

Serdar Bayana
Barbara Borkowski
Mërgim Gutaj
Gishok Kiritharan (Hrsg.)

RECHT UND REALITÄT

Analysen und Perspektiven von Assistierenden des
Rechtswissenschaftlichen Instituts der Universität Zürich

Serdar Bayana
Barbara Borkowski
Mërgim Gutaj
Gishok Kiritharan
(Hrsg.)

Recht und Realität

APARIUZ XXVI

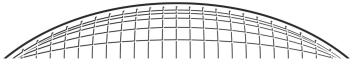
Mit Beiträgen von
Fabrice Buchli
Alexandra Glarner
Mërgim Gutaj
Aylin Kogumtekin
Lucile Pasche
Lisa Reggiani
Alexander B. Rom
Niklaus Julian Sempach
Vivian Stein
Hanna Stoll
Jacqueline Walder
Clio Zubler

Mit einem Gastbeitrag von
Alice Margaria
Florina Markwalder

Der 26. Band der APARIUZ-Schriftenreihe wurde unterstützt durch das Prodekanat Forschung und Nachwuchsförderung der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich



**Universität
Zürich** ^{UZH}



Rechtswissenschaftliche Fakultät

und der Anwaltskanzlei Public Sector Law



PUBLIC SECTOR LAW



Recht und Realität Copyright © by Serdar Bayana; Barbara Borkowski; Mërgim Gutaj; and Gishok Kiritharan is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/), except where otherwise noted.

© 2025 – CC BY-NC-ND

Verlag: EIZ Publishing (eizpublishing.ch), Bellerivestrasse 49, 8008 Zürich,
eizpublishing@europa-institut.ch

Herausgeber: Serdar Bayana, Barbara Borkowski, Mërgim Gutaj, Gishok Kiritharan
ISBN:

978-3-03994-025-7 (Print – Softcover)

978-3-03994-026-4 (Print – Hardcover)

978-3-03994-027-1 (ePub)

DOI: <https://doi.org/10.36862/68SK-6DHR>

Version: 1.01 – 20250911

Dieses Werk ist als gedrucktes Buch sowie als E-Book (open access) in verschiedenen Formaten verfügbar. Weitere Informationen finden Sie unter der URL:

<https://eizpublishing.ch/publikationen/recht-und-realitaet/>.

Vorwort

Bereits seit 1999 legt der rechtswissenschaftliche Nachwuchs der Universität Zürich im Rahmen der Schriftenreihe APARIUZ (Analysen und Perspektiven von Assistierenden des Rechtswissenschaftlichen Instituts der Universität Zürich) alljährlich einen Sammelband mit Beiträgen zu einem übergreifenden Thema vor. Als Herausgebende des 26. Bandes freuen wir uns, diese Tradition weiterzuführen.

Der 26. Band steht unter dem Leitthema «Recht und Realität». Das Verhältnis zwischen Recht und Realität ist von zentraler Bedeutung für das Verständnis unserer Gesellschaft. Während das Recht als Regelungs- und Normensystem die Grundlage für das Zusammenleben bildet, wird die Realität von einer Vielzahl von Faktoren geprägt, die oft komplex und dynamisch sind. Diese Wechselwirkung zwischen Recht und Realität wirft grundlegende Fragen auf, die das Herzstück des kommenden APARIUZ-Sammelbandes bilden. In vielen Fällen hinkt das Recht der Realität tatsächlich hinterher – neue Technologien, gesellschaftliche Veränderungen und komplexe zwischenmenschliche Beziehungen können dazu führen, dass das Recht an Relevanz und Wirksamkeit verliert. Andererseits kann das Recht auch die gelebte Realität richtungsweisend formen und verändern.

In einer Welt, die sich ständig verändert und weiterentwickelt, ist es von entscheidender Bedeutung, zu verstehen, wie sich rechtliche Normen auf die tatsächlichen Lebensumstände von Individuen und Gemeinschaften auswirken. Gleichzeitig stellt sich die Frage, inwieweit das Recht in der Lage ist, den Herausforderungen und Entwicklungen der Realität gerecht zu werden und angemessene Lösungen anzubieten. Doch wie stark spiegelt das Recht die Realität wider? Und inwieweit formt die Realität wiederum das Recht? Wie reagieren Gesetze auf soziale, technologische und politische Veränderungen? Wie beeinflussen gesellschaftliche Entwicklungen die Entstehung neuer Rechtsnormen? Was ist Realität, aber noch nicht Recht?

Diese grundlegenden Fragen wurden von den Autorinnen und Autoren in diesem Band intensiv untersucht und die Ergebnisse in elf ausgezeichneten Beiträgen vorgestellt. Die Beiträge zeugen von einer beeindruckenden inhaltlichen Vielfalt, sorgfältiger wissenschaftlicher Arbeit und innovativen Gedankengängen. Sie spiegeln nicht nur den aktuellen Stand der rechtswissenschaftlichen Forschung wider, sondern setzen auch richtungsweisende Impulse für die Weiterentwicklung der einzelnen Rechtsfragen. Der wissenschaftliche Nachwuchs zeigt eindrucksvoll, dass die Rechtswissenschaft lebendig und zukunftsgerichtet ist. Es

sind gerade dieser Weitblick und das hohe wissenschaftliche Niveau, die die Qualität und den Wert der hier versammelten Beiträge ausmachen. Unser besonderer Dank gilt daher allen Autorinnen und Autoren, die mit ihrem hingebungsvollen Einsatz massgeblich den 26. Band dieser Schriftenreihe geprägt haben. Ihr Engagement und Interesse zeigen, dass die Zukunft der Rechtswissenschaft in guten Händen ist. Unser Dank gebührt auch den Gastautorinnen PROF. ALICE MARGARIA und FLORINA MARKWALDER, die nicht nur einen wertvollen und beachtlichen Beitrag für unseren Sammelband, sondern auch für die Rechtswissenschaft als solche geleistet haben.

Unseren herzlichsten Dank möchten wir auch dem Team des EIZ Publishing aussprechen. Ohne ihren tatkräftigen Einsatz und die wertvolle Zusammenarbeit wäre es uns nicht möglich gewesen, dieses Projekt umzusetzen. Ihre Unterstützung und intensive Begleitung während der Arbeit an diesem Sammelband schätzen wir sehr. Insbesondere gilt unser Dank DR. TOBIAS BAUMGARTNER, SOPHIE TSCHALÈR und PETRA BITTERLI. Zudem bedanken wir uns an allen Beteiligten, die mit vollem Engagement das aufwändige Korrektorat und die inhaltliche Durchsicht innerhalb des Peer-Reviews durchgeführt haben. Nur durch ihre Hingabe können wir schliesslich diesen qualitativ wertvollen Sammelband präsentieren, der sich durch einen hohen Grad an Wissenschaftlichkeit auszeichnet. Unser Dank gebührt auch DOMINIK HUBER, der durch die Gestaltung des Buchcovers einen wesentlichen Beitrag geleistet hat.

Wir möchten uns auch herzlich bei unseren Vorgängerinnen JASMINA BUKOVAC, PIA HUNKEMÖLLER und CLIO ZUBLER bedanken. Sie haben nicht nur einen bemerkenswerten Sammelband herausgegeben, der das 25. Jubiläum der Schriftenreihe APARIUZ markiert, sondern haben auch durch ihren hingebungsvollen Einsatz, tatkräftige Unterstützung und kreative Originalität die Zukunft der APARIUZ-Reihe nachhaltig beeinflusst. Für ihre Begleitung und Hilfestellung sind wir sehr dankbar.

Zudem möchten wir unseren herzlichen Dank an jene Personen aussprechen, ohne die wir dieses Projekt nicht hätten umsetzen können. Ein grosser Dank gebührt dem Dekan der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich, PROF. THOMAS GÄCHTER, dem Prodekanat für Forschung und Nachwuchsförderung, insbesondere PROF. HELMUT HEISS und RAHEL REICHLIN, MARIANNE DOBER vom Prodekanat Ressourcen/Finanzen sowie dem gesamten Fakultätsvorstand der Rechtswissenschaftlichen Fakultät. Ohne ihre grosszügige finanzielle Unterstützung und die wertvolle Begleitung wäre die Realisierung des Projekts nicht möglich gewesen.

Wir schätzen auch die Unterstützung und Nachwuchsförderung aus der Praxis und bedanken uns ganz herzlich bei der Anwaltskanzlei Public Sector Law, insbesondere bei DR. ESTHER ZYSSET, die einen substanziellen Beitrag zur Finanzierung unseres Projekts geleistet haben.

Die APARIUZ-Schriftenreihe hat eine langjährige Tradition und hat sich zu einem unverzichtbaren Bestandteil des wissenschaftlichen Nachwuchses der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich entwickelt. Wir danken allen Herausgeberinnen und Herausgebern der letzten 25 Bände und wünschen dem Herausgeberteam des nächsten Bandes viel Erfolg und Freude bei der Umsetzung ihres Projektes.

Zürich, im August 2025

Serdar Bayana
Barbara Borkowski
Mërgim Gutaj
Gishok Kiritharan

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	IX
Autorinnen- und Autorenverzeichnis	XI
Herausgeberinnen- und Herausgeberverzeichnis	XV

Gastbeitrag	1
--------------------	----------

Alice Margaria / Florina Markwalder	
Who Qualifies as a “Worthy-to-be-Created Family”?	3

Recht und Familie	25
--------------------------	-----------

Fabrice Buchli / Aylin Kogumtekin	
Gemeinsam veranlagt, ungerecht behandelt?	27

Recht und Gesellschaft	41
-------------------------------	-----------

Niklaus Julian Sempach	
Cannabis: Legalisierung Light?	43

Vivian Stein	
Wenn Drogen heilen	57

Jacqueline Walder	
Vom einsamen Wolf zur Terroristen-Ikone – Im Hinblick auf eine terroristische Straftat	73

Recht und Technologie	93
------------------------------	-----------

Lucile Pasche	
Protection des données personnelles et responsabilité de l'Etat	95

Lisa Reggiani	
Kryptomixer im Lichte des Geldwäschereitbestandes nach Art. 305 ^{bis} StGB	111

Alexander B. Rom	
«ChatGPT, konzipiere mir eine neue Urheberrechtsordnung»	127

Hanna Stoll

Recht und Realität der digitalen Identitätskonstruktion in EU-Informationssystemen	155
---	-----

Recht und Staat	179
------------------------	-----

Alexandra Glarner

Der mögliche Einfluss von Art. 12 Abs. 1 KIG auf die Umsetzung der Klimaziele in der Schweiz	181
---	-----

Mërgim Gutaj

Ist die Unterschriftenzahl der Volksinitiative noch zeitgemäss?	199
---	-----

Clio Zubler

Realitätscheck Ständemehr	217
---------------------------	-----

Autorinnen- und Autorenverzeichnis

FABRICE BUCHLI studierte Rechtswissenschaft an der Universität Zürich und schloss Anfang 2024 seinen Master of Law (MLaw) ab. Während des Studiums und danach war er am Lehrstuhl für Schweizerisches und Internationales Steuerrecht bei Prof. Dr. iur. Madeleine Simonek tätig. Seit Herbst 2024 arbeitet er als Auditor am Bezirksgericht Zürich.

ALEXANDRA GLARNER studierte Rechtswissenschaften an den Universitäten Fribourg und Zürich sowie am King's College London. Sie ist als wissenschaftliche Assistentin am Lehrstuhl für Öffentliches Recht mit internationaler und rechtsvergleichender Ausrichtung von Prof. Dr. Daniel Moeckli tätig und verfasst ihre Dissertation im Bereich des Umweltvölkerrechts.

AYLIN KOGUMTEKIN studierte Rechtswissenschaft an der Universität Zürich und schloss Anfang 2024 ihren Master of Law (MLaw) ab. Während des Studiums und danach war sie am Lehrstuhl für Schweizerisches und Internationales Steuerrecht bei Prof. Dr. iur. Madeleine Simonek tätig. Im Sommer 2024 begann sie ihr Auditorat am Bezirksgericht Zürich, wo sie seit Frühling 2025 als Gerichtsschreiberin tätig ist.

ALICE MARGARIA, Gastautorin, ist seit 2023 Assistenzprofessorin für Rechtsfragen der Reproduktion und Humangenetik und Co-Direktorin des Universitären Forschungsschwerpunkts «Human Reproduction Reloaded» an der Universität Zürich.

FLORINA MARKWALDER hat den Bachelor of Law an der Universität Zürich absolviert und studiert derzeit im zweisprachigen Master of Law an den Universitäten Zürich und Lausanne. Ein Austauschsemester führte sie ausserdem an die Universität Genf. Seit mehreren Jahren arbeitet sie zudem als wissenschaftliche Hilfsassistentin am Lehrstuhl von Prof. Dr. iur. Dr. h.c. Andrea Böhler.

LUCILE PASCHE hat einen Bachelor of Law der Universität Lausanne und einen zweisprachigen Master of Law der Universitäten Lausanne und Zürich absolviert. Sie arbeitet als Doktorandin am Lehrstuhl von Prof. Dr. Felix Uhlmann und verfasst Ihre Dissertation im Bereich der Übertragung von Verwaltungsaufgaben und dem Datenschutzrecht. Sie arbeitet ausserdem als Juristin in einer Anwaltskanzlei im Kanton Waadt.

LISA REGGIANI studierte Rechtswissenschaft an der Universität Zürich. Sie ist Doktorandin an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich und verfasst ihre Dissertation zur Geldwäscherei mittels dezentraler Finanzanwendungen. Derzeit ist sie als wissenschaftliche Assistentin am Lehrstuhl für Strafrecht und Strafprozessrecht von Prof. Dr. Gian Ege tätig. Zuvor arbeitete sie am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminologie von Prof. Dr. Christian Schwarzenegger.

ALEXANDER ROM doktoriert an der Universität Zürich, wo er als wissenschaftlicher Assistent am Lehrstuhl für Rechtssoziologie von Prof. Dr. iur. Christoph Beat Graber wirkt. In seiner Dissertation untersucht er die Normativität des Rechts in Zeiten des beschleunigenden technologischen Wandels anhand des Beispiels der Auswirkungen generativer künstlichen Intelligenz auf die Grundlagen des Urheberrechts. Aktuell unternimmt er im Rahmen seiner Dissertation einen Forschungsaufenthalt an der National Taiwan University in Taipei. Vor dem Doktorat war er im IP/IT-Team einer Wirtschaftskanzlei in Zürich tätig.

NIKLAUS JULIAN SEMPACH studierte Rechtswissenschaften an der Universität Zürich. Er ist als wissenschaftlicher Assistent am Lehrstuhl für Strafrecht und Strafprozessrecht von Prof. Dr. Gian Ege tätig und verfasst seine Dissertation zu Täterschaftsfragen im Wirtschaftsstrafrecht und im Kontext der organisierten Kriminalität.

VIVIAN STEIN studierte Rechtswissenschaften an der Universität Zürich und schloss ihren Master 2024 summa cum laude ab. Sie ist derzeit Doktorandin an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich und arbeitet als wissenschaftliche Assistentin an Prof. Dr. Bommers Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht und internationalem Strafrecht.

HANNA STOLL doktoriert im Rahmen des universitären Forschungsschwerpunktes «Equality of Opportunity» zum Thema «Access to Justice» im Bereich der europäischen Migrationsdatenbanken. Sie hat an der Universität Zürich, Freiburg i.Ü. und Jerusalem studiert und am Lehrstuhl von Prof. Dr. Matthias Mahlmann für Philosophie und Theorie des Rechts, Rechtssoziologie und Internationales Öffentliches Recht gearbeitet. 2021 hat sie die Anwaltsprüfung absolviert.

JACQUELINE WALDER studierte Rechtswissenschaften an der Universität Zürich und war anschliessend bei der Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich tätig. Sie arbeitet als wissenschaftliche Assistentin am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht und Internationales Strafrecht von Prof. Dr. Felix Bommer an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich und verfasst ihre Dissertation im Internationalen Strafrecht.

CLIO ZUBLER studierte Rechtswissenschaft an den Universitäten Zürich und Lausanne. Sie ist Doktorandin an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich und verfasst ihre Dissertation zum Ausgabenreferendum. Zudem arbeitet sie als wissenschaftliche Assistentin an Prof. Dr. Glasers Lehrstuhl für Staats-, Verwaltungs- und Europarecht unter besonderer Berücksichtigung von Demokratiefragen.

Herausgeberinnen- und Herausgeberverzeichnis

SERDAR BAYANA studierte Rechtswissenschaften an der Universität Zürich. Er arbeitet als wissenschaftlicher Assistent am Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht sowie Rechtsetzungslehre von Prof. Dr. iur. Felix Uhlmann und am Zentrum für Rechtsetzungslehre (ZfR) der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich. Er verfasst seine Dissertation im Bereich Staatsrecht und Rechtsetzung. Zudem ist er am SNF-Forschungsprojekt «Large-Scale Political Participation: Issue Identification, Deliberation, and Co-creation» beteiligt.

Mag. BARBARA BORKOWSKI studierte Rechtswissenschaften an der Universität Wien. Nach ihrem Abschluss war sie am Gericht sowie im österreichischen Bundesministerium für Justiz tätig, bevor sie im November 2022 ihre Tätigkeit als wissenschaftliche Assistentin am Lehrstuhl für Privatrecht und Rechtsvergleichung von Prof. Dr. iur. Dr. h.c. Andrea Bächler begann. Seit Dezember 2024 ist sie am Lehrstuhl für Privatrecht mit Schwerpunkt ZGB von Prof. Dr. iur. Walter Boente tätig. Im Rahmen ihres Dissertationsprojekts forscht sie insbesondere zu Rechtsfragen an der Schnittstelle zwischen Familienrecht und dem übrigen Privatrecht unter besonderer Berücksichtigung rechtsvergleichender Aspekte. Im Herbst 2024 führte sie dieses Vorhaben im Rahmen eines Forschungsaufenthaltes an das Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Privatrecht in Hamburg.

MƏRGİM GUTAJ studierte Wirtschaftsrecht an der Zürcher Hochschule für Angewandte Wissenschaften und schloss danach seinen Master of Law an der Universität Luzern ab. Derzeit verfasst er seine Dissertation an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich im Bereich Digitale Demokratie und arbeitet als wissenschaftlicher Assistent am Lehrstuhl von Prof. Dr. iur. Felix Uhlmann für Staats- und Verwaltungsrecht sowie Rechtsetzungslehre und am Zentrum für Rechtsetzungslehre (ZfR).

GISHOK KIRITHARAN studierte Rechtswissenschaften an der Universität Bern. Bis zur Emeritierung von Prof. Dr. iur. Schwarzenegger war er als wissenschaftlicher Assistent an dessen Lehrstuhl tätig und ist derzeit wissenschaftlicher Assistent bei Prof. Dr. iur. Ege. Aktuell ist er Doktorand an der Universität Zürich, wo er zum Thema Identitätsmissbrauch promoviert und sich mit strafrechtlichen Fragestellungen befasst. In seiner Dissertation untersucht er die strafrechtliche Erfassung von Identitätsmissbrauch, analysiert die geltende Gesetzeslage und entwickelt Vorschläge zur dogmatischen Klärung sowie zur systematischen Einordnung des Tatbestands.

Gastbeitrag

Who Qualifies as a “Worthy-to-be-Created Family”?

The Present and the Future of the Swiss Reproductive Medicine Act

Alice Margaria / Florina Markwalder

Table of Contents

I.	Introduction: Changing Families and the Role of Law	3
II.	The Current Swiss Reproductive Medicine Act	8
III.	Same-Sex Marriage and Co-Motherhood	11
IV.	The Future of the RMA: Opening Up Gamete Donation	15
V.	The Non-Future of the RMA: Surrogacy	20
VI.	Conclusion	24

I. Introduction: Changing Families and the Role of Law

Family life being one of the fastest-changing domains of social life, it is not surprising that the (dis)connection between law and reality has been a central focus of scholarly debates on the legal regulation of families for several decades now. The traditional nuclear family – comprising a heterosexual, married couple, with biological children, all living under the same roof and operating according to a gendered division of labour¹ – has gradually lost its dominance, at least empirically. A range of social, legal and medical developments have led to a growing family diversity on the ground, affecting both family formation and the ways in which family relationships are experienced, at least in western countries. In societal terms, therefore, the traditional nuclear family continues to exist but now coexists alongside a growing array of non-traditional family constellations.

Among the most frequently cited indicators of this shift are rising rates of divorce and separation, coupled with an increase in non-formalised relationships.² These trends suggest that marriage is no longer widely perceived as a

¹ MCGLYNN CLAIRE, *Families and the European Union: Law, Policy and Pluralism*, Cambridge 2006, 23.

² Since 1964, the crude marriage rate in the European Union has declined by approximately 50% falling from 8.0 to 4.0 per 1'000 inhabitants by 2023. Over the same period, the

life-long commitment, nor is it chosen as the preferred or even necessary legal route to formalise a romantic relationship. As a result, an increasing number of children are born and raised outside a marital setting.³ Moreover, in most European states, the institution of marriage has expanded to include same-sex couples,⁴ contributing – albeit to varying degrees – to enhanced legal protection and recognition for (prospective) same-sex parents.

Another significant driver for change has been the increased participation of women in paid employment. Despite persisting leadership⁵ and pay gaps⁶, the male breadwinner / female caretaker model has been increasingly challenged,

crude divorce rate has more than doubled, rising from 0.8 to 2.0 per 1'000 inhabitants (Eurostat, Marriage and divorce statistics, available at <https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Marriage_and_divorce_statistics#:~:text=The%20proportion%20of%20live%20births,children%20were%20born%20inside%20marriage>). A similar pattern is evident in Switzerland, where the crude divorce rate reached 1.8 per 1'000 inhabitants in 2023 (Federal Statistical Office, Marriages and Divorces, available at <<https://www.bfs.admin.ch/bfs/en/home/statistics/population/marriages-partnerships-divorces/divortiality.assetdetail.32486261.html>>).

