen Kommunikationsalltag kann sich dies schnell einmal zum *Shitstorm* verdichten, den auch abgehärtete Zeitgenossen nicht ohne Schwierigkeiten auszuhalten vermögen.

Zwar schützt und unterstützt die Universität Bern gemäss den 2024 beschlossenen Weisungen ihr in der Öffentlichkeit auf unangemessene Weise angegangenes Personal.[7] Die dort formulierte Einschränkung «im Rahmen ihrer Möglichkeiten» deutet es aber an: Oft wird die Universitätsleitung gar nicht in der Lage sein, für die Betroffenen einen wirkungsvollen Schutzschirm vor öffentlichem Gegenwind aufzuspannen.[8]

---

3 Vgl. etwa Tages-Anzeiger vom 21.4.2016, «Wir riskieren, in 20 Jahren eine ganz andere Uni zu haben».

4 Internet: ‹https://www.srf.ch/news/schweiz/mehr-solidaritaet-gefordert-berner-rechtsprofessor-wir-sollten-die-verfassung-umschreiben› (Abruf 20.5.2025).

5 Vgl. etwa Der Bund vom 8.11.2023, Staatsrechtler kritisiert Bern wegen Demoverbot.

6 Weltwoche vom 15.12.2021, Ruf nach Führung und Autorität: Staatsrechtler Markus Müller will die Verfassung umschreiben und zur Volkserziehung einsetzen.

7 Weisungen der Universitätsleitung zu Kommunikation und Meinungsäusserungen vom 4.6.2024, Ziff. 3.

8 Zum angemessenen Umgang mit persönlichen Angriffen gegen Forschende vgl. etwa Hannah Schmid-Petri, Krisenkommunikation in der Wissenschaft – Die Reaktion auf Anschuldigungen und der Umgang mit Skandalen, in: Beiträge zur Hochschulforschung 1/2021, 172 ff.

Letztlich gilt wohl: Wer den Schritt in die mediale Öffentlichkeit wagt, verlässt die Komfortzone. Wer es aller möglicher und tatsächlicher Widrigkeiten zum Trotz immer wieder tut, verdient besonderen Respekt. Er oder sie leistet unbeirrt einen bedeutenden Dienst für die Allgemeinheit.

Kehren wir kurz zurück zum eingangs erwähnten Zitat und dessen Schöpfer. Masslos übertrieben wäre die Behauptung, beherzte Rechtsprofessoren mit Bühnenpräsenz und der Fähigkeit zum prägnanten Statement gehörten eigentlich zu den Rockstars. Man wird aber sagen dürfen, dass sehr viele seiner Berufskollegen weiter von dieser Kategorie entfernt sind, als es Markus Müller ist. In diesem Sinne: *Rave On!*[9]

[9] 1958 geschrieben von Sonny West, Bill Tilghman und Norman Petty; bekannt gemacht durch Buddy Holly. Von Bruce Springsteen erstmals live interpretiert am 7.7.1978.

Im Prinzip ja, aber …

Haykaz Zoryan[*]

Listenspitäler und Listengeburtshäuser im Kanton Bern sind im Rahmen ihrer Leistungsaufträge – ähnlich wie in den anderen Kantonen – verpflichtet, Personen mit Wohnsitz im Kanton Bern aufzunehmen und zu behandeln (Art. 49 SpVG/BE[1]). Sind diese Pflichten diskriminierungsfrei zu erfüllen? Radio Eriwan würde wohl wie folgt antworten: «*Im Prinzip ja, aber nur wenn niemand diskriminiert wird*». Doch gerade das geschieht leider in einer Reihe von Fällen: Bisweilen gibt es in der Bevölkerung eine Minderheit, für welche die Aufnahme und die Behandlung im Spital nicht die gebotene Selbstverständlichkeit hat.

Man stelle sich folgende Situation vor: Ein Listengeburtshaus akzeptiert ausschliesslich Patientinnen, die bereit sind, ihr Kind per Kaiserschnitt zur Welt zu bringen, auch wenn Mutter und Kind völlig gesund sind. Eine natürliche Geburt wird in diesem Geburtshaus nicht akzeptiert. Will eine werdende Mutter in diesem Listengeburtshaus ihr Kind zur Welt bringen, muss sie sich mit Kaiserschnitt abfinden und eine entsprechende Einverständniserklärung unterzeichnen.