³ In 2023, 30.3% of children in Switzerland were born outside of marriage (Federal Statistical Office, Births and deaths, available at <<https://www.bfs.admin.ch/bfs/en/home/statistics/population/births-deaths.html>>), compared to 41.1% in the European Union (Eurostat, Marriage and divorce statistics, available at <https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Marriage_and_divorce_statistics#:~:text=The%20proportion%20of%20live%20births,children%20were%20born%20inside%20marriage>).

⁴ In Switzerland, same-sex marriage was introduced on 1 July 2022. See [Section III](#) of this paper. In the European Union, only a few countries have not yet opened marriage to same-sex couples (European Parliament, The rights of LGBTI people in the European Union, Briefing, May 2023, 6, available at <[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2023/747896/EPRS_BRI\(2023\)747896_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2023/747896/EPRS_BRI(2023)747896_EN.pdf)>).

⁵ In Switzerland, women held 28.4% of management positions in 2024, an increase from 25.5% ten years ago. The ratio of women on boards is slightly lower at 24.7%, but has also experienced a small rise from 21.9% over the past decade. The Cantons of Aargau and Basel recorded the highest proportion of women in management at 29.9% (CRIF, Ratio of women at the management level is 28.4%, available at <<http://www.crif.com/knowledge-events/news-events/the-ratio-of-women-in-management-in-switzerland/>>). This figure falls below the average of 34.8% of women in management positions across the European Union in 2023, which increased from 31.8% since 2014. In 2023, the highest ratio of women was recorded in Sweden at 43.7%, closely followed by Latvia (42.9%) and Poland (42.3%) (Eurostat, 3.7 million women held managerial positions in 2023, available at <<https://ec.europa.eu/eurostat/web/products-eurostat-news/w/edn-20250305-1>>).

⁶ In 2022, Switzerland reported a gender pay gap of 9.5%, indicating that, on average, women earned 9.5% less than men for comparable work (Federal Statistical Office, Gender pay gap between women and men, available at <<https://www.bfs.admin.ch/bfs/en/home/statistics/work-income/wages-income-employment-labour-costs/earnings-structure/wage-gap.assetdetail.30226089.html>>). By comparison, the European Union recorded a gender pay gap of 12% for 2023 (Eurostat, Gender pay gap statistics, available at <https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Gender_pay_gap_statistics>).

in parallel with the emergence of “new fatherhood” ideals.⁷ Today, many fathers are more involved in, or at least more committed to, household chores and caregiving. However, women still bear the primary responsibility for the private sphere, often juggling professional responsibilities as well (the so-called “double shift”).⁸

Developments in reproductive medicine have further diversified family realities, in particular how families are formed. Assisted reproductive technologies (ARTs) increase the chances for infertile aspiring parents – typically those with the resources to undertake often lengthy and costly fertility journeys – to have children. Beyond its practical impact, ARTs have also prompted significant conceptual and normative reconsiderations of what defines a family and what makes someone a parent – legally and socially. MARYLIN STRATHERN, for instance, suggested that, following the advent of assisted reproduction in the Euro-American context, biology’s “status of a prior fact” has been dispensed with, and “nature” has lost “its grounding function” in establishing kinship.⁹ Other scholars, such as SARAH FRANKLIN, have by contrast highlighted how ARTs “reproduce, and condense, familiar narratives” and may entrench, rather than destabilise, fundamental assumptions about kinship, including genetic relatedness and the naturalness of reproduction.¹⁰

⁷ See, for instance, PLECK JOSEPH H., American Fathering in Historical Perspective, in: Kimmel Michael S. (ed.), *Changing Men, New Directions in Research on Men and Masculinity*, Newbury Park 1987, 83 ff.; CARACCILO DI TORELLA EUGENIA, Brave New Fathers for a Brave New World? Fathers as Caregivers in an Evolving European Union, *European Law Journal* 20(1) 2014, 88 ff.

⁸ HOCHSCHILD ARLIE RUSSELL/MACHUNG ANNE, *The Second Shift: Working Parents and the Revolution at Home*, London 1989. In Switzerland, the labour market participation rate for women in 2024 was 62.9%, still lower than the 72.2% rate for men. However, the gap has narrowed compared to ten years earlier, decreasing from 12.2% in 2014 to 9.3% in 2024. Despite this progress, women continue to spend significantly more time on domestic and family work – 32.4 hours per week compared to 22.0 hours for men (Federal Statistical Office, Time spent on domestic and family workload by task, available at <<https://www.bfs.admin.ch/bfs/en/home/statistics/work-income/employment-working-hours/balancing-unpaid-work/domestic-family-work.assetdetail.35607563.html>>). Similarly, across the European Union, women are considerably more involved in domestic and family work than men. The gender gap is largest in Turkey, where women spend 3 hours and 16 minutes more per day on these tasks than men, followed by Italy (2 hours and 47 minutes) and Greece (2 hours and 21 minutes). The smallest gap is observed in Norway, at 47 minutes (Eurostat, How do women and men use their time, available at <https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=How_do_women_and_men_use_their_time_-_statistics#Women_are_more_involved_in_household_and_family_care_activities>).

⁹ STRATHERN MARILYN, *After Nature*, Cambridge 1992, 194.

¹⁰ FRANKLIN SARAH, *Biological Relatives: IVF, Stem Cells, and the Future of Kinship*, Durham 2013, 6 f.

In conjunction with these biomedical and societal changes, the law itself has consistently played an active role in (re)constructing understandings of “family” and “parenthood”. Various legal branches contribute to determining who qualifies as a legal family – first of all, filiation law, which regulates the attribution of legal parenthood and, consequently, which parent-child relationships deserve legal recognition. In Switzerland, the lack of a long-overdue comprehensive reform of filiation law means that the current provisions of the CC¹¹ continue to largely reflect the traditional nuclear family model. According to Swiss law, the person who gives birth to a child is always regarded as the legal mother (*mater semper certa est*, Art. 252 para. 1 CC), and the legal parent-child relationship to the other parent is formed through marriage to the mother, or, in some cases, by recognition or court declaration (Art. 252 para. 2 CC). These provisions remain out of step with contemporary realities and are in urgent need of reform – a conclusion supported by a government-appointed expert group in 2021.¹²

The law engages in defining who and what constitutes a family even before parent-child relationships come into existence, for instance, by facilitating or restricting the possibility of having children. Reproductive medicine law, in particular, tells us who is considered a “worthy-to-be-created family”. Although medically available, ARTs are not equally accessible to all prospective parents. Legal frameworks establish eligibility requirements – which vary across countries – and may include age limits, marital status (at times indirectly excluding same-sex couples), and couplehood (thereby excluding single individuals). Financial considerations also play a critical role in determining access to ARTs. The extent to which ART-related costs are covered by the state or health insurance significantly impacts who can realistically pursue

¹¹ Swiss Civil Code of 10 December 1907 (CC, SR 210).

¹² The Federal Office of Justice set up an interdisciplinary group of experts to examine whether the current filiation law still reflects social realities in Switzerland. The expert group confirmed the need for reform in its report and made appropriate recommendations (Reformbedarf im Abstammungsrecht, Bericht und Empfehlungen der Expert-innen-gruppe vom 21. Juni 2021, available at <<https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/gesellschaft/gesetzgebung/abstammungsrecht.html>>). It has not yet been finally decided which recommendations will be implemented and to what extent. In its report, the Federal Council expressed support for reforms concerning the contestation of the presumption of paternity, the regulation of private sperm donation, the legal status of all parties involved in a child's conception, and the right to know one's origins (Reformbedarf im Abstammungsrecht, Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulats 18.3714 vom 17. Dezember 2021, available at <<https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/gesellschaft/gesetzgebung/abstammungsrecht.html>>).

these technologies. Together, these requirements make access to ARTs – and reproduction more broadly – highly stratified.¹³

This paper focuses on the Swiss RMA¹⁴ and sheds light on the image of the “worthy-to-be-created family” that emerges from its provisions, read in conjunction with the filiation law rules governing the attribution of legal parenthood. This analysis is particularly timely given the ongoing comprehensive reform of the RMA announced by the Swiss Federal Council in January 2025, following the Parliament’s request to permit and regulate egg donation for married couples in 2022.¹⁵ The discussion will be guided by two interrelated questions: who is currently included and excluded – or likely to be included or excluded, considering the pending reform – among the beneficiaries of the RMA? What is the emerging understanding of “family” within this legal framework, and how does it align or diverge from contemporary family realities?

The analysis will be structured as follows: After this introduction, [Section II](#) delves into the current text of the RMA, outlining prohibited practices and the eligibility requirements for ARTs. In [Section III](#), the focus shifts to the recent legalisation of same-sex marriage, its impact on lesbian couples’ access to sperm donation under the RMA and the legal recognition of co-motherhood since birth. [Section IV](#) explores the anticipated key changes stemming from the pending reform, specifically the removal of the ban on egg donation and the extension of gamete donation to both married and unmarried couples. Whilst the implementation of (some or all of) these changes appears to be plausible, the current prohibition of surrogacy is expected to remain in force, and [Section V](#) analyses how the Swiss Federal Supreme Court has so far addressed the determination of legal parenthood following surrogacy arrangements abroad. Finally, [Section VI](#) will conclude by synthesising the findings and sketching the contours of the “worthy-to-be-created family”.

¹³ See for instance SHELLEE COLEN, “Like a Mother to Them”: Stratified Reproduction and West Indian Childcare Workers and Employers in New York, in: Ginsburg Faye D./Rapp Rayna (ed.), *Conceiving the New World Order, The Global Politics of Reproduction*, Berkeley 1995, 78 ff.; SMETANA MARCIN/THOMPSON CHARIS/TWINE FRANCE WINDDANCE, *Making and breaking families – reading queer reproductions, stratified reproduction and reproductive justice together*, *Reproductive Biomedicine and Society Online* (7) 2018, 112 ff.

¹⁴ Federal Act on Medically Assisted Reproduction of 18 December 1998 (Reproductive Medicine Act, RMA, SR 810.11).

¹⁵ Press Conference by the Federal Council on 30 January 2025 on the scope of the revision of the RMA; as summarised in the Media Statement, under News Service Bund, Fortpflanzungsmedizin: Bundesrat beschliesst Eckwerte für die Zulassung der Eizellenspende, available at <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-103995.html>>.

II. The Current Swiss Reproductive Medicine Act

Compared to many other countries, Switzerland takes a rather restrictive approach to regulating reproductive medicine. The current legal framework originated in the 1980s, when a Popular Initiative “against the misuse of reproduction and genetic technology on humans”¹⁶ was submitted, aiming to regulate and restrict the use of reproductive medicine and gene technology without banning their responsible use outright.¹⁷ In response, the Federal Council presented a counterproposal to address various linguistic and substantive shortcomings in the original text,¹⁸ which was ultimately approved by voters in 1992 and – largely unchanged – forms the basis of the current regulation in Arts. 119 and 120 Fed. Cst.¹⁹

The RMA entered into force on 1 January 2001. It was accompanied by the RMO²⁰ – including implementing provisions concerning licensing, reporting and supervision as well as data protection²¹ – and another ordinance²² which established the National Advisory Commission on Biomedical Ethics – an official body responsible for evaluating and providing guidance on the ethical challenges posed by advances in biomedical and biotechnological research.²³

More than two decades later, the RMA remains the cornerstone of ART regulation in Switzerland. It not only defines which procedures are permitted or prohibited but also regulates who may access them. Aside from a few minor revisions, the legislation underwent one partial reform in 2017, with

¹⁶ The detailed text of the initiative can be found under Federal Chancellery, Eidgenössische Volksinitiative “gegen Missbräuche der Fortpflanzungs- und Gentechnologie beim Menschen”, available at <<https://www.bk.admin.ch/ch/d/pore/vi/vis182t.html>>.

¹⁷ Botschaft des Bundesrats vom 18. September 1898 zur Volksinitiative “gegen Missbräuche der Fortpflanzungs- und Gentechnologie beim Menschen”, BBl 1899 III 989, 994. For more information on the history and development of the RMA, please see Federal Office of Public Health, Legislative projects regarding reproductive medicine, available at <<https://www.bag.admin.ch/en/legislative-projects-regarding-reproductive-medicine>>; for a more comprehensive and detailed overview, SHK FMedG-RÜTSCHÉ/ZEGG, Quellen und Entwicklungsgeschichte des Fortpflanzungsmedizinrechts, starting at p. 45, Stämpfli Handkommentar, Fortpflanzungsmedizinengesetz (FMedG), in: Böhler Andrea/Rütsche Bernhard (ed.), Bern 2020 (cit. SHK FMedG-AUTHOR).

¹⁸ BBl 1899 III (fn. 17), 994 ff.

¹⁹ Federal Constitution of the Swiss Confederation of 18 April 1999 (Fed. Cst., SR 101). For an account of the historical development of domestic provisions, see SHK FMedG-RÜTSCHÉ/ZEGG, Quellen und Entwicklungsgeschichte des Fortpflanzungsmedizinrechts, para. 63 ff.

²⁰ Reproductive Medicine Ordinance of 4 December 2000 (RMO, SR 810.112.2).

²¹ See Art. 14 and Art. 25 para. 3 RMA.

²² Verordnung über die nationale Ethikkommission im Bereich der Humanmedizin vom 4. Dezember 2000 (VNEK, SR 810.113).

²³ See Art. 1 para. 3 RMA.

the introduction of “pre-implantation genetic diagnosis (PGD)” – allowing for the genetic testing of embryos in vitro.²⁴ However, this revision did not fundamentally alter the RMA’s overall restrictive stance, and, unsurprisingly, the “European Atlas of Fertility Treatment Policies” initiative – which compared fertility services and policies across 49 European countries – ranked Switzerland among the lowest due to limited access and inadequate public funding for ARTs.²⁵ Within the text of the RMA, this restrictive approach is primarily justified on the grounds of human dignity, personality rights, and the protection of the family (see Art. 1 para. 2 RMA).

Among the explicitly forbidden practices, the RMA lists embryo and egg donation, as well as all forms of surrogacy (Art. 4 RMA). Both embryo donation²⁶ and surrogacy are also banned at the constitutional level (Art. 119 para. 2 lit. d Fed. Cst.), thus making any future attempts at lifting the ban highly challenging.²⁷ On the contrary, the most common fertility treatments practised in Switzerland are assisted insemination and in vitro fertilisation (IVF) with embryo and gamete transfer.²⁸ Assisted insemination involves the introduction of sperm cells into a woman’s reproductive organs by means other than sexual intercourse (Art. 2 lit. b RMA). The sperm cells may come from the intended father or a third party (“sperm donation”).

Given that “directed donations” – namely situations where the donor is chosen by or known to the recipient(s) – are prohibited under the RMA, the ability to select a donor becomes a key reason why Swiss-based intended parents may turn to foreign clinics for sperm donation²⁹ or opt for at-home insemination

²⁴ Federal Office of Public Health, Revision concluded: Regulation of pre-implantation genetic diagnosis, available at <<https://www.bag.admin.ch/en/revision-concluded-regulation-of-pre-implantation-genetic-diagnosis>>.

²⁵ The European Atlas of Fertility Treatment Policies was created by the organisation “Fertility Europe” in collaboration with the “European Parliamentary Forum for Sexual and Reproductive Rights” in 2021 and was recently updated in 2024. More information is available at <<https://fertilityeurope.eu/atlas2024/>>.

²⁶ For a detailed analysis of the domestic ban on embryo donation, see CHRISTEN-ZIHLMANN VALENTINA, *Das Verbot der Embryonenspende in der Schweiz*, Basel 2024.

²⁷ Amendments to the Fed. Cst. require a majority vote from both the people and the cantons (Art. 140 para. 1 lit. a and Art. 142 para. 2 Fed. Cst.). As to social attitudes, see Swiss (CH) Assisted Reproduction Longitudinal Study (CHARLS), with some of the results summarised in BLÖCHLINGER BRIGITTE/MERTENS MAILA, *Schweizer:innen offen gegenüber dem “Nachhelfen” beim Kinderkriegen*, UZH News of 6 May 2024, available at <https://www.news.uzh.ch/de/articles/news/2024/assistierte_reproduktion.html>.

²⁸ Federal Office of Public Health, Reproductive Medicine, available at <<https://www.bag.admin.ch/en/reproductive-medicine>>.

²⁹ SIEGL VERONIKA ET AL., *Transnationale Reproduktive Mobilität aus der Schweiz*, Gutachten, Bern 2021, 22 f., available at <<https://www.bag.admin.ch/en/reproductive-medicine-expert-opinions-and-recommendations>>. According to this study on reproductive mobility,

(also known as private sperm donation), which falls outside the scope of the RMA.

Since the RMA's entry into force in 2001, a total of 4'782 births resulting from sperm donation have been recorded up to 2024.³⁰ The law provides that information about the sperm donor – such as family name and first name, date and place of birth, place of residence, nationality, occupation, and physical appearance – must be recorded (Art. 24 para. 2 RMA). Donor-conceived children may request access upon reaching the age of 18 or earlier if they demonstrate a legitimate interest (Art. 27 RMA).³¹ However, official statistics indicate that this right has been exercised rarely, with only ten requests recorded between 2019 and 2024.³² This raises important questions about whether donor-conceived children are being informed about their conception and whether the current legal framework sufficiently safeguards the right to know one's origin.³³

Unlike assisted insemination, IVF involves fertilising egg cells outside the body (Art. 2 lit. c RMA). Each year, between 6'000 and 7'000 women undergo this fertility treatment, with over 2'000 children born through IVF in Switzerland annually.³⁴ However, what is currently not permitted – and thus not included in these figures – is “Reception of Oocytes from Partner” (ROPA). This practice combines IVF and egg donation and is primarily an option for lesbian couples

intended parents consider the ability to choose the donor as a (very) relevant factor when selecting a country for treatment.

³⁰ Federal Office of Public Health, Sperm donor-conceived children, available at <<https://www.bag.admin.ch/en/sperm-donor-conceived-children>>.

³¹ It follows that anonymous donations are prohibited.

³² For more information, see Federal Office of Public Health, Sperm donor-conceived children, available at <<https://www.bag.admin.ch/en/sperm-donor-conceived-children>>. 2019 marks the year when donor-conceived children born in 2001 (RMA's entry into force) reached the age of majority.

³³ The Federal Council recently addressed this matter in Interpellation 24.4075 “Samenspende. Wie können Jugendliche ihr Recht auf Kenntnis ihrer genetischen Eltern wahrnehmen, wenn sie über ihre Herkunft nicht aufgeklärt werden?”. According to their response, there is currently no reliable information about the reasons why only a very small number of applications have been submitted under Art. 27 RMA. This point was also raised in BOLLIGER CHRISTIAN/GANZBOOM MADLEINA, Summative Evaluation des Fortpflanzungsmedizinengesetzes, Bern 2024, 48 f., available at <<https://www.aramis.admin.ch/Texte/?ProjectID=53687&Sprache=en-US>>. It remains to be seen whether the ongoing reforms of the RMA and/or filiation law will introduce changes to ensure children are informed about their conception (e.g. an obligation for parents to disclose donor-conception, similar to the requirement in the context of adoption, see Art. 268c CC), and to raise awareness among parents.

³⁴ Federal Statistical Office, Assisted reproductive technology, available at <<https://www.bfs.admin.ch/bfs/en/home/statistics/health/state-health/reproductive-health/assisted-reproductive-technology.html>>.

who wish for both partners to actively participate in creating their child: one partner donates her eggs, which are fertilised through IVF, and the resulting embryo is implanted into the other partner's uterus to carry and ultimately give birth to the child.

The Swiss regulatory framework imposes restrictions not only on permitted technologies but also on who is eligible for access. The primary obligation set by the RMA is to safeguard the child's well-being (Art. 3 para. 1 RMA). According to Art. 3 para. 2 RMA, only couples who can establish a parent-child relationship in accordance with Arts. 252–263 CC and who, based on their age and personal circumstances, are likely to be able to care for and raise the child until the age of majority, may access ARTs in Switzerland.³⁵ In the case of sperm donation, access is further restricted to married couples (Art. 3 para. 3 RMA). Therefore, as things stand, only a select group of families have access to ARTs in Switzerland. For example, single individuals, gay couples, unmarried couples and registered partnerships (Art. 28 SSPA)³⁶ requiring gamete donation currently have no available options domestically. Some restrictions, however, are likely to be eased as part of the ongoing reform plans, as announced by the Federal Council at the beginning of 2025 (see [Section IV](#) of the paper).³⁷

III. Same-Sex Marriage and Co-Motherhood

Since sperm donation is currently restricted to married couples, a significant barrier in the past was the exclusion of same-sex couples from marriage. Unlike in many other (European) countries,³⁸ Switzerland opened marriage to same-sex couples only on 1 July 2022, following the adoption of the Parliamentary Initiative “marriage for all”³⁹. This Initiative not only enabled same-sex couples to marry (see Art. 94 CC) but also gave married lesbian couples access to sperm donation under the RMA (see Art. 255a para. 1 CC).

In doing so, the legislator chose to adopt a broad interpretation of the term “infertility”, as used in Art. 119 para. 2 lit. c Fed. Cst., defining it as the “unful-

³⁵ For further information on the criteria imposed by Art. 3 RMA, please see SHK FMedG-BÜCHLER/CLAUSEN, Art. 3, para. 1 ff.

³⁶ Federal Act on the Registered Partnership between Same-Sex Couples of 18 June 2004 (Same-Sex Partnership Act, SSPA, SR 211.231).

³⁷ Press Conference (fn. 15); Media Statement (fn. 15).

³⁸ An overview of the countries allowing same-sex marriage (including some key facts about the process that led to marriage equality) is available at <<https://www.pewresearch.org/religion/fact-sheet/gay-marriage-around-the-world/>>.

³⁹ Translated from the German term “Ehe für alle”.

filled desire to have children”, rather than limiting it to medical infertility.⁴⁰ With extensive scholarly support,⁴¹ it was argued that the intent behind restricting access to ARTs was to prevent the misuse of these technologies and not to exclude same-sex couples.⁴² This broader interpretation ensured that same-sex couples would not be automatically barred from accessing ARTs in the absence of a constitutional amendment and was therefore included in the Parliamentary Initiative.⁴³

Nevertheless, the extension of sperm donation to lesbian couples faced significant opposition and became a focal point of public debate.⁴⁴ Ultimately, the Initiative was approved by a majority of 64.1% in the popular vote on 26 September 2021,⁴⁵ marking a long-awaited step towards equality and contributing to the gradual dismantling of discrimination based on sexual orientation, particularly for lesbian couples.

The opening of sperm donation to married lesbian couples also prompted a revision of filiation law, aimed at regulating the attribution of legal parenthood in such families. Prior to the adoption of the “marriage for all” initiative, only different-sex couples could establish a legal relationship between the non-birthing parent and the child at birth – either through the marital presumption (Art. 255 CC), voluntary acknowledgement of paternity (Art. 260 CC), or a court declaration (Art. 261 ff. CC). Since 1 July 2022, however, the

⁴⁰ ZIEGLER ANDREAS R., Kurzgutachten zur Frage des Zugangs gleichgeschlechtlicher Paare zu fortpflanzungsmedizinischen Verfahren in der Schweiz (Auslegung des Begriffs der «Unfruchtbarkeit» in Art. 119 Abs. 2 Bst. c BV), Lausanne 2019, available at <https://serval.unil.ch/resource/serval:BIB_2F3DA0DD2F66.P001/REF>.

⁴¹ See, among others, ZIEGLER ANDREAS R., “Ehe für alle” und Fortpflanzungsmedizin in der Schweiz, Jusletter, 8 April 2019; BOILLET VÉRONIQUE, Ouverture de la PMA aux couples de femmes: une (r)évolution qui s’impose, Jusletter, 8 June 2020, para. 6; SHK FMedG–RÜTSCHÉ/PICECCHI, Art. 119 BV, para. 70; ZK PartG–SCHWEIGHAUSER, Art. 28 Adoption und Fortpflanzungsmedizin, para. 35 ff., Zürcher Kommentar zum Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare (PartG) vom 18. Juni 2004, in: Geiser Thomas/Gremper Philipp (ed.), Zurich/Basel/Geneva 2007 (cit. ZK PartG–AUTHOR); KUHN MATHIAS, Zugang zu Fortpflanzungsmedizin und Adoption für gleichgeschlechtliche Paare: Verfassungsrechtliche Aspekte, in: Bannwart Bettina et al. (ed.), Keine Zeit für Utopien?, Perspektiven der Lebensformenpolitik im Recht, Zurich 2013, 247 ff., 258 f.

⁴² The argumentation in Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates vom 30. August 2019, BBl 2019 8595, 8610 f., was largely based on the expert opinion by ZIEGLER (fn. 40).

⁴³ See BBl 2019 (fn. 42), 8610 f.

⁴⁴ For an overview of the arguments for or against the Initiative, see the voter guide booklet, available at <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/abstimmungen/20210926/ehe-fuer-alle.html>>.

⁴⁵ Federal Chancellery, Volksabstimmung vom 26.09.2021, available at <<https://www.bk.admin.ch/ch/d/pore/va/20210926/index.html>>.

co-mother, as wife of the birthing mother, is automatically granted the status of “the other parent” at the time of birth. Similarly to the presumption of paternity under Art. 255 CC, therefore, Art. 255a CC establishes a presumption of parental status for the co-mother.

Whilst this development enables a child born to a married lesbian couple to have both mothers legally recognised from birth, some key differences based on sexual orientation persist. Art. 255 CC does not require additional conditions, such as a genetic link, to establish a parent-child relationship for married different-sex couples. In contrast, married lesbian couples must conceive their child through sperm donation in accordance with the RMA to benefit from automatic recognition of the co-mother under Art. 255a CC. It follows that, in cases of sperm donation abroad or private sperm donations,⁴⁶ automatic recognition of the co-mother does not occur. This raises concerns of unequal treatment, as the presumption of paternity applies to children conceived via private sperm donation – regardless of any genetic link – while the presumption of co-motherhood is not extended in comparable situations.⁴⁷

Furthermore, since alternative avenues such as voluntary acknowledgement or court declaration are currently available only to different-sex couples (see Art. 260 ff. CC), (married) lesbian couples who conceive outside the RMA framework must resort to stepchild adoption (Art. 264c CC) as their sole means of obtaining legal recognition of the co-mother.

Stepchild adoption is open to married couples and, since 2018, also to couples in registered partnerships and unmarried couples.⁴⁸ One of the prerequisites is that the couple must have lived in the same household for at least three years at the start of the adoption procedure (Art. 264c para. 2 CC). Additionally, the CC requires that any person wishing to adopt a child has cared for and raised the child for at least one year (Art. 264 para. 1 CC). Taken together, these requirements entail that adoption proceedings in Switzerland are typically lengthy – often lasting at least two years – and are fraught with numerous legal and practical challenges, involving significant uncertainties and risks for all

⁴⁶ There is currently no specific regulation governing private sperm donation for (married or unmarried) lesbian couples, leading to legal and factual uncertainties for the families concerned. For a detailed analysis, see JUNGO ALEXANDRA/REIDY JULIA, Vereinbarung über die Elternschaft bei privater Samenspende, FamPra.ch 2023, 585 ff.

⁴⁷ This is also criticised in JUNGO/REIDY (fn. 46), 592 f.

⁴⁸ According to Botschaft des Bundesrats vom 28. November 2014 zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Adoption), BBl 2015 877, 878, the aim of opening stepchild adoption to unmarried couples and registered partners was to eliminate unequal treatment and to recognise de facto relationships between the child and the stepparent.

parties involved.⁴⁹ This triggers serious concerns among many co-mothers, for instance, the fear that the legally recognised mother might pass away before the adoption procedure is completed. One co-mother, interviewed as part of a study by JANINA SCHNEIDER and NINA SEILER, vividly expressed this anxiety: “Now can you imagine that a child, who loses a parent, in the same time loses the other parent? That would be a nightmare. And you know, people need to think about that.”⁵⁰

Furthermore, it is worth questioning whether stepchild adoption is a suitable mechanism for establishing a parent-child relationship in this context. The primary function of stepparent adoption is to confer legal parenthood upon a stepchild – typically in situations where the child was not planned or raised by both partners from the outset. This differs significantly from the scenario in which a lesbian couple conceives through private sperm donation, and both partners are therefore actively involved in every step of their journey to parenthood. Research shows that co-mothers often find the stepchild adoption procedure deeply unsettling, as it requires them to justify their ability to be a “good mother”, despite having conceived and raised the child jointly since birth.⁵¹ For these families, stepchild adoption does not represent the opportunity to create a family but rather to formalise an already existing one. As Tanja, a co-mother interviewed in the abovementioned study, put it: “[In] our case [it] was just [about] formalising an existing family. And they call it stepchild adoption, but that is not how they should call it.”⁵²

The lengthy nature of adoption proceedings, coupled with the lack of legal protection for the child during this period, has raised concerns that are now being addressed as part of the ongoing reform of filiation law.⁵³ One of the proposed measures is the introduction of the so-called “facilitated stepchild adoption”,⁵⁴ aimed at expediting the establishment of legal parenthood. Under this proposal, the current one-year care requirement (Art. 264 para. 1 CC)

⁴⁹ Erläuternder Bericht zur Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens vom 26. Juni 2024 zur Änderung des Zivilgesetzbuches (Erleichterte Stiefkindadoption), 7 f.; see SCHNEIDER JANINA/MARANTA LUCA, Formalizing Family: Stiefkindadoptionen durch Regenbogenfamilien aus praktischer und rechtstheoretischer Sicht, FamPra.ch 2022, 38 ff., in particular 47 ff.

⁵⁰ Interview with Tanja, April 2020, lines 95–97, Bachelor Thesis by SCHNEIDER JANINA/SEILER NINA, “Die Stiefkindadoption aus Sicht von Regenbogenfamilien und Fachpersonen. Das rechtliche Gleichheitsgebot auf dem Prüfstand”, August 2020, available at <https://files.www.soziothek.ch/source/2020_ba_Schneider_Seiler_zenodo4055795.pdf>, cited by SCHNEIDER/MARANTA (fn. 49), 50.

⁵¹ SCHNEIDER/SEILER (fn. 50), 53.

⁵² Interview with Tanja, April 2020, lines 198–200, SCHNEIDER/SEILER (fn. 50), 46.

⁵³ Erläuternder Bericht (fn. 49), 7 ff.

⁵⁴ In German referred to as “erleichterte Stiefkindadoption”.

would be abolished in cases where the legal parent and the person wishing to adopt shared a household at the time of the child's birth, thereby reducing the period of legal uncertainty.⁵⁵ Whilst the introduction of "facilitated stepchild adoption" is by no means ideal, as it fails to address the core issue, it does offer an improved provisional solution for these cases – one that will hopefully be further refined in the course of the upcoming filiation law reform.⁵⁶

Finally, compared to married lesbian couples, gay couples in Switzerland continue to face significantly more restrictions when it comes to family planning, as surrogacy remains banned. Their only viable options are surrogacy abroad or joint adoption, which is limited to married couples (Art. 264a CC).⁵⁷ Ongoing debates around international adoption add further uncertainty. Due to a troubling number of past cases involving child trafficking,⁵⁸ there are ongoing discussions about whether to tighten regulations or even prohibit international adoption altogether. Such changes could further limit the paths to parenthood for gay couples, although no official data currently exists on how many same-sex couples pursue international adoption.⁵⁹

IV. The Future of the RMA: Opening Up Gamete Donation

After outlining the current provisions of the RMA and related reforms to the CC, this section explores what the future RMA is likely to encompass. On 30 January 2025, the Federal Council announced its plan to undertake a comprehensive

⁵⁵ See the proposed Art. 264^{bis} CC in Vorentwurf Erleichterte Stiefkindadoption. At this stage, it remains unclear when this reform will come into force.

⁵⁶ See Erläuternder Bericht (fn. 49), 5 f.

⁵⁷ Adoption by a single person (who is neither married nor in a registered partnership) is also permitted. However, as the term implies, it establishes only one individual as the legal parent. For this reason, it is considered an exception, intended to safeguard the child's best interests (Art. 264b CC).

⁵⁸ On 29 January 2025, the Federal Council announced its plan to prohibit international adoptions following the recommendations of the expert group's final report on international adoptions dated 27 June 2024, with the aim to prevent future abuses, especially those affecting children (News Service Bund, Federal Council to stop international adoptions, available at <<https://www.news.admin.ch/en/nsb?id=103957>>). However, more recently, the Commission for Legal Affairs of the National Committee accepted Motion 25.3430, instructing the Federal Council not to pursue a prohibition, but instead to propose an improved legal framework with more effective oversight mechanisms.

⁵⁹ For more information on adoption figures in Switzerland, see Federal Statistical Office, Adoptions, available at <<https://www.bfs.admin.ch/bfs/en/home/statistics/population/births-deaths/adoptions.html>>.

revision of the RMA, aiming to align it with advances in reproductive medicine and contemporary social realities while upholding essential ethical safeguards.

Among the confirmed plans, the most significant change will consist in allowing egg donation. The ban on egg donation has been the subject of considerable debate since its inception.⁶⁰ At the time, the legislator's primary concern centred on the split between genetic and biological motherhood inherent in egg donation, which was perceived as detrimental to the child's welfare.⁶¹ In the legislator's view, this concern did not extend to sperm donation for two reasons: First, the bond between the child and the non-genetic birthing mother was considered stronger than the bond between the child and the intended non-genetic father and therefore more likely to give rise to emotional conflicts for the child.⁶² Second, egg donation was seen as "unnatural", leading to family constellations that would not occur "naturally", unlike sperm donation.⁶³ In contrast, split fatherhood due to sperm donation was considered more in line with "natural" situations, where the mother's partner is not necessarily the child's genetic father.⁶⁴ After a decade of unsuccessful political attempts, in 2022, the Swiss Parliament mandated the removal of the existing ban on egg donation.⁶⁵ The driving concern was the discrimination faced by (different-sex) couples in which the woman is infertile and must go abroad to fulfil their desire to have biological children – unlike (different-sex) couples where the man is infertile and can access sperm donation in Switzerland.⁶⁶ The Parliamentary Motion only called for egg donation to be made available to married couples, in line with the current eligibility rules for sperm donation.⁶⁷ This was considered insufficient by the National Advisory Commission on Biomedical Ethics, which unanimously advocated for extending egg donation eligibility to both different-sex couples, regardless of marital status, and same-sex couples.⁶⁸

⁶⁰ SHK FMedG-RÜTSCHÉ/ZEGG, Quellen und Entwicklungsgeschichte des Fortpflanzungsmedizinrechts, para. 70 ff.

⁶¹ Botschaft des Bundesrats vom 26. Juni 1996 über die Volksinitiative "zum Schutz des Menschen vor Manipulationen in der Fortpflanzungstechnologie (Initiative für menschenwürdige Fortpflanzung, FMF)" und zu einem Bundesgesetz über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung (Fortpflanzungsmedizingesetz, FMedG), BBl 1996 III 205, 254.

⁶² BBl 1996 III (fn. 61), 254.

⁶³ BBl 1996 III (fn. 61), 254 f.

⁶⁴ BBl 1996 III (fn. 61), 254 f.

⁶⁵ Motion 21.4341 "Kinderwunsch erfüllen, Eizellenspende für Ehepaare legalisieren".

⁶⁶ Motion (fn. 65).

⁶⁷ Motion (fn. 65).

⁶⁸ National Advisory Commission on Biomedical Ethics, Die Eizellenspende, Stellungnahme Nr. 41/2022, Bern May 2022, available at <https://www.nek-cne.admin.ch/inhalte/Themen/Stellungnahmen/de/NEK-CNE_Stellungnahme_Eizellenspende_DE.pdf>.

This more inclusive approach was eventually adopted by the Federal Council, which also announced plans to extend access to both egg and sperm donation to unmarried couples – mirroring legal frameworks already in place in many European countries.⁶⁹ According to the Federal Council, restricting access to married couples no longer reflects the contemporary realities of family life in Switzerland.⁷⁰ When the RMA was drafted nearly 30 years ago, marriage was considered a requisite and a guarantee of family stability. Today, however, many unmarried couples raise children in stable and supportive environments.

Furthermore, the inability of unmarried couples and single women to access sperm donation in Switzerland often compels them to seek cross-border reproductive care in countries where the right to know one's origins, enshrined in Art. 119 para. 2 lit. g Fed. Cst., is not accorded the same legal protection.⁷¹ One of the most common destinations is Spain, where sperm donation is anonymous, thereby preventing donor-conceived individuals from requesting access to information about their donor, as guaranteed under Art. 24 RMA. This protection gap resulting from cross-border reproduction represents an additional concern the Federal Council aims to address.

Based on the reform plans announced on 30 January 2025, it appears that “couplehood” will remain a prerequisite for access to gamete donation. Whilst the specific criteria for what constitutes a couple under the RMA have yet to be determined, the Federal Council emphasised stability and durability as key characteristics, with the ultimate aim to ensure the child's welfare.⁷² The existence of a romantic relationship between the intended parents is also likely to be upheld as a requirement. In response to a question raised during the press conference, the Federal Council made it clear that two individuals who randomly meet on the street would not satisfy the required threshold and would therefore be ineligible for access to gamete donation in Switzerland. Thus, once again, the family model envisioned by the RMA is likely to remain closely aligned with the traditional nuclear family – namely, a bi-parental family where, even if the partners are not married, they intend to raise children within a stable, long-term relationship involving cohabitation.

It follows that single individuals will most likely continue to be excluded from access to gamete donation. At the press conference, the Federal Council indicated that granting single women access to ARTs would require an

⁶⁹ Federal Office of Public Health, Faktenblatt Fortpflanzungsmedizingesetz, 2025, available under “Dokumente” at <<https://www.bag.admin.ch/de/rechtsetzungsprojekte-zur-fortpflanzungsmedizin>>; Press Conference (fn. 15).

⁷⁰ Press Conference (fn. 15).

⁷¹ Press Conference (fn. 15).

⁷² Press Conference (fn. 15).

amendment to the Fed. Cst.⁷³ However, a closer examination of Art. 119 para. 2 lit. c Fed. Cst. reveals that such an exclusion is not explicitly stated and remains open to interpretation – a matter that continues to provoke debate among scholars.⁷⁴ Also considering the Parliament’s earlier choice to adopt a broader interpretation of the concept of infertility (part of the same provision) as the “unfulfilled desire to have children”,⁷⁵ there appears to be no clear reason why the same line of reasoning could not be extended to single individuals, thereby avoiding the need for constitutional amendment.⁷⁶

Regardless of whether a constitutional amendment is required, the idea of further expanding access to ARTs in Switzerland has recently gained traction across the political spectrum, when five members of Parliament submitted separate but identical parliamentary initiatives advocating for access to ARTs – particularly sperm donation – for single women.⁷⁷ They emphasised that single-parent families are already a reality in Swiss society, accounting for approximately 16.6% of all households.⁷⁸ They also pointed out that the current framework encourages legal circumvention and cross-border reproduction, which can jeopardise the effective protection of the right to know one’s origins.⁷⁹ While such a reform would represent significant progress, it remains unclear whether it has the potential to gain majority support in Parliament and be included in the upcoming revision plans.

Similarly, also multi-parenthood – where more than two individuals are legally recognised as parents based on genetic, gestational, intentional and / or social contributions – will remain unavailable. An example would be a lesbian couple and a gay couple deciding to have a child together. Although such

⁷³ Press Conference (fn. 15); see the answer to Interpellation 24.4288 “Medizinisch unterstützte Fortpflanzung für Alleinstehende”.

⁷⁴ Among those supporting the view that the Fed. Cst. does not prohibit single women from accessing ARTs are JUNGO ALEXANDRA, Ausschluss unverheirateter Paare und Alleinstehender vom Zugang der Fortpflanzungsmedizin, *FamPra.ch* 2022, 573 ff., 576 f. and SHK FMEDG-RÜTSCHKE/PICECCHI, Art. 119 BV, para. 69 ff.; opposing this view is, e.g., OFK BV-BIAGGINI, Art. 119, para. 14, Orell Füssli Kommentar, BV Kommentar, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, in: Biaggini Giovanni, 2nd ed., Zurich 2017 (cit. OFK BV-BIAGGINI).

⁷⁵ See BBl 2019 (fn. 42), 8610 f.

⁷⁶ See also JUNGO (fn. 74), 576 f.

⁷⁷ Parliamentary Initiatives 25.415, 25.416, 25.417, 25.418, 25.419 and 25.420 “Medizinisch unterstützte Fortpflanzung für alleinstehende Frauen”. This has also been previously recommended by the National Advisory Commission on Biomedical Ethics, Samenspende, Stellungnahme Nr. 32/2019, Bern December 2019, available at <<https://www.nek-cne.admin.ch/inhalte/Themen/Stellungnahmen/NEK-stellungnahme-DE-2020.pdf>>.

⁷⁸ Parliamentary Initiatives (fn. 77).

⁷⁹ Parliamentary Initiatives (fn. 77).

family constellations already exist in practice outside the scope of the RMA, both the RMA and the Swiss CC currently adhere to a two-parent model. The question of whether this should be revised has arisen in the context of the upcoming filiation law reform – although the expert group was unable to reach a consensus on the issue of multiple parenthood.⁸⁰ Ultimately, the Federal Council rejected any departure from the two-parent model in its report.⁸¹

Based on the current proposals, the RMA reform nonetheless has the potential to ease a number of important restrictions and contribute to the liberalisation of ARTs in Switzerland. Yet, one central question remains: How will the costs of fertility treatments be distributed? Will health insurance cover all or part of these expenses? To date, compulsory health insurance in Switzerland does not cover most fertility treatments, such as IVF.⁸² This creates a significant obstacle for intended parents, as fertility treatments often entail substantial costs. For example, a single IVF cycle can cost between 4'000–9'000 Swiss Francs.⁸³ Since the first attempt is rarely successful, multiple cycles are usually needed, incurring additional expenses. Moreover, the eggs collected during treatment are cryopreserved, at a cost of between 500 and 1'000 Swiss Francs per storage cycle, and in many cases more than one cycle is required.⁸⁴ Not every couple can – or should be expected to – cover these costs themselves, which results in the exclusion of those unable to afford them. It currently remains unclear whether the upcoming reform will address the issue of who bears the costs of fertility procedures – as has been done in other European countries. At present, complementary insurance represents the only available option.

To conclude, although the potential directions of the reform are known, which proposed changes will ultimately be adopted – and to what extent – remains uncertain. The Federal Office of Public Health has been tasked with preparing a preliminary draft of the revision by the end of 2026, meaning that any concrete change is likely still several years away.⁸⁵

⁸⁰ Empfehlungen der Expert-innen-gruppe (fn. 12), 20 ff.