Einen solchen Fall würde die Gesellschaft mindestens aus zwei Perspektiven als stossend betrachten:

– Aus *ethischer Sicht* stellt sich die Frage, ob es vertretbar ist, Patientinnen keine Wahl über die Geburtsmöglichkeiten zu lassen und die Durchführung eines Kaiserschnitts aufzudrängen. Es sollte im Prinzip klar sein: Die Autonomie und das Selbstbestimmungsrecht der Frauen sind zentrale ethische Prinzipien, die respektiert werden müssen. Es müsste sichergestellt werden, dass sie – wie Patienten im Allgemeinen – die Freiheit haben, die für sie und ihr Kind beste Geburtsmethode zu wählen. Wenn der Patientin keine Wahlmöglichkeit gewährt wird, kann dies negative Auswirkungen auf ihre psychische und physische Gesundheit haben und ggf. später sogar auf das Kind.

---

[*] Dr. iur., Rechtsanwalt, advokatur zoryan ag, Thun. Der Beitrag reflektiert Erfahrungen des Verfassers aus seiner forensischen Tätigkeit.

[1] Spitalversorgungsgesetz des Kantons Bern vom 13.6.2013 (SpVG; BSG 812.11).

– Aus *rechtlicher Sicht* muss geprüft werden, ob das Vorgehen des Geburtshauses mit den geltenden Gesetzen und Vorschriften vereinbar ist. Das Selbstbestimmungsrecht der Patientin – d.h., das grundlegende Prinzip, dass jeder Mensch das Recht hat, Entscheidungen über seine eigene Gesundheit und medizinische Behandlung zu treffen – ist verfassungsmässig verankert und sowohl in der Rechtsprechung des Bundesgerichts als auch in der Praxis des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte anerkannt. Es wäre daher rechtswidrig, der werdenden Mutter die Wahl der Geburtsmethode grundsätzlich zu verweigern. Den Patientinnen stünden in einer solchen Situation verschiedene rechtliche Schutzmöglichkeiten zur Verfügung, wie das Bundesgericht im Urteil 2C_613/2015 vom 7.3.2017, E. 5.3 ausführlich darstellt.

Wie wäre jedoch die geschilderte Ausgangslage zu würdigen, wenn das Listengeburtshaus eine andere Perspektive einnähme: Es könnte argumentieren, es respektiere natürlich das Selbstbestimmungsrecht der Patientin und diskriminiere sie nicht. Sie könne schon eine natürliche Geburt statt Kaiserschnitt haben, müsse sich dafür aber an ein anderes Geburtshaus wenden.

Im Prinzip denkbar, aber ein solcher Ansatz verfängt nicht. Denn er übersieht, dass ein Listengeburtshaus Teil des vom Staat organisierten Gesundheitsdienstes ist und damit eine staatliche Aufgabe wahrzunehmen hat. Wie das Bundesgericht im erwähnten Urteil unter Hinweis auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte festgehalten hat, haben die Staaten die Pflicht, ihren öffentlichen Gesundheitsdienst so zu organisieren, dass der Zugang der Patientinnen und Patienten zu diesen Diensten, auf die sie gesetzlich Anspruch haben, nicht behindert wird. Ähnlich bestätigte auch der Gerichtshof der Europäischen Union im Urteil Rs. C-243/19 vom 29.10.2020, dass ein Mitgliedstaat ein ausreichendes, ausgewogenes und kontinuierliches Angebot einer qualitativ hochwertigen Krankenhausversorgung diskriminierungsfrei bereithalten und die Überzeugungen der Patientinnen und Patienten berücksichtigen muss. Übernimmt also eine medizinische Einrichtung eine staatliche Aufgabe, muss sie diese auch effektiv und nicht elektiv erbringen – nicht nur im Prinzip.

Der zu Beginn beschriebene Fall des Listengeburtshauses ist fiktiv. Nicht fiktiv sind hingegen die Fälle von Zeugen Jehovas in der Schweiz, denen das Spitalmanagement den Zugang auch zu medizinischen Routine-Dienstleistungen generell verweigert. Sie werden vor ein Ultimatum gestellt: Entweder müssen sie eine für sie vom Spital speziell geschaffene Einverständniserklärung unterzeichnen, womit bereits vor dem Routineeingriff die Zustimmung zu einer hypothetischen und nicht indizierten Bluttransfusion gegeben wird, oder sie werden prinzipiell gar

nicht behandelt und gebeten, das Krankenhaus wieder zu verlassen, obwohl das Behandlungsteam durchaus bereit und willens wäre, sie zu behandeln (so z.B. im Urteil des Bundesgerichts 6B_730/2017 vom 7.3.2018). Damit verhindert die administrative Spitalleitung auch den Ärztinnen und Ärzten die von ihnen empfohlene Behandlung.