⁸¹ Bericht des Bundesrates (fn. 12), 8 f.

⁸² See SEELMANN KURT, Gutachten für das Bundesamt für Gesundheit (BAG) über Rechte auf Versicherungsleistungen in der obligatorischen Krankenversicherung, Basel 2021, 5, available at <<https://www.bag.admin.ch/en/reproductive-medicine-expert-opinions-and-recommendations>>; SHK FMedG-GÄCHTER/HACK-LEONI, Krankenversicherungsrechtliche Bezüge, para. 25 ff.

⁸³ Versicherung Schweiz, Künstliche Befruchtung: Beahlt die Krankenkasse die Kinderwunschbehandlung?, November 2021, available at <<https://www.versicherung-schweiz.ch/ratgeber/krankenkasse-kinderwunsch-ivf>>.

⁸⁴ Versicherung Schweiz (fn. 83).

⁸⁵ Media Statement (fn. 15).

V. The Non-Future of the RMA: Surrogacy

What is certain to remain unchanged is the current ban on surrogacy. The reasons for this absolute prohibition – already enshrined at the constitutional level (Art. 119 para. 2 lit. d Fed. Cst.) – were articulated in the Federal Council's report of 1996 and rest primarily on two considerations.⁸⁶ First, surrogacy is regarded as inherently instrumentalising women, reducing them to mere means to an end – an approach deemed incompatible with the principle of human dignity. This perspective also highlights the psychological conflict the surrogate may face, as she may develop an emotional bond with the child while being contractually obliged to hand the child over to the intended parents. Second, surrogacy is seen as *a priori* incompatible with the fundamental principle of the best interests of the child, as the child risks being treated as a commodified object – something that can be “ordered” from third parties.

While surrogacy continues to be largely banned or restricted across European countries, Switzerland stands out for its principled – as opposed to context-sensitive – approach to determining legal parenthood in cases of cross-border surrogacy. Particular concerns arise from the rigid application of the *mater semper certa est* rule, which automatically assigns legal motherhood to the surrogate, against her own will. This is further compounded by the lengthy and challenging nature of stepchild adoption proceedings, which are necessary to align legal parenthood with the family's lived experience.

The Swiss Federal Supreme Court has, to date, handed down four key judgements, each arising from a distinct factual scenario, all together illustrating the nuances in the Court's approach to determining legal parenthood following cross-border surrogacy.

In BGE 141 III 312, the Swiss Federal Supreme Court examined whether to recognise a Californian judgement establishing legal parenthood for a Swiss same-sex couple in a registered partnership who had pursued surrogacy in the U.S. The Court recognised the genetic father's relationship with the child under Art. 70 Swiss PILA⁸⁷, but refused recognition of the non-genetic parent on the grounds that it violated Swiss *ordre public*.⁸⁸ It was found that the intended parents had deliberately circumvented Switzerland's constitutional and statutory ban on surrogacy, amounting to a fraud against Swiss law.⁸⁹

⁸⁶ For the following considerations, see BBl 1996 III (fn. 61), 279.

⁸⁷ Federal Act on Private International Law of 18 December 1987 (PILA, SR 291).

⁸⁸ BGE 141 III 312, para. 4 ff.

⁸⁹ BGE 141 III 312, para. 5.3.2 ff.

This reasoning was largely reaffirmed in the subsequent key judgement, BGE 141 III 328, which concerned a surrogacy arrangement – also carried out in California – by a different-sex couple with no genetic link to the twins born through surrogacy. As a result, both intended parents were denied recognition based on the grounds of a violation of the Swiss *ordre public*, and they were referred to joint adoption as a means of resolving the existing legal uncertainty.⁹⁰

While the child's best interests and rights – particularly under Art. 8 ECHR⁹¹ – were taken into account in both cases, the Court concluded that the prohibition of surrogacy, together with the need to prevent the commodification of children and the exploitation of women, prevailed.⁹² As a result, in the case involving the same-sex couple, only the genetic father-child tie could benefit from legal recognition, and the other (non-genetic) parent was encouraged to embark on stepchild adoption.⁹³ Yet, the latter became a possibility only in 2018, when a reform opened stepchild adoption to registered partnerships. As a result, legal recognition of the non-genetic father-child relationship came after a period of uncertainty lasting approximately seven years and eight months. This prolonged inability to establish legal parenthood was ultimately considered in breach of Art. 8 ECHR by the European Court of Human Rights.⁹⁴

In the two most recent cases, both decided in 2022, the Court adopted a different line of reasoning.⁹⁵ Unlike in the above-mentioned cases, where recognition was refused on the grounds of Swiss *ordre public*, the newer judgements concern the non-recognition of the intended mother based on the identification of Swiss law as the applicable law to determine legal parenthood.⁹⁶ In BGE 148 III 245, a dual Swiss-Turkish citizen and her Turkish husband entered into a surrogacy agreement in Georgia with a Georgian national acting as a surrogate. The twins were conceived using the intended parents' gametes. Shortly after the birth, the intended parents travelled to Turkey, where the children were registered as their own under Turkish law, and later returned to Switzerland. Following their return, the Swiss Embassy in Tbilisi transmitted the Georgian birth certificates – naming the intended

⁹⁰ BGE 141 III 328, para. 6.6 and 7.6.

⁹¹ European Convention on Human Rights of 4 November 1950 (ECHR, SR 0.101).

⁹² BGE 141 III 312, para. 6.4; BGE 141 III 328, para. 6.7.

⁹³ BGE 141 III 328, para. 6.6 ff.

⁹⁴ European Court of Human Rights, Judgment from 22 November 2022 concerning D.B. and Others v. Switzerland, Application No. 58817/15 and 58252/15.

⁹⁵ BGE 148 III 245; BGE 148 III 384.

⁹⁶ BGE 148 III 245, para. 6.1 ff.; BGE 148 III 384, para. 5.1 ff.

parents as legal parents and indicating Turkish nationality – to the Civil Status Office of the Canton of Zurich. Whilst the surrogacy contract was treated as an acknowledgement of paternity, allowing the intended father to obtain legal recognition, the surrogate was recorded as the legal mother in accordance with the *mater semper certa est* rule.

The intended parents, the surrogate, and the children appealed. On 8 November 2019, the Directorate of Justice and Home Affairs ordered an amendment to the civil register, recognising the intended parents as the legal parents and assigning the children their family name. The Federal Office of Justice appealed this decision to the Administrative Court of the Canton of Zurich, which ruled in its favour on 14 May 2020, reinstating the original entry by the Civil Status Office.⁹⁷ All parties then filed a further civil appeal with the Swiss Federal Supreme Court, seeking recognition of the Georgian birth certificates or, alternatively, recognition of the surrogacy contract as a basis for establishing legal parenthood.

The Swiss Federal Supreme Court denied recognition of the Georgian birth certificates on the grounds that they did not constitute a “foreign decision” within the meaning of Art. 70 PILA, and determined that Swiss law was applicable for establishing legal parenthood.⁹⁸ Consequently, the intended genetic father was recognised as the children’s legal father based on the Georgian surrogacy contract.⁹⁹ However, this contract could not serve as a valid basis for recognising the intended genetic mother as the legal mother. Pursuant to the *mater semper certa est* rule, legal motherhood was instead assigned to the surrogate.¹⁰⁰ To obtain legal recognition as a parent, the intended mother was – as usual – required to pursue stepchild adoption.¹⁰¹

The same approach was taken in the latest key decision on the matter, BGE 148 III 384. Unlike the previous case, the surrogacy contract had been signed by a legal representative and, therefore, did not constitute a valid form of paternity recognition under Swiss law.¹⁰² As a result, the intended genetic father was required to personally appear before a Swiss Civil Status Office to formally acknowledge his paternity.¹⁰³ Until then, the surrogate remained the child’s sole legal parent.¹⁰⁴

⁹⁷ Urteil des VGer ZH VB.2019.00833 vom 14. Mai 2020.

⁹⁸ BGE 148 III 245, para. 6.2.

⁹⁹ BGE 148 III 245, para. 7.3.

¹⁰⁰ BGE 148 III 245, para. 6.4.

¹⁰¹ BGE 148 III 245, para. 8.5.

¹⁰² BGE 148 III 384, para. 6.3.2.

¹⁰³ BGE 148 III 384, para. 6.4.

¹⁰⁴ BGE 148 III 384, para. 6.5.

The principled stance adopted by the Swiss Federal Supreme Court in cases of cross-border surrogacy has been widely criticised for overriding the intentions of all parties involved and, in particular, for placing children in a state of protracted legal uncertainty and consequently vulnerability.¹⁰⁵ Whilst the “facilitated stepchild adoption” – if and when introduced – may help shorten this period of uncertainty, other countries have introduced ad hoc mechanisms – distinct from adoption – specifically designed to facilitate and expedite the legal recognition of intended parents in the context of surrogacy. In the UK, for instance, legal parenthood is transferred to the intended parents through the issuance of a parental order. Therefore, although the *mater semper certa est* rule still applies, the assignment of legal motherhood (and “parenthood” for the other intended parent) can be readily adjusted in line with the parties’ intentions through a parental order application – provided that certain conditions, such as the surrogate’s consent, the absence of payment beyond reasonable expenses, and a genetic connection with at least one of the intended parents, are met.¹⁰⁶

While the issuance of a parental order is certainly a more suitable and efficient alternative to adoption, the process still usually takes between six and twelve months. In light of this delay and the resulting protection gaps for all parties involved, the Law Commission of England and Wales and the Scottish Law Commission have recently proposed a comprehensive reform of surrogacy law.¹⁰⁷ A key recommendation is the creation of a new regulatory route for domestic surrogacy arrangements under which intended parents would become legal parents from birth – following appropriate checks and safeguards before the surrogacy arrangement is made and the child conceived, and subject to

¹⁰⁵ MARGARIA ALICE, Registering births: What’s care got to do with it?, *Journal of Social Welfare and Family Law* 46 (2) 2024, 226 ff., 236; BRODEALĂ ELENA/PETER-SPIESS MARIE-HÉLÈNE, Surrogacy and Same-Sex Parenthood before the European Court of Human Rights: Reflections in Light of Cases against Switzerland, *Swiss Review of International and European Law* (3) 2023, 397 ff., 415 f.; BÜCHLER ANDREA/BERTSCHI NORA, Gewünschtes Kind, geliebte Mutter, zurückgewiesene Eltern?, *Leihmutterschaft in den USA und die Anerkennung des Kindesverhältnisses in der Schweiz*, *FamPra.ch* 2013, 33 ff., 50; ANTHONIOZ LORÈNE, La filiation des enfants nés d’une GPA à l’étranger, *Arrêt du TF 5A_545/2020 du 7 février 2022*, *Jusletter*, 23 May 2023, 1 ff., 12; BUCHER ANDREAS, Mater semper certa est en Géorgie, *Jusletter*, 16 May 2022, 1 ff., 8; HOTZ SANDRA/SAINT-PHOR JÉRÔME, Reconnaissance de la filiation suite au recours à la “maternité de substitution” – un rappel de la ratio legis, analyse de l’arrêt du Tribunal fédéral 5A_545/2020, *Newsletter DroitMatrimonial.ch*, June 2022, 1 ff., 14.

¹⁰⁶ Human Fertilisation and Embryology Act 2008 (HFE Act 2008), Sections 54 (for couples) and 54a (for single individuals).

¹⁰⁷ Law Commission of England and Wales and Scottish Law Commission, *Building Families Through Surrogacy: A New Law*, Report, 2023, available at <<https://lawcom.gov.uk/project/surrogacy/>>.

the surrogate's right to withdraw consent.¹⁰⁸ Unfortunately, in April 2025, British Health Minister Baroness Merron indicated that the Government is not currently in a position to prioritise surrogacy reform and has no plans to advance the proposed legislation at this time.¹⁰⁹

VI. Conclusion

Since the RMA came into force on 1 January 2001, social realities in Switzerland have evolved significantly. Marriage, once considered a cornerstone of family stability, no longer holds the same central role in people's lives. Today, a growing number of children are raised outside of marriage in supportive and thriving environments. As a result of demographic and biomedical developments, families have become increasingly diverse, with a wide range of non-traditional family constellations now coexisting alongside the traditional nuclear model – defined as a cohabiting heterosexual married couple with children.

Despite changing family realities on the ground, the family model envisaged by the RMA, and filiation law more broadly, remains firmly rooted in the traditional nuclear family. This adherence is maintained through various restrictions, primarily the ban on egg donation and surrogacy, the exclusive availability of sperm donation to married couples, and the exclusion of single individuals from accessing gamete donation. Swiss filiation law further reinforces this model by, for instance, imposing different requirements and procedures for establishing legal parent-child relationships depending on whether the couple is same-sex or different-sex.

Some important steps towards broadening the contours of the “worthy-to-be-created family” were taken in 2022 with the introduction of “marriage for all”, which gave married lesbian couples access to sperm donation under the RMA and established legal co-motherhood at birth. Yet, the path towards greater diversification and inclusion remains long. The comprehensive reform plans announced by the Federal Council in January 2025 offer renewed hope that at least some of the most blatant forms of discrimination will be addressed by lifting the ban on egg donation and extending access to gamete donation to unmarried couples.

¹⁰⁸ Law Commission of England and Wales and Scottish Law Commission (fn. 107).

¹⁰⁹ RIGGALL LAURA, UK Government postpones surrogacy law reform, BioNews, 19 May 2025, available at <<https://www.progress.org.uk/uk-government-postpones-surrogacy-law-reform/>>.

Recht und Familie

Gemeinsam veranlagt, ungerecht behandelt?

Fabrice Buchli / Aylin Kogumtekin

Inhaltsübersicht

I.	Einleitung	27
II.	Die verfassungsmässigen Besteuerungsprinzipien	28
III.	Das geltende System der gemeinsamen Veranlagung	29
A.	Die Gewinner und Verlierer des geltenden Systems	31
B.	Kritik und Reformbedarf	33
IV.	Das Prinzip der Individualbesteuerung	34
A.	Die jüngsten politischen Vorstösse zur Individualbesteuerung	34
1.	Die Volksinitiative der FDP-Frauen	34
2.	Der Indirekte Gegenvorschlag des Bundesrates	34
3.	Die Volksinitiative Der Mitte	35
B.	Argumente für und gegen die Individualbesteuerung	35
C.	Die Gewinner und Verlierer im neuen System	37
V.	Fazit	38

I. Einleitung

Die Begriffe Recht und Realität sind im Steuerrecht besonders eng miteinander verknüpft. Ihr Bezug ist bereits auf Verfassungsstufe verankert, indem Art. 127 Abs. 2 BV¹ vorsieht, dass die Steuerpflichtigen entsprechend ihrer wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit besteuert werden. Ob dieses Prinzip verletzt ist, wird im Zusammenhang mit der unterschiedlichen Besteuerung von Ehe- und Konkubinatspaaren unter dem Titel der sog. «Heiratsstrafe» seit geraumer Zeit politisch diskutiert.² Damit einher geht immer öfter die Forderung nach einer individuellen Besteuerung von Ehepaaren.³

¹ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101).

² Vgl. Bericht der Expertenkommission zur Überprüfung des schweizerischen Systems der Familienbesteuerung (Kommission Familienbesteuerung) vom März 1999; Botschaft zum Steuerpaket 2001, BBl 2001, 2983 ff., 2992 ff.; Botschaft zu den Sofortmassnahmen im Bereich der Ehepaarbesteuerung, BBl 2006, 4471 ff.

³ Zuletzt: Botschaft zur Volksinitiative «Für eine zivilstandsunabhängige Individualbesteuerung (Steurgerechtigkeits-Initiative)» und zum indirekten Gegenvorschlag (Bundesgesetz über die Individualbesteuerung), BBl 2024, 589 ff.

Heute entscheiden sich immer mehr Paare gegen die Ehe und für das Konkubinats. Zudem erfährt die Rollenverteilung in der Partnerschaft einen Wandel. Während traditionellerweise der Mann für den Erwerb des Familieneinkommens besorgt war, teilen sich diese Aufgabe heute vermehrt beide Partner auf.

In Anbetracht dieses Wandels ist das Ziel dieses Beitrages, den Bezug zwischen gelebter Familienrealität und geltendem Steuerrecht zu beleuchten. Es ist zu untersuchen, ob die Individualbesteuerung der heutigen Realität besser Rechnung trägt und welche Defizite die Modelle jeweils aufweisen. Da die kantonalen Steuern hinsichtlich der Steuertarife und der ehedatenspezifischen Abzüge stark unterschiedlich ausgestaltet sind, fokussiert der vorliegende Text überwiegend auf die direkte Bundessteuer. Die Grundaussagen sind jedoch analog auch auf die Staats- und Gemeindesteuern anwendbar.

II. Die verfassungsmässigen Besteuerungsprinzipien

Die in Art. 127 Abs. 2 BV unter anderem für die Einkommenssteuer auf Bundes- und kantonaler Ebene verankerten Besteuerungsprinzipien werden aus dem allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz abgeleitet.⁴ Gemäss dem Gebot der Gleichmässigkeit der Besteuerung sind vergleichbare Sachverhalte gleich zu behandeln.⁵ Das Leistungsfähigkeitsprinzip sieht vor, dass sich die Steuerpflichtigen entsprechend den ihnen zur Verfügung stehenden Mitteln an den Finanzaufwendungen des Staates beteiligen.⁶

Wer in ehelicher Gemeinschaft zusammenlebt, kann wirtschaftlich betrachtet von Skaleneffekten profitieren und verfügt damit über eine höhere wirtschaftliche Leistungsfähigkeit. Im Gegensatz zu Alleinstehenden können sich Ehepaare die Kosten ihrer Lebenshaltung, wie bspw. die Kosten für Miete und Haushalt, aufteilen. Ein Ehepaar ist damit wirtschaftlich leistungsfähiger als zwei Einzelpersonen, die gesamthaft über das gleiche Einkommen verfügen.⁷ Somit ist es nicht verfassungswidrig, sondern entspricht gerade dem Grundgedanken des Leistungsfähigkeitsprinzips, wenn Ehepaare aufgrund ihrer höheren Leistungsfähigkeit mehr Steuern zahlen als zwei Einzelpersonen. Einer gegenüber Einzelpersonen höheren Besteuerung von Ehepaaren steht sodann

⁴ Vgl. St. Galler Kommentar, Die Schweizerische Bundesverfassung (Art. 73–197 BV), in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), 4. A., St. Gallen 2023 (zit. SGK BV-HONGLER, Art. 127, N 20, 67).

⁵ Basler Kommentar Bundesverfassung, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basel 2015 (zit. BSK BV-BEHNISCH, Art. 127, N 27).

⁶ BGE 122 I 101 E. 2aa; SGK BV-HONGLER, Art. 127, N 42.

⁷ Zum Ganzen: BGE 120 Ia 329 E. 4a; REICH MARKUS, Steuerrecht, 3. A., Zürich 2020, § 12 N 24 ff.

auch das Gebot der Gleichmässigkeit der Besteuerung nicht entgegen, da der Besteuerung unterschiedliche Sachverhalte zugrunde liegen.

Die gleichen Überlegungen treffen jedoch auch auf Konkubinatspaare zu. Zwar kann die Ehe nicht als Auslaufmodell bezeichnet werden, da im Jahr 2024 in der Schweiz immerhin 36'457 Paare den Bund der Ehe eingegangen sind.⁸ Jedoch gibt es immer mehr Paare, die alternativen Lebensmodellen folgen und bspw. im langjährigen Konkubinat zusammenleben. Auch zusammenlebende Konkubinatspaare profitieren von Skaleneffekten und verfügen damit über eine vergleichbare Leistungsfähigkeit wie Ehepaare.⁹

Unter dieser Annahme ist es vor dem Hintergrund der verfassungsmässigen Besteuerungsprinzipien geboten, dass sie einer ähnlichen und gegenüber Einzelpersonen höheren Steuerbelastung ausgesetzt sind.¹⁰

Jedoch vermag – wie nachfolgend aufzuzeigen sein wird – nicht nur der Zivilstand von Paaren, sondern auch die Rollenaufteilung innerhalb der Partnerschaft Einfluss auf deren Steuerbelastung zu nehmen. Während sich traditionsgemäss die Frau um den Haushalt und die Kinder bemühte und höchstens einer untergeordneten Erwerbstätigkeit nachging, widmete sich hauptsächlich der Mann dem Erwerb des Familieneinkommens. Diese Rollenverteilung ist heute nicht mehr selbstverständlich; vermehrt teilen sich Paare den Erwerb des Familieneinkommens auf. In diesem Zusammenhang wendete das Bundesgericht ein, dass Einverdienerehepaare im Vergleich zu Zweiverdienerehepaaren leistungsfähiger sind, da mit der Berufsausübung beider Partner zusätzliche Aufwendungen entstehen.¹¹ Diesem Umstand könnte nach hier vertretener Ansicht jedoch bspw. über die Ausgestaltung der berufsbedingten Abzüge begegnet werden. Deshalb ist für die nachfolgenden Zwecke von folgenden Hypothesen auszugehen:

- 1) Ehe- und Konkubinatspaare sind gleich leistungsfähig.
- 2) Ein- und Zweiverdienerepaare sind mindestens ähnlich leistungsfähig.

III. Das geltende System der gemeinsamen Veranlagung

Zum Erscheinungszeitpunkt dieses Beitrags gilt in der Schweiz das System der Ehepaar- und Familienbesteuerung. Das Gesetz sieht für die Einkommens-

⁸ Bundesamt für Statistik, abrufbar unter: <<https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/bevoelkerung/heiraten-eingetragene-partnerschaften-scheidungen.html>>.

⁹ BGE 120 Ia 329 E. 3d; REICH (Fn. 7), § 12 N 24.

¹⁰ BGE 120 Ia 329 E. 3d; BSK BV-BEHNISCH, Art. 127, N 33.

¹¹ BGE 120 Ia 329 E. 4b; anders noch BGE 110 Ia 7 E. 3c.

und Vermögenssteuern von Ehepaaren auf Bundes- und auf kantonaler Ebene vor, dass ihre Einkommen und Vermögen, wenn sie in rechtlich und tatsächlich ungetrennter Ehe leben, ohne Rücksicht auf den Güterstand zusammenge-rechnet werden (Art. 9 Abs. 1 DBG¹² und Art. 3 Abs. 3 StHG¹³).¹⁴ Dies hat nicht nur zur Folge, dass Ehepaare zusammen eine Steuererklärung ausfüllen, sondern auch, dass im Hinblick auf die Bemessungsgrundlage und die Tarife ihr gemeinsames Einkommen massgeblich ist. Für Konkubinatspaare hingegen existieren keine besonderen Besteuerungsbestimmungen. Sie werden jeweils als Einzelpersonen veranlagt. Das geltende Steuerrecht kennt damit nur zwei Kategorien von Steuerpflichtigen: Ehepaare und Alleinstehende.

Die Einkommenssteuern sind sowohl auf Bundes- wie auch auf kantonaler Ebene progressiv ausgestaltet, wodurch sich die Steuertarife mit steigendem Einkommen erhöhen. Zwar ist ein progressiver Tarifverlauf nicht durch die Verfassung vorgegeben. Jedoch vertreten die Steuerrechtslehre und das Bundesgericht die Ansicht, dass ein progressiver Tarifverlauf dem Leistungsfähigkeitsprinzip am besten gerecht wird, da die subjektive Fähigkeit Steuern zu zahlen mit wachsendem Einkommen überproportional ansteigt.¹⁵

Aus der für Ehepaare gesetzlich vorgesehenen Faktorenaddition und der Steuerprogression resultiert die sog. «Heiratsstrafe». Dadurch dass die Einkommen von Ehepaaren zusammengerechnet werden, treten diese in eine höhere Steuerprogression über als Alleinstehende mit gleichem Einkommen. Damit ist der Zivilstand von Paaren ein erster Faktor, der sich auf ihre Steuerlast auswirken kann.

Ein zweiter Faktor, der sich durch die Steuerprogression auf die Steuerbelastung von Paaren auswirkt, ist die Einkommensverteilung zwischen den Partnern, oder mit anderen Worten, wie sie sich den Erwerb des Familieneinkommens untereinander aufteilen. Aufgrund der Faktorenaddition spielt die Rollenverteilung bzw. Einkommensaufteilung bei Ehepaaren vorerst keine Rolle, da ihre Einkommen zusammengerechnet werden. Da Konkubinatspaare als Einzelpersonen besteuert werden, ist aufgrund der Steuerprogression jedoch massgebend, ob dasselbe Paareinkommen durch eine oder durch zwei Personen erwirtschaftet wird. Teilt sich das Konkubinatspaar die Erwirtschaftung des Einkommens auf, profitieren sie von tiefen Tarifen. Wird das gesamte Einkommen durch eine Person erwirtschaftet, erhöht sich die Steuerlast aufgrund der Progression überproportional.

¹² Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer vom 14. Dezember 1990 (DBG, SR 642.11).

¹³ Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden vom 14. Dezember 1990 (StHG, SR 642.14).

¹⁴ Und im Übrigen auch von eingetragenen Partnerschaften (Art. 9 Abs. 1^{bis} DBG).

¹⁵ BGE 133 I 206 E. 8.1; REICH (Fn. 7), § 4 N 152; BSK BV-BEHNISCH, Art. 127, N 36.

Der steuerlichen Ungleichbehandlung zwischen Ehe- und Konkubinatspaaren wurde sich die Politik bewusst und sah diverse gesetzliche Massnahmen zur Milderung der «Heiratsstrafe» im Bereich der Tarife und Bemessungsgrundlage vor, um die Überbesteuerung von Ehepaaren zu mildern. Zum einen unterliegen Verheiratete einem anderen Steuertarif, dessen Progressionswirkung im Vergleich zum Tarif für Einzelpersonen später einsetzt.¹⁶ Während einige Kantone für die Staats- und Gemeindesteuern ebenfalls einen Verheiratetentarif¹⁷ vorsehen, wird die tarifliche Entlastung von Ehepaaren in anderen Kantonen durch die Anwendung eines Splitting Modells¹⁸ erreicht. Im Splitting Modell bestimmt sich der anwendbare Steuersatz nach dem Gesamteinkommen des Ehepaars, wobei dieses durch einen Divisor geteilt wird. Dadurch profitieren Ehepaare von einem milderem Steuersatz.

Zum anderen stehen Ehepaaren gesetzliche Abzüge zur Verfügung, die sich mildernd auf die Bemessungsgrundlage auswirken. Konkret sieht das Gesetz für die direkte Bundessteuer einen allgemeinen Verheiratetenabzug in der Höhe von CHF 2'800.– vor.¹⁹ Dieser kann von allen Ehepaaren, also auch von Rentner-, Einverdiener- und Ehepaaren, deren Einkünfte aus einer anderen Quelle als dem Erwerbseinkommen stammen, geltend gemacht werden.²⁰ Ehepaare, bei welchen beide Partner erwerbstätig sind, profitieren zudem vom sog. Zweiverdienerabzug. Dieser ermöglicht es ihnen, 50 % vom niedrigeren Nettoerwerbseinkommen, jedoch mindestens CHF 8'100.– und höchstens CHF 13'400.– von ihrem steuerbaren Einkommen abzuziehen.²¹ Auch sehen einige Kantone entsprechende Abzüge vor, auf die jedoch nicht detailliert eingegangen wird.²²

A. Die Gewinner und Verlierer des geltenden Systems

Um die geltenden Regeln zu veranschaulichen, werden die bestehenden Besteuerungsunterschiede zwischen Ehe- und Konkubinats- bzw. zwischen Ein- und Zweiverdienerpaaren anhand eines Beispiels der direkten Bundessteuer²³ aufgezeigt. Dazu ist die Steuerbelastung von vier Paaren zu vergleichen, die je über ein steuerbares Nettoeinkommen von CHF 100'000.– verfügen. Den Paa-

¹⁶ Art. 36 Abs. 2 DBG.

¹⁷ Z.B. der Kanton Zürich: § 35 Abs. 2 StG ZH.

¹⁸ Z.B. der Kanton Thurgau: § 37 Abs. 2 StG TG.

¹⁹ Art. 35 Abs. 1 lit. c DBG.

²⁰ BBl 2006 (Fn. 2), 4484.

²¹ Art. 33 Abs. 2 DBG.

²² Etwa für den Kanton Zürich: § 31 Abs. 2 StG ZH (Zweiverdienerabzug).

²³ Für die Staats- und Gemeindesteuern ist ein ähnliches Ergebnis zu erwarten, da die Wirkungsmechanismen von Tarifen und Abzügen ähnlich sind (vgl. oben Ziff. III.).

ren gegenüberzustellen sind vier Einzelpersonen, die jeweils über das gleiche Einkommen verfügen.

	Steuerbares Einkommen	Steuerbelastung als Ehepaar	Steuerbelastung als Konkubinatspaar	Steuerbelastung als Einzelperson
Person 1	CHF 100'000.-	CHF 1718.-	CHF 2'736.50	CHF 2'736.50
Person 2	CHF 0.-			CHF 0.-
Person 1	CHF 50'000.-	CHF 1'126.-	CHF 826.68	CHF 413.34
Person 2	CHF 50'000.-			CHF 413.34

Aus dieser Darstellung lassen sich verschiedene Erkenntnisse gewinnen: Erstens wird ersichtlich, dass alle Paare, obwohl sie gesamthaft über das gleiche steuerbare Nettoeinkommen verfügen, eine stark unterschiedliche Steuerlast tragen.

Vergleicht man die Steuerlast der Ehe- mit jener der Konkubinatspaare, wird erkennbar, dass die Bezeichnung als «Heiratsstrafe» nicht durchwegs zutreffend ist. Während Einverdienerehepaare durch den weniger stark progressiven Ehegattentarif profitieren, führt die Progressionswirkung bei Ehepaaren mit gleichmässiger Einkommensaufteilung zu einer steuerlichen Mehrbelastung gegenüber Konkubinatspaaren. Diese Ungleichbehandlung verstärkt sich durch die Progressionswirkung der Steuertarife mit zunehmender Höhe des Einkommens.

Diese Beispiele verdeutlichen, dass sich pauschale Aussagen über die steuerliche Benachteiligung oder Begünstigung der Ehe nicht treffen lassen. Je nach Einkommensaufteilung innerhalb der Partnerschaft kann der Zivilstand zu einem Vor- oder Nachteil führen.

Weiter wird erkennbar, dass Einverdienerehepaare gegenüber Zweiverdienerpaaren sowohl in der Ehe als auch im Konkubinat einer höheren Steuerlast ausgesetzt sind. Während der Unterschied zwischen den Konkubinatspaaren auf die Steuerprogression zurückzuführen ist, ist er bei den Ehepaaren dem Zweiverdienerabzug geschuldet. Der Zweiverdienerabzug ist ein politischer Kompromiss und soll die Ehepaare gegenüber den Konkubinatspaaren steuerlich entlasten, führt jedoch unter Ehepaaren zu neuen Ungleichbehandlungen.²⁴

²⁴ Kommentar zum Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer, I. Teil, Art. 1–48 DBG, in: Locher Peter (Hrsg.), 2. A., Basel 2019 (zit. DBG Komm-LOCHER, Art. 33, N 37 ff.).

Zwei Personen, die je CHF 50'000.– verdienen, sind als Ehepaar leistungsfähiger als wenn sie alleinstehend sind. Eine Einzelperson mit einem Einkommen von CHF 100'000.– ist leistungsfähiger als ein Paar mit demselben Einkommen, da bei dem Paar zwei Personen vom Einkommen leben müssen. Diesen Umständen trägt die Ehe, nicht aber das Konkubinat Rechnung. Lebt die Einzelperson jedoch mit einer einkommenslosen Person im Konkubinat, ist der Unterschied in der Besteuerung gegenüber dem Ehepaar nicht mehr zu rechtfertigen.

B. Kritik und Reformbedarf

Lehre und Rechtsprechung kritisieren, dass das Leistungsfähigkeitsprinzip aufgrund der Faktorenaddition bei Ehepaaren ohne die Möglichkeit einer Korrektur beim Tarif oder entsprechende Abzüge verletzt wird, indem bestimmte Zweiverdienerpaare mit höherem Einkommen und Rentnerehepaare mit mittlerem und höherem Einkommen höher besteuert werden als Konkubinatspaare in gleichen wirtschaftlichen Verhältnissen («Heiratsstrafe»).

Aus dem obigen Beispiel wird ersichtlich, dass die geltende Ehepaar- und Familienbesteuerung jedoch über die «Heiratsstrafe» hinausgehende Mängel aufweist. Sie baut auf dem traditionellen Modell der Einverdienerehe auf und vernachlässigt alternative Lebensmodelle. Ein Steuermodell, das sich aber ausschliesslich an der Zweiverdienerehe orientiert, würde ebenso wenig der gesellschaftlichen Realität gerecht werden. Es besteht daher Reformbedarf in der Besteuerung von (Ehe-)Paaren.

Doch wie könnte es gelingen, die bestehenden Ungerechtigkeiten zu beseitigen? Die Beseitigung der Ungleichbehandlung könnte zum einen dadurch erreicht werden, dass Konkubinatspaare wie Ehepaare besteuert würden. Da über das Konkubinat – anders als über die Ehe – jedoch kein Register geführt wird, würde dies an einer praktikablen Umsetzung scheitern. Das Steuerrecht ist ein Massenfallrecht, das an die gesellschaftliche Realität anzuknüpfen hat. Die andere offensichtliche Möglichkeit liegt darin, die Ehe- wie die Konkubinatspaare zu besteuern (Individualbesteuerung). Ob die Individualbesteuerung den Schwächen des geltenden Systems Abhilfe zu verschaffen vermag, soll im Folgenden analysiert werden.

²⁵ BGE 120 Ia 329 E. 3; BGE 110 Ia 7 E. 3c; BSK BV-BEHNISCH, Art. 127, N 33; DBG Komm-LOCHER, Art. 9, N 6.

IV. Das Prinzip der Individualbesteuerung

A. Die jüngsten politischen Vorstösse zur Individualbesteuerung

Das Parlament beschloss in der Herbstsession 2020 die Ausarbeitung einer Botschaft des Bundesrats zur Einführung der Individualbesteuerung in die Legislaturplanung 2019-2023 aufzunehmen.²⁶

Am 8. September 2022 wurde die Volksinitiative «Für eine zivilstandsunabhängige Individualbesteuerung (Steuergerechtigkeits-Initiative)» durch die FDP-Frauen eingereicht. Rund eineinhalb Jahre später verabschiedete der Bundesrat die Botschaft zur Volksinitiative und arbeitete gleichzeitig die Botschaft zum indirekten Gegenvorschlag, dem Bundesgesetz über die Individualbesteuerung, aus.²⁷

Am 27. März 2024 wurde durch Die Mitte die Volksinitiative «Ja zu fairen Bundessteuern auch für Ehepaare – Diskriminierung der Ehe endlich abschaffen!» eingereicht.²⁸ Nachfolgend werden die drei Vorlagen kurz näher erläutert.

1. Die Volksinitiative der FDP-Frauen

Die Volksinitiative «Für eine zivilstandsunabhängige Individualbesteuerung (Steuergerechtigkeits-Initiative)» zielt darauf ab, die Individualbesteuerung auf Verfassungsebene zu verankern. Zu diesem Zweck soll ein Art. 127 Abs. 2^{bis} E-BV eingeführt werden, der die zivilstandsneutrale Besteuerung natürlicher Personen festschreibt.²⁹ Dadurch sollen die «Heiratsstrafe» abgeschafft, die Erwerbsanreize für Zweitverdiener erhöht und die Gleichstellung von Frau und Mann gefördert werden.³⁰

2. Der indirekte Gegenvorschlag des Bundesrates

Gemäss dem indirekten Gegenvorschlag des Bundesrates sollen Ehepaare künftig wie unverheiratete Paare individuell besteuert werden und zwei separate Steuererklärungen einreichen. Die Einkünfte und Vermögenswerte wären entsprechend den zivilrechtlichen Verhältnissen aufzuteilen.³¹

²⁶ BBl 2024 (Fn. 3), 14.

²⁷ BBl 2024 (Fn. 3), 589.

²⁸ BBl 2024, 937.

²⁹ BBl 2024 (Fn. 3), 16.

³⁰ BBl 2024 (Fn. 3), 17.

³¹ BBl 2024 (Fn. 3), 24.

Bei den kinderrelevanten Abzügen der direkten Bundessteuer soll eine hälftige Teilung erfolgen. Der Kinderabzug bei der direkten Bundessteuer wird von derzeit CHF 6'700.– auf CHF 12'000.– angehoben.³²

Weiter soll der Tarif der direkten Bundessteuer angepasst werden. Der Steuersatz für tiefe und mittlere Einkommen soll gesenkt, der Grundfreibetrag erhöht und der Betrag, bei dem der Maximalsatz erreicht wird, gesenkt werden. Der Grundfreibetrag soll von CHF 15'000.– auf CHF 20'000.– angehoben werden. Der Betrag, bei dem der Tarif des verfassungsmässig maximal zulässigen Steuersatzes von 11.5 % greift, soll von derzeit CHF 783'300.– auf CHF 751'100.– gesenkt werden.³³ Die Individualbesteuerung soll auf allen drei staatlichen Ebenen eingeführt werden.³⁴

3. Die Volksinitiative Der Mitte

Die Volksinitiative strebt die Einführung der alternativen Steuerberechnung an, bei welcher das Steueramt zwei Vergleichsberechnungen erstellt: Zum einen wird das Einkommen des Ehepaares gemeinsam veranlagt, zum anderen erfolgt eine Berechnung, wie sie für Konkubinatspaare gilt. Die beiden Veranlagungen werden miteinander verglichen und es wird auf die günstigere abgestellt. Auf diese Weise soll die «Heiratsstrafe» vollständig beseitigt werden.³⁵

B. Argumente für und gegen die Individualbesteuerung

Ein häufig vorgebrachtes Argument für die Individualbesteuerung betrifft die Unabhängigkeit der Frau. In der heutigen Gesellschaft sind viele Frauen erwerbstätig und finanziell eigenständig, was sowohl den Lebensunterhalt als auch die Altersvorsorge umfasst. Die Individualbesteuerung soll einen Anreiz für Frauen schaffen, damit diese auch nach der Eheschliessung berufstätig bleiben.³⁶ Die derzeitige Regelung der Familienbesteuerung bewirkt jedoch das Gegenteil, da das Ehepaar durch ein zusätzliches Einkommen eine höhere Progressionsstufe erreicht, was zu einer steuerlichen Mehrbelastung führt. Dies wirft die berechtigte Frage auf, warum der zweite Ehepartner – in diesem Fall die Ehefrau – überhaupt einer Erwerbstätigkeit nachgehen sollte. Es ist jedoch

³² BBl 2024 (Fn. 3), 25.

³³ BBl 2024 (Fn. 3), 25.

³⁴ BBl 2024 (Fn. 3), 25.

³⁵ BBl 2022, 2286.

³⁶ BBl 2024 (Fn. 3), 20; OPEL ANDREA, Frauenbenachteiligende Familienbesteuerung, StR 76/2021, 182 ff., 193; URBAN NATHALIE/FREI JÖRG, Heiratsstrafe soll weg: Funktioniert Individualbesteuerung?, NZZ, Verlagsbeilage, Steuern sparen, 10. März 2023, 3; MEIER SIRGIT/RYTER CARINA, Individualbesteuerung, StR 77/2022, 358 ff., 359.

fraglich, ob allein durch steuerliche Massnahmen die allgemeinen Erwerbsanreize erhöht werden, da die Grenzsteuerbelastung nur ein Element des Abhalteeffekts darstellt. Andere Elemente sind bspw. die hohen Fremdbetreuungskosten oder starre arbeitgeberseitige Vorgaben zu Arbeitspensumstrukturen, welche den Abhalteeffekt verstärken.³⁷

Die Einführung der Individualbesteuerung würde im Falle einer Scheidung eine Erleichterung mit sich bringen. Im derzeitigen System müssen die während der Ehe vermischten Vermögenswerte entflochten werden, was sich, je nach Ehedauer, als kompliziert erweisen kann. Die Individualbesteuerung würde diesen Prozess vereinfachen, da die Ehegatten im Rahmen der jährlichen Steuererklärung bereits eine separate Aufteilung ihrer Vermögenswerte vornehmen müssten. Dadurch wäre bei einer Scheidung unmittelbar ersichtlich, welche Vermögenswerte welchem Ehegatten zuzuordnen sind.³⁸

Ein weiterer, nicht zu vernachlässigender Aspekt betrifft die Bearbeitung der eingereichten Steuererklärungen. Mit der Einführung der Individualbesteuerung wären Ehegatten künftig verpflichtet, jeweils zwei separate Steuererklärungen einzureichen. Für die veranlagenden Steuerbehörden könnte die getrennte Veranlagung von Ehepaaren zu einer erheblichen bürokratischen Mehrbelastung führen. Dies würde zudem einen erheblichen Mehraufwand für die Steuerämter bedeuten, was wiederum mehr Personalbedarf und damit erhöhte Kosten zur Folge hätte.³⁹

Da im Rahmen der Individualbesteuerung jeder Ehegatte verpflichtet wäre, eine eigene Steuererklärung einzureichen, müssten neu auch Personen eine Steuererklärung erstellen, die sich zuvor noch nie damit auseinandergesetzt haben. Dies könnte zu einem zusätzlichen Arbeitsaufwand für die Steuerbehörden führen, insbesondere aufgrund fehlerhaft ausgefüllter Steuererklärungen. Darüber hinaus wären Ehegatten, sofern keine Gütertrennung vereinbart wurde, jährlich dazu verpflichtet, sich über die Aufteilung von Steuerabzügen sowie über die Abgrenzung von Eigengut, Errungenschaften und Mehrwerten zu einigen. Dies verdeutlicht, dass die Individualbesteuerung keine Vereinfachung im Hinblick auf das Ausfüllen der Steuererklärungen mit sich bringen würde.⁴⁰

Zuletzt würde die Einführung der Individualbesteuerung auch die Funktion der Ehe als Wirtschaftsgemeinschaft in Frage stellen. Zu klären wäre, wie die

³⁷ MARGRAF OLIVIER, Individualbesteuerung – Heiligt der Zweck die Mittel?, NF 6/2022, 321 ff., 323; Auch in der Vernehmlassung wurde dies kritisiert, BBl 2024 (Fn. 3), 22.

³⁸ URBAN/FREI (Fn. 30), 3.

³⁹ BBl 2024 (Fn. 3), 22; MARGRAF (Fn. 31), 323; REICH (Fn. 7), § 12 N 49.

⁴⁰ URBAN/FREI (Fn. 30), 3; MARGRAF (Fn. 31), 323.