Eine generelle Behandlungsverweigerung mit Verweis auf ein vermeintlich erhöhtes Risiko stellt eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung dar. Dies entspräche der Logik, auch anderen Patientengruppen mit erhöhten Behandlungsrisiken – wie etwa Betagten, Diabetikern, Rauchern oder Personen mit regelmässigem Alkoholkonsum – grundsätzlich medizinische Leistungen zu verweigern.

Rechtlich ist – im Prinzip – klar: Patientinnen und Patienten, die Zeugen Jehovas sind, haben die gleichen Rechte wie alle anderen. Auch haben sie – wie alle anderen – Anspruch auf einen diskriminierungsfreien Zugang zu medizinischen Institutionen. Ihnen die gesamte medizinische Leistung aufgrund der Ablehnung zu einer hypothetischen Behandlungsmassnahme kategorisch zu verweigern, ist vergleichbar mit einem Geburtshaus, das Schwangeren die Entbindung verweigert, nur weil sie sich für eine Geburt ihrer Wahl entscheiden. Es ist vergleichbar mit der durch eine Spitaldirektion angeordneten Verweigerung der Behandlung für einen Krebspatienten, der keine Chemotherapie wünscht. Es ist, als ob ein Spital eine an Lungenentzündung Erkrankte nicht zur Behandlung aufnehmen würde, einzig weil sie keine Antibiotika einnimmt (z.B. infolge Allergie). Nichts anderes liegt vor, wenn das Spitalmanagement die Aufnahme und die Behandlung von Zeugen Jehovas generell verbietet oder von Vorbedingungen abhängig macht.

Das Fazit ist eindeutig: Die medizinethischen und rechtlichen Grundsätze verpflichten Gesundheitseinrichtungen, für alle Patientinnen und Patienten – unabhängig von ihrer Religionszugehörigkeit – angemessene Behandlungsalternativen zur Verfügung zu halten und diskriminierungsfrei anzubieten, anstatt eine Patientengruppe kategorisch abzuweisen. Im Prinzip ja, aber …

«… innert 30 Tagen seit Eröffnung …»

Hans-Ulrich Zürcher[*]

Im Zentrum öffentlich-rechtlicher Verfahren mit Anwendung verwaltungs- und staatsrechtlicher Vorschriften steht ein «Staat-Bürger-Kontakt» mit «durch ein Machtgefälle geprägten Autoritätsbeziehungen». In deren Rahmen werden Rechte und Pflichten wegen des zwingenden Charakters des öffentlichen Rechts «nicht ausgehandelt, sondern seitens der staatlichen Behörde einseitig festgelegt». Dies bedeutet «für Betroffene einen in psychologischer Hinsicht empfindlichen Kontrollverlust», der sie bisweilen «dünnhäutig» oder «hochsensibel» reagieren lässt[1], zumal es «häufig eine empfindliche Verletzung des Selbstwertgefühls» bedeutet, von einer autoritären Einrichtung der eigenen Gesellschaft ungerecht behandelt zu werden.[2]

Mit diesen bei Markus Müller entliehenen Aussagen führe ich in die allgemein bekannte Situation ein, dass sich ein öffentlich-rechtliches Verfahren vor einer Verwaltungs- oder Justizbehörde etliche Monate, bisweilen gar Jahre, und häufig auch ohne erkennbare Aktivitäten und Bewegung, hinziehen kann. Anwält:innen sehen sich in solchen Fällen nicht selten der Erwartung unzufriedener Klient:innen gegenüber, das Verfahren zu beschleunigen. Neben informellen Erinnerungsschreiben an die als säumig erachtete Behörde, kann auch ein formelles Vorgehen mittels einer Rechtsverzögerungsbeschwerde in Betracht gezogen werden, denn als «Minimalanforderung an ein rechtsstaatliches Verfahren gewährleistet Art. 29 Abs. 1 BV den Erlass eines Entscheides innerhalb einer angemessenen Frist». Deren Dauer «bestimmt sich nicht absolut», sondern «im Einzelfall unter Berücksichtigung der gesamten Umstände einer Angelegenheit wie Umfang und Bedeutung des Verfahrens, das Verhalten der betroffenen Privaten und der Behörden,

---

[*] Dr. iur., Fürsprecher (Bern 1993), seit 2012 als Rechtsanwalt in Bern tätig.

[1] Markus Müller, Psychologie im öffentlichen Verfahren, Bern 2010, 8 ff. und 36.