Ansprüche auf Vergünstigungen, etwa im Hinblick auf die Krankenkasse oder die Ergänzungsleistungen, berechnet werden sollten.⁴¹ Dabei ist festzulegen, ob die Ehepartner hierbei individuell, das heisst unabhängig vom Vermögen und Einkommen des jeweils anderen, oder gemeinsam betrachtet würden. Je nach gewählter Betrachtungsweise, ob die Ehepartner bei der Anspruchsprüfung individuell oder gemeinsam beurteilt werden, könnten insbesondere einkommensschwache Haushalte Nachteile erfahren. So bestünde bspw. die Möglichkeit, dass ein Ehegatte aufgrund seines individuellen Einkommens höhere Beiträge für die Krankenkasse zu zahlen hätte oder geringere Ergänzungsleistungen beziehen könnte, obwohl das gemeinsame Haushaltseinkommen insgesamt niedrig ist. Eine solche Regelung würde die Realität wirtschaftlicher Solidarität innerhalb der Ehe verkennen und könnte zu einer faktischen Mehrbelastung von sozial schwächeren Paaren führen.

C. Die Gewinner und Verlierer im neuen System

Die Einführung der Individualbesteuerung hätte steuerliche Auswirkungen auf die verschiedenen Lebensmodelle. Der Grund hierfür liegt im Wegfall der im geltenden Recht vorgesehenen Faktorenaddition, wodurch Ehepaare in eine höhere Progressionsstufe gelangen.⁴² Heute haben Ehepaare den Vorteil, dass sie dem günstigeren Verheiratetentarif unterliegen und in einigen Kantonen das «Splitting-Modell» Anwendung findet. Zudem profitieren Ehepaare unter dem geltenden Recht vom Zweiverdienerabzug.

Mit der Einführung der Individualbesteuerung würden sowohl die genannten Nachteile als auch die Vorteile dieser Regelung entfallen. Dabei bleibt entscheidend, welches Lebensmodell vorliegt, um zu bestimmen, ob der Wechsel zur Individualbesteuerung eine positive oder negative Auswirkung hätte. Ehepaare, bei denen beide Ehepartner ein annähernd gleich hohes Einkommen erzielen, würden von der Individualbesteuerung profitieren, da die Abschaffung der Faktorenaddition die Vorteile des Verheiratetentarifs überwiegt.

Auf der anderen Seite wären Ehepaare, bei denen nur ein Partner ein Einkommen erzielt oder das Zweiteinkommen vergleichsweise gering ist, von der Individualbesteuerung nachteilig betroffen. Je nach Konstellation könnte es zu einer höheren Steuerbelastung kommen, da der Wegfall des günstigeren Verheiratetentarifs schwerer wiegt als die Abschaffung der Faktorenaddition. Dies würde sich nachteilig auf traditionelle Familienmodelle auswirken. Um dieser

⁴¹ BBl 2024 (Fn. 3), 42; URBAN/FREI (Fn. 30), 3; MARGRAF (Fn. 31), 324.

⁴² BLUMENSTEIN ERNST/LOCHER PETER, System des schweizerischen Steuerrechts, 8. A., Zürich 2023, 104; MÄUSLI-AlLENSPACH PETER/OERTLI MATHIAS, Das Schweizerische Steuerrecht, 10. A., Muri 2020, 73; REICH (Fn. 7), § 12 N 4.

möglichen Mehrbelastung entgegenzuwirken, hat der Bundesrat in seinem indirekten Gegenvorschlag eine Absenkung des Tarifs für niedrige und mittlere Einkommen vorgesehen, um vor allem Ehepaare mit nur einem Einkommen oder geringem Zweiteinkommen zu entlasten.⁴³ Zwar würde durch die Individualbesteuerung die «Heiratsstrafe» abgeschafft, jedoch entstünde gleichzeitig eine «Alleinverdienerstrafe».

Die steuerliche Entlastung von Ehe- gegenüber Konkubinatspaaren darf nicht dazu führen, dass die Steuerbelastung der tatsächlich Alleinstehenden ausser Acht gelassen wird.⁴⁴ Würde die Individualbesteuerung eingeführt, würden Ehe- und Konkubinatspaare gleich wie Alleinstehende besteuert. Dies ist in Konstellationen problematisch, in welchen die Paare aufgrund von Skaleneffekten über eine höhere Leistungsfähigkeit als die Alleinstehenden verfügen.

V. Fazit

Mit der Einführung der Individualbesteuerung würde das Ziel der Abschaffung der «Heiratsstrafe» erreicht. Gleichzeitig würden jedoch durch diesen Schritt nicht nur bestehende Ungleichheiten beseitigt, sondern auch neue geschaffen. Während früher Differenzen zwischen Ehe- und Konkubinatspaaren im Vordergrund standen, könnten sich mit der Individualbesteuerung Ungleichheiten zwischen Ein- und Zweiverdienerehepaaren verschärfen. Gänzlich unberücksichtigt bliebe die Tatsache, dass Paare im Vergleich zu Alleinstehenden über eine höhere Leistungsfähigkeit verfügen und es deshalb nicht ungerechtfertigt wäre, sie einer höheren Steuerlast zu unterwerfen.

Ob die Individualbesteuerung die heutige gelebte Realität besser abbildet als das bisherige System der Familienbesteuerung, lässt sich nicht abschliessend sagen und hängt von ihrer spezifischen Ausgestaltung ab. Zwar würde die Besteuerung unabhängig vom Zivilstand erfolgen, jedoch bringt sie auch neue Nachteile für bestimmte Lebensmodelle mit sich. Indem nicht mehr zwischen Ehe- und Konkubinatspaaren unterschieden würde, rückt die Besteuerung zwar näher an die heutige gesellschaftliche Realität heran – bleibt jedoch ein Balanceakt, der weiterhin nicht allen verschiedenen Lebensformen gerecht wird.

Ein reformiertes Steuersystem müsste daher nicht nur die Diskriminierung von Ehepaaren gegenüber Konkubinatspaaren beseitigen, sondern dem Umstand Rechnung tragen, dass Paare im Allgemeinen, aber auch neuere Lebens-

⁴³ BBl 2024 (Fn. 3), 34 f.

⁴⁴ BGE 120 Ia 329 E. 4a; REICH (Fn. 7), § 12 N 22.

formen wie bspw. Patchworkfamilien oder Wohngemeinschaften bei gleichem Einkommen wirtschaftlich leistungsfähiger sind als Alleinstehende. Politische Entscheidungsträger sind gefordert, das Steuerrecht und die gesellschaftliche Realität stärker aufeinander abzustimmen.

Recht und Gesellschaft

Cannabis: Legalisierung Light?

Der betäubungsmittelstrafrechtliche Sonderstatus von Cannabis unter besonderer Berücksichtigung des Urteils des Bundesgerichtes 6B_911/2021 vom 19. Juni 2023

Niklaus Julian Sempach

Inhaltsübersicht

I.	Einleitung	43
II.	Zur ratio legis des Betäubungsmittelstrafrechts	44
III.	Überblick zur strafrechtlichen Regulierung des Drogenkonsums	46
IV.	Ein Anwendungsbeispiel: Urteil des Bundesgerichtes 6B_911/2021	49
A.	Urteilsgrundlagen der Sicherungseinziehung	49
B.	Bundesgerichtliche Begründung	50
V.	Sonstige Sonderbehandlung von Cannabis im Betäubungsmittelstrafrecht	53
A.	Keine Gesundheitsgefährdung gem. Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG	53
B.	Straflosigkeit des gemeinsamen Konsums gem. Art. 19b 2. HS BetmG	54
C.	Behandlung von Cannabiskonsum im Ordnungsbussenverfahren gem. Ziff. 8001 Anhang II OBV	54
VI.	Fazit	55

I. Einleitung

Gesellschaftlich betrachtet besitzt Cannabis im Bereich der illegalen Substanzen zweifelsohne einen Sonderstatus. Im Jahr 2022 konsumierten knapp 15% der Schweizer Bevölkerung mindestens einmal Cannabis.¹ Die am zweitmeisten verwendete Droge Kokain konsumierten im Vergleich bloss etwas mehr als 2% der Bevölkerung.² Ein ähnliches Bild zeigt sich auch bei der Lebenszeitprävalenz, bei der Cannabis mit einem Wert von über 30% weit vor Kokain mit

¹ Bundesamt für Statistik, Illegale Drogen, Konsum von Cannabis, Kokain, Heroin, Ecstasy, abrufbar unter: <<https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/gesundheit/de-terminanten/illegale-drogen.html>>.

² Bundesamt für Statistik (Fn. 1).

ungefähr 6% liegt.³ Darüber hinaus scheint die Akzeptanz von Cannabis auch ausserhalb des Konsumentenkreises weit verbreitet. So gaben im Rahmen einer Umfrage im Jahr 2021 ungefähr zwei Drittel der Befragten an, eine Legalisierung von Cannabis grundsätzlich eher zu begrüßen.⁴ Ein Umstand, welcher auch das Bundesgericht vermeintlich anerkannte, als es im Sommer 2023 die Zulässigkeit der Sicherungseinziehung von Kleinstmengen Cannabis verneinte.⁵

Ziel dieses Aufsatzes ist es, zu beleuchten, wie diese gesellschaftliche Realität den betäubungsmittelstrafrechtlichen Status von Cannabis beeinflusst, und zu diskutieren, inwiefern die Anwendbarkeit der Strafbestimmungen des BetmG⁶ auf Cannabis noch sach- und zeitgemäss ist. Zu Beginn thematisiert der Aufsatz kurz die *ratio legis* des Betäubungsmittelstrafrechts. In weiterer Folge betrachtet er, ausgehend vom eingangs erwähnten Urteil, den rechtlichen Sonderstatus von Cannabis. Abschliessend behandelt er die Frage, ob es vor diesem Hintergrund noch angebracht ist, Cannabis dem Betäubungsmittelstrafrecht zu unterstellen und mit der *ultima ratio der Staatsgewalt* zu bekämpfen.⁷

II. Zur *ratio legis* des Betäubungsmittelstrafrechts

Art. 1 BetmG, der sogenannte *Zweckartikel*, definiert drei konkrete Ziele des Betäubungsmittelstrafrechts: erstens den Schutz der einzelnen Konsument:innen vor den negativen Folgen ihres Konsums, zweitens den Schutz der Gesellschaft vor negativen suchtbedingten Auswirkungen und drittens den Schutz der öffentlichen Gesundheit durch Sicherstellung des legalen und kontrollierten Zugangs zu Arzneimitteln und Medikamenten.⁸ Letzterer Gedanke findet sich v.a. in Überlegungen ausserhalb des Betäubungsmittelstrafrechts (Art. 19 ff. BetmG) wieder, weshalb nachfolgend nicht weiter auf diesen dritten Schutzgedanken eingegangen wird. Darüber hinaus nennt das Bundesgericht

³ Bundesamt für Gesundheit, Cannabiskonsum: Zahlen und Fakten, abrufbar unter: <<https://www.bag.admin.ch/de/cannabiskonsum-zahlen-und-fakten>>; Bundesamt für Statistik (Fn. 1).

⁴ BOSSHARD CYRIL ET AL., Einstellung, Legalisierung und Regulierung Cannabis, 6, 25 ff.

⁵ Urteil des BGer 6B_911/2021 vom 19. Juni 2023.

⁶ Bundesgesetz über die Betäubungsmittel und die psychotropen Stoffe vom 3. Oktober 1951 (Betäubungsmittelgesetz, BetmG, SR 812.121).

⁷ Vgl. BGE 126 IV 165 E. 3.b; BGE 117 IV 139 E. 3d/aa.

⁸ Kommentar zum Bundesgesetz über die Betäubungsmittel und die psychotropen Stoffe vom 3. Oktober 1951, in: Hug-Beeli Gustav, 3. A., Basel 2016 (zit. Komm. BetmG-HUG-BEELI, Art. XX N YY), Art. 1 N 5 f.; Orell Füssli Kommentar BetmG, in: Schlegel Stephan/Jucker Oliver, 4. A., Zürich 2022 (zit. OFK BetmG-SCHLEGEL/JUCKER, Art. XX N YY), Art. 1 N 3.

im Rahmen des geschützten Rechtsgutes häufig auch den Schutz der «Volks-gesundheit» als Zweck des BetmG.⁹

Es mag zutreffen, dass die Allgemeinheit grds. ein Interesse daran besitzt, Suchterkrankungen und sonstige negative Folgen des Betäubungsmittelkonsums einzudämmen.¹⁰ Mit Blick auf die objektive Gefährlichkeit von Cannabis, besonders im Vergleich zu den *nicht dem BetmG unterstehenden* «Volksdrogen» *Alkohol und Nikotin*,¹¹ ist jedoch zumindest fragwürdig, inwiefern diese Zwecke die schwerwiegenden Eingriffe in die persönliche Freiheit von Cannabiskonsument:innen zu rechtfertigen vermögen.¹² Ohnehin vertritt zumindest ein Teil der Lehre die m.E. zutreffende Auffassung, dass das Betäubungsmittelstrafrecht primär dem Schutz der Konsument:innen vor ihrer *Selbstschädigung* dient, denn die Trennung der Volksgesundheit von der Gesundheit der Summe aller Mitglieder des Volkes erscheint freilich unmöglich.¹³ Diese *paternalistische Bevormundung* wird in der Lehre v.a. in Bezug auf Cannabis weitgehend

⁹ BGE 122 IV 221 E. 4; Urteil des BGer 6B_1024/2022 vom 16. Februar 2023 E. 3.3; Urteil des BGer 6B_173/2017 vom 17. Mai 2017 E. 2.3; Komm. BetmG-HUG-BEELI, Art. 1 N 99 ff.

¹⁰ Vgl. Komm. BetmG-HUG-BEELI, Art. 1 N 5, 99 ff.

¹¹ Vgl. ALBRECHT PETER, Die Gefährdung der Gesundheit vieler Menschen gemäss Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG, Vorbemerkungen zu einer Gesetzesinterpretation, Jusletter 2. März 2009, N 10; LACHENMEIER DIRK/REHM JÜRGEN, Comparative risk assessment of alcohol, tobacco, cannabis and other illicit drugs using the margin of exposure approach, Scientific Reports 2015, 1 ff.; THAYER RACHEL ET AL., Structural neuroimaging correlates of alcohol and cannabis use in adolescents and adults, Addiction 12/2017, 2144 ff.; vgl. SCHÜNEMANN BERND, Die Kritik am strafrechtlichen Paternalismus – eine Sisyphus-Arbeit?, in: Von Hirsch Andreas/Neumann Ulfrid/Seelmann Kurt (Hrsg.), Paternalismus im Strafrecht, Baden-Baden 2010, 221 ff., 234.

¹² BÖLLINGER LORENZ, Aufstieg und Fall des Cannabis-Verbots, neue Kriminalpolitik 3/2018, 281 ff., 289 f.; NESTLER CORNELIUS, Betäubungsmittelstrafrecht in Deutschland – Prinzipien des Verfassungs- und des Strafrechts, in: Böllinger Lorenz (Hrsg.), Cannabis Wissenschaft – Von der Prohibition zum Recht auf Genuss, Frankfurt a.M. 1997, 263 ff., 268; vgl. LEUTHOLD JIL, Medizinische Anwendung von LSD und Magic Mushrooms im schweizerischen Recht, in: Ege Gian et al. (Hrsg.), Legalisation and decriminalisation of narcotic drugs and psychotropic substances, Zürich 2023, 161 ff., 174 f.; Stämpfli Handkommentar, Die Strafbestimmungen des Betäubungsmittelgesetzes (Art. 19–28 BetmG), in: Albrecht Peter, 3. A., Bern 2016 (zit. SHK BetmG-ALBRECHT, Art. XX N YY), Einleitung N 43.

¹³ Beschluss des BGH 3 StR 245/95 vom 22. Dezember 1995, NJW 1996, 794 ff., 796; Eidgenössische Kommission für Suchtfragen, 10 Jahre Betäubungsmittelgesetz BetmG. Überlegungen für die Zukunft. Eine Analyse der Eidgenössischen Kommission für Suchtfragen EKSF, Bundesamt für Gesundheit, Bern 2019, 24; HAFFKE BERNHARD, Drogenstrafrecht, ZStW 4/1995, 761 ff., 781 ff.; SHK BetmG-ALBRECHT, Einleitung N 41 f.; PUPPE INGEBORG, Die Selbstgefährdung des Verletzten beim Fahrlässigkeitsdelikt, ZIS 6/2007, 247 ff., 252; vgl. betr. Cannabis: Amtliches Bulletin Nationalrat 2012, 1375; a.A. Komm. BetmG-HUG-BEELI, Art. 1 N 100, vgl. aber Art. 19 N 21.

kritisiert,¹⁴ jedoch folgt der vorliegende Aufsatz der Auffassung, dass das Betäubungsmittelstrafrecht hauptsächlich dem *ungewollten* Selbstschutz von Konsument:innen dient.

III. Überblick zur strafrechtlichen Regulierung des Drogenkonsums

Art. 19 Abs. 1 BetmG kriminalisiert als Grundtatbestand detailliert alle Verhaltensweisen des Herstellungs- und Veräusserungsprozesses von Betäubungsmitteln mit dem Ziel, eine *lückenlose Strafbarkeit für den unbefugten Betäubungsmittelumgang sicherzustellen*.¹⁵ Hierbei handelt es sich allesamt um abstrakte Gefährdungsdelikte, zumal nach dem zuvor Gesagten die Gesundheit der Konsument:in geschützt wird.¹⁶

Merklich nicht in der weiten Umschreibung der strafbaren Handlungen gem. Art. 19 Abs. 1 BetmG findet sich der Konsum, denn dieser wird, ebenso wie Widerhandlungen gegen Art. 19 Abs. 1 BetmG, die dem Eigenkonsum dienen, *privilegiert* behandelt, so dass diese einzig eine Übertretung darstellen.¹⁷ Als Widerhandlungen zum Eigenkonsum werden jegliche Tatbestandsvarianten von Art. 19 BetmG, die *einzig und allein dem eigenen Betäubungsmittelkonsum dienen, ohne, dass eine Gefährdung Dritter besteht*, verstanden.¹⁸ Dementsprechend nur schwierig vorstellbar ist eine Privilegierung von Widerhandlungen gem. Art. 19 Abs. 1 lit. c, e und f. BetmG. Hingegen spielt die Menge der Drogen, welche Gegenstand der Widerhandlung bilden, für die Anwendbarkeit der Privilegierung grds. keine Rolle, wenn sie auch als Indiz für bspw. eine Weiterverkaufsabsicht dienen kann.¹⁹ Im Endeffekt ist es jedoch Sache der Staats-

¹⁴ Eidgenössische Kommission für Suchtfragen (Fn. 13), 24; LEUTHOLD (Fn. 12), 174 f.; SCHÜNEMANN (Fn. 11), 233 ff.; SHK BetmG-ALBRECHT, Einleitung N 44, Art. 19a N 17; vgl. OFK BetmG-SCHLEGEL/JUCKER, Art. 19a N 4.

¹⁵ Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Revision des Bundesgesetzes betreffend Betäubungsmittel, BBl 1951 I, 829 ff., 829 ff., 846; Komm. BetmG-HUG-BEELI, Art. 19 N 3, 5; ALBRECHT PETER, Die strafrechtlichen Sanktionen unter dem Druck der Betäubungsmitteldelinquenz, in: Donatsch Andreas/Schmid Niklaus (Hrsg.), Festschrift für Jörg Rehberg, Zürich 1996, 11 ff., 12.

¹⁶ BGE 117 IV 58 E. 2; Komm. BetmG-HUG-BEELI, Art. 19 N 21; SHK BetmG-ALBRECHT, Art. 19 N 21.

¹⁷ OFK BetmG-SCHLEGEL/JUCKER, Art. 19a N 1; SHK BetmG-ALBRECHT, Art. 19a N 14.

¹⁸ BGE 119 IV 180 E. 2a; BGE 118 IV 200 E. 3a ff.; Komm. BetmG-HUG-BEELI, Art. 19a N 390; OFK BetmG-SCHLEGEL/JUCKER, Art. 19a N 5.

¹⁹ BGE 102 IV 125, 127; Urteil des BGer 6B_523/2014 vom 4. Dezember 2014; Komm. BetmG-HUG-BEELI, Art. 19a N 275; vgl. Urteil des OGer Zürich SB140185 vom 9. Oktober 2014 E. III.3; a.A. Botschaft über die Änderung des Betäubungsmittelgesetzes, BBl 2001, 3715 ff.,

anwaltschaft, die Behauptung, die Widerhandlung gegen Art. 19 BetmG diene, ungeachtet der Menge, dem Eigenkonsum, zu widerlegen, wobei *in dubio pro reo* von Eigenkonsum auszugehen ist.²⁰ Art. 19a BetmG regelt die Strafbarkeit des Eigenkonsums und Handlungen, die einzig diesem dienen, abschliessend, somit ist es unzulässig, die Konsument:innen über den Umweg der Teilnahme am Unrecht des Dealers zu bestrafen.²¹

Vollkommen straflos sind jene Handlungen, welche in den Anwendungsbereich von Art. 19b BetmG fallen.²² Diese Bestimmung erfasst, sofern es sich um *geringfügige Mengen Betäubungsmittel handelt*, Vorbereitungshandlungen zum Konsum einerseits und die unentgeltliche Abgabe von Betäubungsmitteln an Volljährige zum gemeinsamen Konsum andererseits. Keinesfalls straflos ist hingegen der Eigenkonsum, welcher immer unter Art. 19a BetmG fällt,²³ was wiederum deutlich illustriert, dass das BetmG primär auf paternalistischen Überlegungen fusst, da es aus der Perspektive der Volksgesundheit keinesfalls einleuchtet, weshalb die Abgabe zum gemeinsamen Konsum straffrei bleibt, der *eigenverantwortliche Konsum* hingegen strafwürdig ist.