[2] Markus Müller, a.a.O., 27.

die Bedeutung für die Betroffenen sowie die für die Sache spezifischen Entscheidungsabläufe».[3] Angesichts dieser Umschreibung erweist sich als schwierig, die Erfolgsaussichten einer Rechtsverzögerungsbeschwerde einzuschätzen.[4]

Ungeachtet seiner Dauer, findet schliesslich jedes öffentlich-rechtliche Verfahren mit einer irgendwie gearteten Entscheidung[5] sein Ende. Soweit diese Entscheidung nicht das Bundesgericht als letzte Instanz fällt, steht dagegen in der Regel ein Rechtsmittel zur Verfügung. Es ist gebunden an eine «gesetzliche» Frist, die nicht verlängerbar[6] und deshalb zwingend einzuhalten ist. Diese Frist beträgt in der Regel 30 Tage seit «Eröffnung» bzw. Zustellung der Entscheidung, so insbesondere nach den Verwaltungsrechtspflegegesetzen des Bundes[7] und jener etlicher Kantone.[8] Teilweise gelten aber auch kürzere Fristen von z.B. 20 Tagen[9] oder gar nur 10 Tagen.[10]

Bei «Rechtsunterworfenen»[11] stösst immer wieder auf Unverständnis oder gar auf «Reaktanz»[12], dass ihnen in einem fast schon vergessenen Verfahren nach einer

---

3 Vgl. z.B. BGE 144 II 486 E. 3.2, mit weiteren Hinweisen auf die Rechtsprechung.

4 Anhaltspunkte ergeben sich immerhin z.B. aus BGE 144 II 486 E. 3.8 und 125 V 373 E. 2.b: Das Bundesgericht hat eine Rechtsverzögerung bejaht, weil nach 23 bzw. 27 Monaten ab Behandlungsreife (d.h., ab Beendigung des Instruktionsverfahrens) noch kein Entscheid vorlag. – Im letzteren Fall wurde dem Betroffenen allerdings eine «Verletzung seiner prozessualen Mitwirkungspflichten» vorgeworfen, weil er sich zuvor nie beim kantonalen Gericht nach dem Stand des Verfahrens erkundigt hatte.

5 Der Begriff Entscheidung wird hier als Oberbegriff für alle Arten von Ergebnissen von Verfahren wie Verfügungen, Einsprache- oder Verwaltungsbeschwerdeentscheide, gerichtliche Urteile etc. verwendet.

6 Vgl. z.B. BGE 143 V 71 E. 4.3.1, ausdrücklich z.B. § 28 Abs 3 VRG-AG oder Art. 43 Abs. 1 VRPG-BE.

7 Zentral sind Art. 50 Abs. 1 VwVG und Art. 100 Abs. 1 BGG.

8 Namentlich in den Kantonen Aargau (§ 40 Abs. 1bis und § 44 Abs. 1 VRG), Bern (Art. 54 Abs. 1, Art. 67 Abs. 1 und Art. 81 Abs. 1 VRPG), Graubünden (Art. 32 Abs. 2 und Art. 52 Abs. 1 VRG) und Zürich (§ 22 und § 53 VRG).

9 So z.B. im Kanton Zug für die Einsprache und die Verwaltungsbeschwerde (§ 36 Abs. 1 und § 43 Abs. 1 VRG).

10 So z.B. allgemein im Kanton Solothurn (u.a. § 32 Abs. 1 und § 67 Abs. 1 VRP).

11 Dieser m. E. überholte, aber noch immer verwendete Begriff (vgl. z.B. Urteil 9C_685/2023 des Bundesgerichts vom 23. April 2024, E. 2.3.5 und 2.3.8) kann bei Betroffenen gerade im hier behandelten Kontext auf verständliche Ablehnung stossen, weil er obrigkeitsstaatlich wirken und als Ausdruck eines Machtgefälles empfunden werden kann.

12 Begriff der Psychologie für «eine besonders aktive Form fehlender Akzeptanz», deren Gefahr sich tendenziell bei Gefühlen von «Ausgeliefertsein» erhöht (Markus Müller,

langen Dauer unvermittelt eine Entscheidung zugestellt wird, die zwingend ein Handeln innert einer vergleichsweise kurzen Rechtsmittelfrist erfordert. Dies gilt umso mehr, wenn die Eröffnung z.B. in die Sommerferien- oder in die Feiertagszeit am Jahresende fällt oder wenn die effektive und rechtzeitige Interessenwahrung durch die zeitweilige Abwesenheit von Adressatin bzw. Adressat und/oder Rechtsvertreterin bzw. -vertreter erschwert ist, zumal in kantonalen Verwaltungsrechtspflegeerlassen Fristenstillstandsregelungen nur teilweise bestehen[13] oder überhaupt fehlen.[14]

Die eingangs beschriebene Situation erscheint in mindestens zweifacher Hinsicht als ungleichseitig:

Funktional steht der verfahrensleitenden staatlichen Behörde das auf die blosse Reaktion beschränkte Individuum gegenüber.