Praktisch unklar ist die Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs der geringfügigen Menge,²⁴ wobei Art. 19b Abs. 2 BetmG einzig für Cannabis einen expliziten Grenzwert im Gesetz vorschreibt, welcher unabhängig von der Konsumform zehn Gramm beträgt.²⁵ Diese Bestimmung demonstriert einmal mehr, dass der Gesetzgeber die Realität, das heisst die gesellschaftlich weitgehende Verbreitung des Cannabiskonsums, erkennt und diese im Gesetzgebungsprozess berücksichtigt.²⁶ Effektiv resultiert diese Betrachtungsweise in einer Annäherung an die, zum Erlasszeitpunkt nicht mehrheitsfähige, Entkriminalisierung des Cannabiskonsums.²⁷ Wie sich noch zeigen wird, kommt dieser Perspektive sowohl im BetmG als auch in der Rechtsprechung entschei-

3776; SCHÜTZ ALFRED, Die Strafbestimmungen des Bundesgesetzes über die Betäubungsmittel vom 3. Oktober 1951 in der Fassung vom 20. März 1975, Diss. Zürich 1980, 173.

²⁰ Komm. BetmG-HUG-BEELI, Art. 19a N 396; SHK BetmG-ALBRECHT, Art. 19a N 33.

²¹ KILLAS MARTIN/GRAPENDAAL MARTIN, Entkriminalisierung des Drogenkonsums oder Einschränkung der Strafverfolgungspflicht – Diskussionsvorschlag zur Vermeidung einer sterilen Debatte, unter Berücksichtigung des niederländischen Modells, ZstR 1/1997, 94 ff., 102; Komm. BetmG-HUG-BEELI, Art. 19a N 250 f.; OFK BetmG-SCHLEGEL/JUCKER, Art. 19a N 7.

²² BGE 145 IV 320 E. 1.4.1; BGE 108 IV 196 E. 1c; OFK BetmG-SCHLEGEL/JUCKER, Art. 19b N 15.

²³ BGE 108 IV 196 E. 1c f.; OFK BetmG-SCHLEGEL/JUCKER, Art. 19b N 4.

²⁴ Vgl. Komm. BetmG-HUG-BEELI, Art. 19b N 11 ff.; OFK BetmG-SCHLEGEL/JUCKER, Art. 19b N 11 f.

²⁵ Parlamentarische Initiative Betäubungsmittelgesetz Revision (Ordnungsbussenverfahren), Bericht der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates, BBl 2011, 8195 ff., 8207; Komm. BetmG-HUG-BEELI, Art. 19b N 61, 69.

²⁶ Vgl. BBl 2011 (Fn. 25), 8196 f.; vgl. BBl 2001 (Fn. 19).

²⁷ Vgl. Amtliches Bulletin Nationalrat 2012 (Fn. 13), 270 f.; BBl 2011 (Fn. 25), 8200.

dende Bedeutung zu, was in Anbetracht der ratio legis des BetmG zu schwer nachvollziehbaren Ergebnissen führt.

Straflos sind im Bereich der geringfügigen Menge einerseits Handlungen zur Vorbereitung des Eigenkonsums, wobei diese Bestimmung deckungsgleich mit Art. 19a Ziff. 1 2. HS BetmG zu verstehen ist.²⁸ Vereinzelt wird die Meinung vertreten, dass der Transport von Betäubungsmitteln in die Schweiz nicht von Art. 19b BetmG erfasst werden soll,²⁹ was jedoch schon der Wortlaut der Bestimmung («zum eigenen Konsum eine Widerhandlung im Sinne von Artikel 19 begeht») klar widerlegt.³⁰ Andererseits versteht man unter der Abgabe von Betäubungsmitteln zum gemeinsamen Konsum die Übertragung der Verfügungsgewalt über diese an eine andere Person, wobei die übertragende Person subjektiv das Handlungsziel verfolgt, die Betäubungsmittel zeitlich und räumlich mit der anderen Person zu konsumieren.³¹ Straflos bleibt die Abgabe jedoch nur, wenn sie unentgeltlich, das heisst ohne sonst wie geartete Gegenleistung, erfolgt.³² Der Vollständigkeit halber zu erwähnen ist, dass sich die Straflosigkeit des Verhaltens gem. Art. 19b Abs. 1 2. HS BetmG auch auf die für die Abgabe der Betäubungsmittel notwendigen Beschaffungshandlungen erstreckt.³³

Ebenfalls sei an dieser Stelle kurz erwähnt, dass es sich bei Cannabis mit mehr als 1% THC-Gehalt offensichtlich um ein Betäubungsmittel gem. Art. 2 lit. a BetmG und Art. 2a BetmG i.V.m. Anhang 1 der Betäubungsmittelverzeichnisverordnung handelt, welches demnach den Strafbestimmungen der Art. 19 ff. BetmG unterliegt.³⁴

²⁸ Komm. BetmG-HUG-BEELI, Art. 19b N 41; OFK BetmG-SCHLEGEL/JUCKER, Art. 19b N 2; SCHÜTZ (Fn. 19), 179; SHK BetmG-ALBRECHT, Art. 19b N 3.

²⁹ DELACHAUX MAX, Drogues et législation: évolution des mesures de contrôle et des mesures répressives prévues par les conventions internationales et la législation fédérale sur les stupéfiants, Diss. Lausanne 1977, 181 ff.

³⁰ Urteil des BGer 6B_911/2021 vom 19. Juni 2023; SHK BetmG-ALBRECHT, Art. 19b N 5.

³¹ Komm. BetmG-HUG-BEELI, Art. 19b N 44, 52; Kommentar StGB/JStG, in: Donatsch Andreas et al. (Hrsg.), 21. A., Zürich 2022 (OFK StGB-BEARBEITERIN, Art. XX N YY), Art. 19b BetmG N 2; SHK BetmG-ALBRECHT, Art. 19b N 7, 9.

³² Komm. BetmG-HUG-BEELI, Art. 19b N 54; OFK BetmG-SCHLEGEL/JUCKER, Art. 19b N 6; SHK BetmG-ALBRECHT, Art. 19b N 9; vgl. BGE 124 IV 254 unpubl. E. 1.a 353 in: WEISSENBERGER PHILIPPE, Bundesgericht, Kassationshof, 11.11.1998, P.c. Staatsanwaltschaft des Kantons Aargau (6S.617/1998); Nichtigkeitsbeschwerde. Unpublizierte Erwägungen und publizierte Erwägungen: BGE 124 IV 254, AJP 1999, 353 ff.

³³ Komm. BetmG-HUG-BEELI, Art. 19b N 45, 53; OFK StGB-MAURER, Art. 19b BetmG N 2; SHK-ALBRECHT, Art. 19b N 10.

³⁴ Statt vieler: Komm. BetmG-HUG-BEELI, Art. 19 N 23.

IV. Ein Anwendungsbeispiel: Urteil des Bundesgerichtes 6B_911/2021

Im eingangs erwähnten Urteil sah sich das Bundesgericht mit folgendem Sachverhalt konfrontiert: A. wurde am Bahnhof St. Margrethen im Besitz von etwas mehr als drei Gramm Drogenhanf durch das Grenzwachtkorps kontrolliert, wofür er, weil er aus Österreich eingereist sein soll, mittels Strafbefehls der mehrfachen Übertretung des BetmG i.S.v. Art. 19a Ziff. 1 BetmG schuldig gesprochen werden sollte.³⁵ Sowohl das Kreisgericht Rheintal als auch das Kantonsgericht St. Gallen sprachen A. in der Folge von den gegen ihn erhobenen Vorwürfen frei, da sich nicht rechtsgenügend erstellen liess, dass A. mit den Betäubungsmitteln in die Schweiz eingereist sei.³⁶ Hingegen bestätigten beide Instanzen die Rechtmässigkeit der Einziehung und Vernichtung des sichergestellten Cannabis, wogegen A. Beschwerde ans Bundesgericht erhob.³⁷

Nachfolgend wird kurz die strittige Voraussetzung der Sicherungseinziehung dargelegt, bevor im Detail auf das bundesgerichtliche Urteil und dessen Begründung eingegangen wird.

A. Urteilsgrundlagen der Sicherungseinziehung

Die Sicherungseinziehung gem. Art. 69 StGB³⁸ regelt die Einziehung von Gegenständen, welche im Zusammenhang mit einer Straftat stehen und aktuell oder potenziell die öffentliche Sicherheit, Sittlichkeit oder Ordnung gefährden.³⁹ Hierbei handelt es sich um eine rein sachliche Massnahme ohne repressiven Charakter, welche ungeachtet der Strafbarkeit des Eigentümers angeordnet werden kann.⁴⁰

Als strafrechtliche Massnahme setzt auch die Sicherungseinziehung ein nachgewiesenes Delikt (Anlasstat/infraction principale) voraus, welches tatbe-

³⁵ Urteil des BGer 6B_911/2021 vom 19. Juni 2023 A.

³⁶ Urteil des BGer 6B_911/2021 vom 19. Juni 2023 B f.

³⁷ Urteil des BGer 6B_911/2021 vom 19. Juni 2023 B ff.

³⁸ Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (StGB, SR 311).

³⁹ BGE 137 IV 249 E. 4.4; BGE 130 IV 143 E. 3.3.1; BSK StGB-BAUMANN, Art. 69 N 1.

⁴⁰ BGE 135 I 209 E. 3.3.2; BGE 129 IV 305 E. 4.2.3; Urteil des BGer 6B_217/2021 vom 6. Mai 2021 E. 4; Basler Kommentar Strafrecht, in: Niggli Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), 4. A., Basel 2019 (zit. BSK StGB-BEARBEITERIN, Art. XX N YY), Art. 69 N 7; Praxiskommentar Schweizerisches Strafgesetzbuch (StGB), in: Trechsel Stefan/Pieth Mark (Hrsg.), 4. A., Zürich 2021, Vor Art. 69 N 10; a.A. Kommentar Kriminelles Vermögen Kriminelle Organisationen, in: Ackermann Jürg Beat et al. (Hrsg.), Zürich 2018 (zit. Komm. KV-BEARBEITERIN, Art. XX N YY), Art. 69 N 82 f.; SCHUBARTH MARTIN, Einziehung ohne Anlasstat? – Grenzen der Einziehung des «pretium sceleris», ZStrR 2/2010, 214 ff., 218.

standsmässig und rechtswidrig begangen wurde, ohne dass darüber hinaus weitere Voraussetzungen zu erfüllen wären.⁴¹ Eine Anlasstat kann dem gesamten Bundesrecht entstammen, was gem. Art. 333 StGB auch das BetmG erfasst.⁴² Darüber hinaus können Gegenstände auch dann der Sicherheitseinziehung unterliegen, wenn sie einzig zur Begehung einer Straftat dienen und ernstlich als Tatmittel für eine zu begehende Straftat ernstlich in Aussicht genommen worden sind.⁴³

Eine Sicherungseinziehung bei Drittpersonen ist darüber hinaus nur zulässig, wenn ein *unmittelbarer Zusammenhang* zu einer *konkreten Straftat* besteht, wofür der Staat die Beweislast trägt.⁴⁴ Mit anderen Worten: Eine Einziehung zu Lasten einer Drittperson ist dann zulässig, wenn das Gericht zum Schluss kommt, beim Gegenstand handle es sich um das Ergebnis *eines in der Gesamtheit strafbaren Handelns*.⁴⁵

Da das Bundesgericht im vorliegenden Fall mit Verweis auf Art. 19b BetmG bereits das Vorliegen einer Anlasstat verneinte, erübrigen sich Ausführungen zu den weiteren Voraussetzungen des Art. 69 StGB.

B. Bundesgerichtliche Begründung

Das Bundesgericht beginnt seine Begründung mit einer Betrachtung des zum Urteilszeitpunkt herrschenden Lehrstreits über die Einziehbarkeit von geringfügigen Mengen Cannabis.⁴⁶ Gänzlich überzeugend kommt das Bundesgericht vorab zum Ergebnis, dass eine Einziehung allein gestützt auf Art. 19b BetmG jedenfalls mangels Anlasstat nicht zulässig sein kann, wobei es sogar so weit geht, dass es annimmt, geringfügige Mengen von Betäubungsmitteln stellen *verkehrs- und eigentumsfähige Sachen* im Sinne des Zivilrechts dar.⁴⁷ Die Einziehung hat demnach der Eigentumsgarantie gem. Art. 26 BV⁴⁸ standzuhalten.⁴⁹ Zumindest implizit verwirft das Bundesgericht somit das in der Lehre

⁴¹ Urteil des BGer 6B_1277/2018 vom 21. Februar 2017 E. 3.2; BSK StGB-BAUMANN, Art. 69 N 7; Komm. KV-THOMMEN, Art. 69 N 217.

⁴² BSK StGB-BAUMANN, Art. 69 N 6; Komm. KV-THOMMEN, Art. 69 N 236 f.

⁴³ BGE 129 IV 81 E. 4.1; BGE 127 IV 203 E. 7b; BGE 125 IV 185 E. 2b; BGE 112 IV 71 E. 1a; a.A. Komm. KV-THOMMEN, Art. 69 N 152, 217.

⁴⁴ BGE 147 IV 479 E. 6.5.2.2; BGE 129 IV 81 E. 4.1 f.; BGE 103 IV 76 E. 2; Komm. KV-THOMMEN, Art. 69 N 226 f.

⁴⁵ Urteil des BGer 6B_474/2016 vom 6. Februar 2017 E. 3.1.

⁴⁶ Urteil des BGer 6B_911/2021 vom 19. Juni 2023 E. 2.1.2.

⁴⁷ Urteil des BGer 6B_911/2021 vom 19. Juni 2023 E. 2.4.2, 2.6.1; so auch: BBl 2001, 8210; SHK-ALBRECHT, Art. 19b N 1 Fn. 1; a.A. OGer Zürich SU170048 vom 15. Januar 2018.

⁴⁸ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101).

⁴⁹ Urteil des BGer 6B_911/2021 vom 19. Juni 2023 E. 2.4.2; vgl. OGer Zürich SU170048 vom 15. Januar 2018 E. 5; SCHUBARTH (Fn. 40), 220 f.

verbreitete Argument, eine Einziehung sei, gestützt auf Art. 19b BetmG, zulässig, da sich die Straflosigkeit einzig auf die Absicht zum Eigenkonsum stütze, Cannabis aber grds. die Gefahr birgt, zur Begehung einer Straftat zu dienen.⁵⁰ Bereits in dieser Argumentation zeigt sich, dass auch das Bundesgericht in seiner Rechtsprechung der Realität des gesellschaftlich verbreiteten Cannabiskonsums ein besonderes Gewicht verleiht, was wiederum eine *de-facto-Annäherung an eine Legalisierung oder Entkriminalisierung des Cannabiskonsums* darstellt. Besonders ironisch ist vor dem Hintergrund der ratio legis, dass die einzige effektive Handlung zum Schutz der Konsument:innen, nämlich die Einziehung, verworfen wird, womit das BetmG seinen Zweck wohl gänzlich verfehlt.⁵¹

Ebenfalls verwirft das Bundesgericht die Ansicht, dass eine Einziehung darauf fassen kann, dass einer straflosen Vorbereitungshandlung des:der Konsument:in zwingend eine strafbare Handlung einer Drittperson, namentlich eines:einer Dealer:in, vorangehen muss, womit eine Anlasstat für die Einziehung bei Dritten vorliegen würde.⁵² Diese Auffassung lehnt das Bundesgericht mit der Argumentation ab, dass sich ohne weitere Ermittlungshandlungen nicht erstellen lässt, ob die Voraussetzungen der Sicherheitseinziehung bei Drittpersonen, namentlich der unmittelbare und konkrete Bezug zu einer strafbaren Handlung, gegeben sind.⁵³ Indem das Bundesgericht die Anwendbarkeit der Sicherheitseinziehung verneint, nähert es sich auch hier der Realität des Cannabiskonsums an. Dies mag *im Ergebnis zwar zutreffend erscheinen*, betrachtet man jedoch den konkret vorliegenden Sachverhalt, vermag zumindest die Argumentationslinie des Bundesgerichtes nicht wirklich zu überzeugen. Dieses hält nämlich fest, dass denkbar wäre, dass es bei der Anlasstat am subjektiven Tatbestand mangelt oder die Abgabe straflos erfolgte, namentlich weil sie im Hinblick auf einen späteren gemeinsamen Konsum oder im Rahmen eines bewilligten Pilotprojektes gem. Art. 8a BetmG erfolgte.⁵⁴

⁵⁰ OGer Zürich SU170048 vom 15. Januar 2018 E. 4; Komm. BetmG-HUG-BEELI, Art. 19b N 59; JUCKER OLIVER/SCHLEGEL STEPHAN, Nr. 26 Bundesgericht, Strafrechtliche Abteilung, Urteil vom 6. September 2017 i.S. Staatsanwaltschaft des Kantons Basel-Stadt gegen X. – 6B_1273/2016, forumpoenale 4/2018, 275 ff., 279; a.A. ALBRECHT PETER, Nr. 38 Obergericht des Kantons Zürich, II. Strafkammer, Urteil vom 15. Januar 2018 i.S. gegen Stadtrichteramt Zürich – SU170048-O/U/hb, 500 m.H.a. Komm. KV-Thommen, Art. 69 N 217.

⁵¹ Vgl. Perspektiven der schweizerischen Drogenpolitik, Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulats 17.4076 Rechsteiner Paul, 12. Dezember 2017 vom 28. April 2021, 21 m.w.H.

⁵² Urteil des BGer 6B_911/2021 vom 19. Juni 2023 E. 2.6.2; vgl. Komm. BetmG-HUG-BEELI, Art. 28e N 19; JUCKER/SCHLEGEL (Fn. 47), 278.

⁵³ Urteil des BGer 6B_911/2021 vom 19. Juni 2023 E. 2.6.2.

⁵⁴ Urteil des BGer 6B_911/2021 vom 19. Juni 2023 E. 2.6.2.

All diese erhobenen Einwände erwecken allenfalls theoretische Zweifel am Bestehen einer Anlasstat. Mit Blick auf die Realität zielen sie vielmehr ins Leere. So mag es möglich sein, dass der:die Dealer:in einem Sachverhaltsirrtum unterliegt, jedoch ist zumindest fragwürdig, in welchen Konstellationen dies tatsächlich eintreten soll. In aller Regel wird, wer einer anderen Person Hanf in einer für den Konsum (und nicht die industrielle Verwendung) geeigneten Menge besorgt – wobei es sich nicht um kontrolliert angebauten CBD-Hanf mit weniger als 1% THC handelt – zumindest für möglich halten und in Kauf nehmen, dass es sich hierbei um ein Betäubungsmittel handelt. Zutreffend ist auch, dass der Zeitpunkt der Abgabe von Betäubungsmitteln i.S.v. Art. 19b BetmG und der gemeinsame Konsum divergieren können.⁵⁵ Jedoch erscheint es im vorliegenden Fall kaum glaubwürdig, dass die erwähnten ca. drei Gramm Cannabis A. mit dem Ziel übergeben wurden, sie später einzig gemeinsam zu konsumieren. Ausgehend von einem durchschnittlichen THC-Gehalt von Cannabis von ca. 15%⁵⁶ und einer Konsumeinheit von 15mg THC⁵⁷, besass A. vorliegend 30 Konsumeinheiten. Selbst wenn man zu seinen Gunsten von einer doppelten oder gar viermal so grossen Konsumeinheit ausgeht, bleibt es höchst fragwürdig, dass A. die drei Gramm Cannabis einzig für einen später beabsichtigten gemeinsamen Konsum übergeben wurden.⁵⁸ Komplette Abwegigkeit ist sodann der Einwand, A. könne die Betäubungsmittel im Rahmen eines bewilligten Pilotprojektes erhalten haben, da zum Tatzeitpunkt noch keine solchen Projekte tatsächlich im Gange waren.⁵⁹

Abschliessend lässt sich demnach klar erkennen, dass das Bundesgericht in Bezug auf Cannabiskonsum einer de-facto-Entkriminalisierung nicht abgeneigt scheint. Selbst wenn es hierfür die Realität des Einzelfalles aussen vorlässt, gelingt es ihm dadurch, der gesellschaftlichen Realität des Konsums angemessene Rechnung zu tragen. Somit stehen sowohl die Rechtsprechung als auch die Legislative im Ergebnis der Bekämpfung des Cannabiskonsums durch das Strafrecht ablehnend gegenüber, womit die generelle Einordnung und Behandlung von Cannabis als Betäubungsmittel nach der ratio legis des BetmG

⁵⁵ Komm. BetmG-HUG-BEELI, Art. 19b N 46.

⁵⁶ Sozialdepartement Stadt Zürich, Cannabis Auswertung 1. Halbjahr 2024, abrufbar unter: <https://www.saferparty.ch/blog/cannabis-halbjahresauswertung-2024>.

⁵⁷ Vgl. BGE 109 IV 143 E. 3b; Beschluss des BGH (Fn. 13), 795; Urteil des BGH 3 StR 183/84 vom 18. Juli 1984, NJW 1985, 1404 ff., 1405.

⁵⁸ Vgl. WEISSENBERGER (Fn. 32), E. 2a, 353 f., wonach die Mitnahme des über den gemeinsam konsumierten Teil hinausgehenden Betäubungsmittels eine straffbare Handlung gem. Art. 19 BetmG darstellt; so auch Urteil des BGer 6S.75/2002 vom 15. April 2003 E. 1.3.