Zeitlich besteht ein Missverhältnis zwischen einer langen Dauer des behördlich geleiteten Verfahrens und einer anschliessend unfehlbar einzuhaltenden Rechtsmittelfrist von 30 oder weniger Tagen.

Für den Abbau dieser Asymmetrie bieten sich insbesondere die folgenden Denkansätze an:

Wurde bis zum Verfahrensabschluss eine bestimmte Rechtshängigkeit bzw. Behandlungsreife überschritten, ist

1. die bevorstehende Zustellung der Entscheidung dem Individuum vorgängig mitzuteilen und die Vorankündigung als Element einer korrekten Eröffnung der Entscheidung auszugestalten. Diesfalls würde eine Unterlassung als mangelhafte Eröffnung gelten, aus welcher kein Rechtsnachteil erwachsen darf,[15]

---

a.a.O., 19). – Diese angespannte Gefühlslage dürfte durch die Verwendung des Begriffs «Rechtsunterworfen» (unnötigerweise) verstärkt werden.

13 Z.B. in den Kantonen Aargau (§ 28 Abs. 2 VRG) und Appenzell-Ausserrhoden (Art. 7 Abs. 1 VRPG) grundsätzlich nur in Verfahren vor den Verwaltungsjustizbehörden bzw. vor dem Obergericht oder z.B. im Kanton St. Gallen nur für bestimmte Rechtsgebiete (Art. 30 Abs. 2 VRP).

14 So z.B. in den Kantonen Bern und Luzern, wo die Einführung eines Fristenstillstands in der Verwaltungsrechtspflege in den Jahren 2022 (vgl. RRB 117/2022 vom 2. Februar 2022 und Tagblatt des Grossen Rates vom 17. März 2022, 548 und 551) bzw. 2015 (vgl. Botschaft 122 des Regierungsrates an den Kantonsrat vom 16. September 2014, 9 f., und Sitzungsprotokolle des Kantonsrats vom 26. Januar 2015, 142 ff., und vom 16. März 2015, 511 ff.) abgelehnt wurde.

15 So z.B. die Formulierung in Art. 44 Abs. 6 VRPG-BE.

oder

2. die reguläre gesetzliche Rechtsmittelfrist angemessen zu verlängern (je nach Dauer des vorangegangenen Verfahrens z.B. auf das Doppelte oder ein Mehrfaches).

Beide Lösungen in ihren Grundzügen (insbesondere bezüglich der Dauer der Rechtshängigkeit bzw. Behandlungsreife sowie der Vorankündigung bzw. der Fristverlängerung) rechtssatzmässig zu definieren (und ihre einzelfallweise Handhabung somit nicht einfach der jeweiligen Behörde zu überlassen), würde das Vertrauen in die Rechtsstaatlichkeit erhöhen.

Die erwähnte Asymmetrie abzubauen, erscheint nicht nur unter dem Aspekt der «Rechtsschutzgarantie»[16] bedenkenswert, sondern auch geeignet, um den Eindruck fairer Behandlung zu fördern bzw. das Gefühl des Ausgeliefertseins zu reduzieren und somit auch «die Akzeptanzbereitschaft staatlichem Handeln gegenüber» zu begünstigen – zumal das «individualpsychologische Phänomen» der Akzeptanz ein «Schlüsselfaktor» im öffentlichen Verfahren und «die eigentliche Schlüsselgrösse für wirksames Recht» ist.[17] Dies gilt insbesondere für Situationen, in der einer autoritär agierend erlebten staatlichen Behörde ein Individuum gegenüber steht, das sich bisweilen ohnmächtig ausgeliefert fühlende und auf blosse Reaktion beschränkt fühlt.

Gerade auch für das hier skizzierte Thema trifft deshalb zu, was Markus Müller bereits vor vielen Jahren erkannt, durchdacht und beschrieben hat: «Vieles ist Psychologie, auch im Recht».[18] Mit diesem kurzen Satz bringt er prägnant die vielen Erkenntnisse auf den Punkt, die er aus seiner interdisziplinären Auseinandersetzung gewonnen und in verdankenswerter Weise auch vielen Jurist:innen nähergebracht hat.

---

16 Gemäss Andreas Kley «das konstitutive Element des Rechts auf ein rechtsstaatliches Verfahren» (Art. 6 EMRK als Rechtsschutzgarantie gegen die öffentliche Gewalt, Zürich 1993, 25).

17 Markus Müller, a.a.O., 5 und 17 f.

18 A.a.O., Rückseite des Einbands.