⁵⁹ Vgl. Bundesamt für Gesundheit, Übersicht über die bewilligten Pilotversuche, abrufbar unter: <https://www.bag.admin.ch/de/uebersicht-ueber-die-bewilligten-pilotversuche-mit-cannabis>.

gänzlich *ad absurdum* geführt wird. M.a.W. widerspricht es dem Schutz der Konsument:innen, wenn der Konsum von Cannabis faktisch erlaubt ist.

V. Sonstige Sonderbehandlung von Cannabis im Betäubungsmittelstrafrecht

Die bereits festgestellte legislative Sonderbehandlung von Cannabis aufgrund der Realität des weitverbreiteten Konsums findet sich in weiteren Bestimmungen des BetmG. Auf diese Bestimmungen soll im Rahmen eines Überblicks nachfolgend kurz eingegangen werden.

A. Keine Gesundheitsgefährdung gem. Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG

Unter den Qualifikationstatbeständen zu Art. 19 BetmG findet sich u.a. die gesundheitliche Gefährdung vieler Menschen. Nahm das Bundesgericht ursprünglich auch betreffend Cannabis noch an, dass eine Gesundheitsgefährdung möglich sei,⁶⁰ änderte es seine Praxis mit Blick auf den Stand medizinischer Forschung betreffend die Gefährlichkeit von Cannabis, sodass die Qualifikation auch für den Handel mit grossen Mengen Cannabis keine Anwendung mehr findet.⁶¹ Im Gegensatz zu den sonstigen in diesem Aufsatz behandelten Sonderbehandlungen ist dieser Entscheid jedoch nicht als de-facto-Entkriminalisierung des Konsums aufzufassen, sondern stellt vielmehr eine *wünschenswerte medizinisch-wissenschaftliche Betrachtung der Gefährlichkeit von Betäubungsmitteln* im Betäubungsmittelstrafrecht als Ganzes dar.⁶² Hierfür spricht insb. auch, dass das Bundesgericht mit einer ähnlichen Argumentation die Anwendbarkeit der Qualifikation gem. Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG auf MDMA/Ecstasy verneinte.⁶³

⁶⁰ BGE 109 IV 143 E. 3b; BGE 106 IV 227; OFK BetmG-SCHLEGEL/JUCKER, Art. 19 N 178.

⁶¹ BGE 117 IV 314 E. 2c ff.; ALBRECHT (Fn. 11), N 10; Komm. BetmG-HUG-BEELI, Art. 19 N 955 ff.; SHK BetmG-ALBRECHT, Art. 19 N 195.

⁶² S.o. [II](#).

⁶³ BGE 125 IV 104 E. 3d; BGE 125 IV 90 E. 3d; FIOLKA GERHARD, Bundesgericht, Kassationshof, 21.4.1999 i.S. Staatsanwaltschaft des Kantons Aargau c.C., BGE 125 IV 90, Nichtigkeitsbeschwerde; Bundesgericht, Kassationshof, 21.4.1999 i.S. M.c. Generalprokurator des Kantons Bern, BGE 125 IV 104, Nichtigkeitsbeschwerde, AJP 11/1999, 1487 ff., 1489; a.A. Schweizerische Gesellschaft für Rechtsmedizin, Gutachten Gefährlichkeit von MDMA, August 2011, 11 ff.; WEDER ULRICH, Die Designer-Drogen aus rechtlicher Sicht, unter besonderer Berücksichtigung des Amphetaminderivats MDMA («Ecstasy»), ZStrR 115/1997, 440 ff.

B. Straflosigkeit des gemeinsamen Konsums gem. Art. 19b Abs. 1 2. HS BetmG

Wenn auch grundsätzlich auf alle Betäubungsmittel anwendbar,⁶⁴ bezieht sich die Bestimmung des Art. 19b 2. HS BetmG offensichtlich primär auf den bereits in BGE 95 IV 179 thematisierten Vorgang des Kreisenlassens eines Joints als gesellschaftlich verbreitete Konsumform von Cannabis.⁶⁵ Bereits zum Inkrafttreten dieser Bestimmung hatte der Gesetzgeber dementsprechend die Realität des Cannabiskonsums im Auge, wobei es – wohl auch der damaligen Perspektive auf den Betäubungsmittelkonsum als Ganzes geschuldet – zu diesem Zeitpunkt selbstverständlich noch nicht um eine Entkriminalisierung bzw. Legalisierung ging, sondern einzig darum, die in Art. 19a BetmG vorgesehene Übertretungsstrafbarkeit von Konsument:innen nicht dadurch einzuschränken, dass beim gemeinsamen Konsum zwangsläufig auch eine Strafbarkeit nach Art. 19 Abs. 1 lit. c BetmG, welche ein Vergehen darstellt, zum Tragen kommt.⁶⁶

C. Behandlung von Cannabiskonsum im Ordnungsbussenverfahren gem. Ziff. 800i Anhang II OBV⁶⁷

Der Konsum von Cannabis gem. Art. 19a BetmG kann seit 2013 im vereinfachten Ordnungsbussenverfahren abgehandelt werden, sofern der Beschuldigte diesem Verfahren gem. Art. 4 Abs. 3 lit. c OBG⁶⁸ nicht widerspricht.⁶⁹ Wurde diese Möglichkeit ursprünglich in den Art. 28b ff. BetmG geregelt, fand inzwischen eine Überführung ins OBG statt.⁷⁰ Die Behandlung von Cannabiskonsum im Ordnungsbussenverfahren zeigt am eklatantesten, dass auch dem Gesetzgeber die Verbreitung von Cannabis in der Gesellschaft bewusst ist und er diesem Umstand grds. im Rahmen einer Beinahe-Entkriminalisierung Rechnung trägt.⁷¹ Zwar kann nur der Konsum und nicht sonstige Widerhandlungen zum Eigenkonsum gem. Art. 19a BetmG mittels Ordnungsbussenverfahren abgehandelt werden;⁷² da solche jedoch häufig auch von Art. 19b BetmG erfasst

⁶⁴ SHK BetmG-ALBRECHT, Art. 19b N 6; WEISSENBERGER (Fn. 32), 356.

⁶⁵ Amtliches Bulletin Nationalrat 1974, 1456; DELACHAUX (Fn. 29), 180; OFK BetmG-SCHLEGEL/JUCKER, Art. 19b N 5; WEISSENBERGER (Fn. 32), E. 2b/bb 354.

⁶⁶ Amtliches Bulletin Nationalrat 1974 (Fn. 65), 1456 ff.

⁶⁷ Ordnungsbussenverordnung vom 16. Januar 2019 (OBV, SR 314.11).

⁶⁸ Ordnungsbussengesetz vom 18. März 2016 (OBG, SR 314.1).

⁶⁹ Komm. BetmG-HUG-BEELI, Art. 28b N 15; OFK BetmG-SCHLEGEL/JUCKER, Art. 19a N 22; SHK BetmG-ALBRECHT, Art. 28b N 3.

⁷⁰ OFK BetmG-SCHLEGEL/JUCKER, Art. 28b–28l N 1.

⁷¹ BBl 2011 (Fn. 25), 8200.

⁷² Komm. BetmG-HUG-BEELI, Art. 28b N 1; SHK BetmG-ALBRECHT, Art. 28b N 4.

werden,⁷³ haben Konsument:innen von Cannabis dank dieser Regelung kaum mehr ein Strafverfahren zu befürchten. Dennoch erscheint die Bestrafung von Konsument:innen in Anbetracht dieser Bestimmung absolut absurd, denn der – ohnehin überschätzte – generalpräventive Effekt der Bestrafung zu deren Selbstschutz wird mit einer Busse von 100 Franken wohl kaum zu erreichen sein; damit dürfte das *Vorliegen eines legitimen Strafbedürfnisses wohl endgültig entfallen*.⁷⁴

VI. Fazit

Die Legislative und Rechtsprechung zum Cannabiskonsum in den letzten Jahren sind ausgesprochen stark davon geprägt, dass Cannabiskonsum ein weitverbreitetes und gesellschaftlich akzeptiertes Phänomen darstellt. Konsument:innen haben lediglich ein Strafverfahren für Widerhandlungen gegen das BetmG i.S.v Art. 19a Ziff. 1 2. HS BetmG zu befürchten, d.h. wenn mehr als zehn Gramm Cannabis betroffen sind, wobei auch hier einzig eine Übertretungsstrafbarkeit im Raum steht. Darüber hinaus zieht der Konsum von Cannabis eine Ordnungsbusse von 100 Franken nach sich. Sonstige negative Konsequenzen, wie die Einziehung der Betäubungsmittel, haben Konsument:innen hingegen nicht zu erwarten. Dementsprechend ist der Schluss naheliegend, dass der Konsum von Cannabis de facto entkriminalisiert wurde.

Vor dem Hintergrund, dass das BetmG primär den Schutz der Konsument:innen beabsichtigt, erscheint daher die Einordnung und Behandlung von Cannabis als Betäubungsmittel absolut unangebracht. Im Kontrast dazu zeigen erste Erfahrungen aus Deutschland, dass eine Entkriminalisierung des Konsums ohne gleichzeitige kontrollierte und legale Beschaffungsmöglichkeiten zu ermöglichen ein ernsthaftes Gefahrenpotential ausgehend von organisiertem Verbrechen birgt.⁷⁵ *Alles in allem ist es höchste Zeit, der Realität ins Auge zu blicken und Cannabis aus der Liste der dem Betäubungsmittelgesetz unterstehenden Substanzen zu streichen und stattdessen einen regulierten und kon-*

⁷³ S.o. [III](#).

⁷⁴ SHK BetmG-ALBRECHT, Art. 28b N 8; vgl. Bericht des Bundesrates 2021 (Fn. 51) m.w.H.

⁷⁵ Vgl. GIWERZEW NATHAN, Trotz aller Warnungen hat die deutsche Regierung Cannabis auf die Schnelle legalisiert. Nun bewahrheiten sich die schlimmsten Befürchtungen, NZZ vom 19. August 2024, abrufbar unter: <<https://www.nzz.ch/international/trotz-aller-warnungen-hat-die-deutsche-regierung-cannabis-auf-die-schnelle-legalisiert-nun-bewahrheiten-sich-die-schlimmsten-befuerchtungen-ld.1842382>>; KEILANI FATINA, Die brutale Drogenbande Mocro-Mafia hat Deutschland erreicht – ist das eine Folge der Cannabis-Legalisierung?, NZZ vom 7. August 2024, abrufbar unter: <<https://www.nzz.ch/international/mocro-drogenmafia-in-deutschland-folge-der-cannabis-politik-ld.1841849>>.

trollierten Verkauf zu ermöglichen. In diesem Sinne ist grundsätzlich zu befürworten, dass inzwischen in Art. 8a BetmG zugelassene Pilotprojekte im Gange sind, wobei deren Zweckhaftigkeit anzuzweifeln ist, wo doch der Konsum gesellschaftlich – und wie vorliegender Beitrag gezeigt hat auch in der Strafjustiz – längstens zumindest geduldet wird.

Wenn Drogen heilen

Zu den strafrechtlichen Aspekten der Selbstmedikation mit illegalen Drogen

Vivian Stein

Inhaltsübersicht

I.	Einleitung	57
II.	Strafrechtliche Verantwortung bei Selbstmedikation mit illegalen Drogen	59
A.	Strafbarkeit von Konsum und Beschaffungshandlungen nach Art. 19a Ziff. 1 BetmG	60
1.	Selbstmedikation als (un)befugter Konsum	60
2.	Grenzen der Privilegierung	61
B.	Strafbarkeit des blossen Besitzes	62
III.	Notstand als Rechtfertigung bei Selbstmedikation	62
A.	Problematik der strikten Subsidiarität	63
B.	Höherwertigkeit der geschützten Interessen	64
IV.	Strafbefreiung und Verfahrenseinstellung	65
A.	Rechtsprechung des Bundesgerichts	66
B.	Leichte Fälle in der Lehre	67
1.	Ansätze zur Konkretisierung des leichten Falls	67
2.	Massstab für die Annahme eines leichten Falls	69
C.	Konsequenzen des Vorliegens eines leichten Falls	69
D.	Bedeutung für die Selbstmedikation mit Drogen	70
V.	Fazit	71

I. Einleitung

Art. 2 BetmG¹ definiert für die Schweiz, welche Substanzen als Drogen gelten. Ähnlich wie in den von der Schweiz unterzeichneten UN-Drogenkonventionen unterscheidet das Gesetz dabei zwischen Betäubungsmitteln (lit. a) – Morphin,

¹ Bundesgesetz über die Betäubungsmittel und die psychotropen Stoffe (Betäubungsmittelgesetz, BetmG, SR 812.121) vom 3. Oktober 1951.

Kokain und Cannabis – sowie psychotropen Stoffen (lit. b).² Letztere umfassen eine Vielzahl von Substanzen, wie beispielsweise LSD³ und Ketamin.⁴ Zahlreiche dieser Stoffe können, neben ihrer Verwendung als Rauschmittel, auch medizinisch eingesetzt werden.⁵ So weisen Studien etwa auf die therapeutische Wirksamkeit von Cannabinoiden gegen chronische Schmerzen oder chemotherapieinduzierte Übelkeit hin,⁶ Morphine sind schon lange in der Schmerztherapie unverzichtbar⁷ und LSD könnte Patienten mit bestimmten psychischen Leiden wie Depression und Sucht unterstützen.⁸ Dennoch ist der legale Zugang zu diesen Mitteln oft eingeschränkt.⁹ Erkrankte Personen, die nach Linderung suchen, könnten daher versucht sein, illegale Wege zu beschreiten. Dieser Schritt setzt sie allerdings dem Risiko aus, strafrechtlich verfolgt zu werden.

Angesichts der besonderen Lage erkrankter Personen, insbesondere, wenn sie einen hohen Leidensdruck und wenig Erfolg mit den bestehenden Therapien haben, stellt sich die Frage, ob es gerechtfertigt ist, sie strafrechtlich

² HUG-BEELI GUSTAV, Betäubungsmittelgesetz (BetmG), Kommentar zum Bundesgesetz über die Betäubungsmittel und die psychotropen Stoffe vom 3. Oktober 1951, Basel 2016 (zit. BetmG Komm-HUG-BEELI, Art. XX N YY), Art. 2 N 2.

³ Lysergsäurediethylamid.

⁴ BetmG Komm-HUG BEELI (Fn. 2), Art. 2 N 1092 ff.

⁵ Wenn die Substanz als Heilmittel, also als zugelassenes Arzneimittel, das tatsächlich zur Erkennung, Verhütung oder Behandlung von Verletzungen oder Behinderungen verwendet wird, gilt, fällt sie zusätzlich in den Anwendungsbereich des Heilmittelgesetzes (Bundesgesetz über Arzneimittel und Medizinprodukte [Heilmittelgesetz, HMG, SR 812.21] vom 15. Dezember 2000; BetmG Komm-HUG BEELI (Fn. 2), Art. 1b N 1, 4; SCHLEGEL STEPHAN/JUCKER OLIVER, BetmG Kommentar, Betäubungsmittelgesetz mit weiteren Erlassen, 4. A., Zürich 2022 [zit. OFK BetmG-SCHLEGEL/JUCKER, Art. XX N YY], Art. 1b N 5). Welche Substanzen dies derzeit sind, ergibt sich aus der Verordnung des EDI über die Verzeichnisse der Betäubungsmittel, psychotropen Stoffe, Vorläuferstoffe und Hilfschemikalien (Betäubungsmittelverzeichnisverordnung, BetmVV-EDI) vom 30. Mai 2011 (siehe hierzu auch FIOLKA GERHARD, Die revidierten Strafbestimmungen des BetmG – Vier Säulen und einige Überraschungen, AJP 2011, 1271 ff., 1273 f.). Da das HMG keine Konsumentatbestände kennt, werden diese Bestimmungen im Folgenden nicht weiter thematisiert.

⁶ HILL KEVIN P., Medical Use of Cannabis in 2019, JAMA 322 10/2019, 974 ff., 974. In vielen Anwendungsbereichen ist die Wirkung von Cannabinoiden jedoch nicht hinreichend belegt (ders., 975).

⁷ MURPHEY PATRICK B./BECHMANN SAMUEL/BARRETT MICHAEL J., Morphine, 22. Mai 2023 <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/books/NBK526115/#:~:text=Most%20commonly%20used%20in%20pain,pain%20during%20sickle%20cell%20crisis>>.

⁸ LIECHTI MATTHIAS E., Modern Clinical Research on LSD, Neuropsychopharmacology 2017, 2114 ff., 2124.

⁹ Für einen beispielhaften Problembeschrieb für LSD und Magic Mushrooms siehe LEUTHOLD JIL, Medizinische Anwendung von LSD und Magic Mushrooms im schweizerischen Recht, in: EGE GIAN ET AL., Legalisation and Decriminalisation of Narcotic Drugs and Psychotropic Substances, Bern 2023, 133 ff.

genauso zu behandeln wie Freizeitkonsumierende, oder ob ein abweichender Unrechtsgehalt ihres Handelns eine andere strafrechtliche Bewertung erfordert. Um diese Frage zu beantworten, wird zunächst der rechtliche Rahmen des unbefugten Drogenkonsums beschrieben. Darauf aufbauend untersucht der Aufsatz, inwieweit die besondere Situation erkrankter Personen rechtfertigend oder entschuldigend berücksichtigt werden kann, und schliesslich werden mögliche Strafbefreiungsgründe beleuchtet.

II. Strafrechtliche Verantwortung bei Selbstmedikation mit illegalen Drogen

Der unbefugte Umgang mit Betäubungsmitteln ist in jeglicher Form kriminalisiert.¹⁰ Für selbstbehandelnde Personen sind insbesondere die Beschaffung durch Erwerb,¹¹ Anbau¹² oder Herstellung,¹³ der Besitz¹⁴ sowie der eigentliche Konsum relevant. Diese Handlungen können in den Anwendungsbereich von Art. 19 Abs. 1 lit. a und d BetmG fallen, der Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe (Abs. 1) androht. Soweit die Selbstbehandelnden ihr Verhalten jedoch auf den Eigenkonsum beschränken, werden sie ausschliesslich nach den privilegierten Tatbeständen in Art. 19a und 19b BetmG beurteilt.¹⁵

¹⁰ DE GRODECKI STÉPHANE/JEANNERET YVAN, Petit Commentaire LStup, Dispositions pénales, Basel 2022 (zit. PC LStup-GRODECKI/JEANNERET, Art. XX N YY), Art. 19 N 1; BetmG Komm-HUG BEELI (Fn. 2), Art. 19 N 5.

¹¹ Erwerb bezeichnet die Erlangung der tatsächlichen Verfügungsgewalt über Betäubungsmittel durch ein Rechtsgeschäft und gegen Bezahlung (OFK BetmG-SCHLEGL/JUCKER (Fn. 5), Art. 19 N 77; HEIMGARTNER STEFAN ET AL. (Hrsg.), StGB/JStG Kommentar, Mit weiteren Erlassen und Kommentar zu den Strafbestimmungen des SVG, BetmG und AuG/AIG und OBG, 21. A., Zürich 2022 [zit. OFK StGB-BEARBEITER/IN, Art. XX Gesetz N YY], MAURER, Art. 19 BetmG N 26).

¹² Anbau umfasst jegliche Bemühungen, die auf das Kultivieren und Gedeihen von Pflanzen abzielen, die als Betäubungsmittel gelten (PC LStup-GRODECKI/JEANNERET (Fn. 10), Art. 19 N 14; BetmG Komm-HUG BEELI (Fn. 2), Art. 19 N 186 mit weiteren Hinweisen auf insb. die deutsche Lehre; OFK BetmG-SCHLEGL/JUCKER (Fn. 5), Art. 19 N 28; OFK StGB-MAURER (Fn. 11), Art. 19 BetmG N 13).

¹³ Die Herstellung umfasst alle mechanischen oder chemischen Veränderungen eines Stoffes, die zur Entstehung eines neuen oder veränderten Betäubungsmittels führen (BetmG Komm-HUG BEELI (Fn. 2), Art. 19 N 229; PC LStup-GRODECKI/JEANNERET (Fn. 10), Art. 19 N 15).

¹⁴ Unbefugter Besitz liegt vor, wenn eine tatsächliche Verfügungsgewalt über Betäubungsmittel bewusst herbeigeführt und mit einem entsprechenden Herrschaftswillen aufrechterhalten wird, ohne dass dies gesetzlich vorgesehen ist (PC LStup-GRODECKI/JEANNERET (Fn. 10), Art. 19 N 31; BetmG Komm-HUG BEELI (Fn. 2), Art. 19 N 566, 569).

¹⁵ Vgl. PC LStup-GRODECKI/JEANNERET (Fn. 10), Art. 19a N 1, Art. 19b N 1; siehe auch ALBRECHT PETER (Hrsg.), Die Strafbestimmungen des Betäubungsmittelgesetzes (Art. 19-28 BetmG), 3. A., Bern 2016 (zit. SHK BetmG-BEARBEITER/IN, Art. XX N YY), ALBRECHT, Art. 19a N 2; BetmG Komm-HUG BEELI (Fn. 2), Art. 19a N 250 f.

A. Strafbarkeit von Konsum und Beschaffungshandlungen nach Art. 19a Ziff. 1 BetmG

Art. 19a Abs. 1 BetmG erklärt den unbefugten Konsum von Betäubungsmitteln für strafbar und privilegiert in einer zweiten Variante die Begehung von Art. 19 BetmG-Delikten zu Konsumzwecken. Der Täterschaft droht in beiden Fällen lediglich eine Busse, es handelt sich also um eine Übertretung (vgl. Art. 103 StGB¹⁶).

1. Selbstmedikation als (un)befugter Konsum

Konsum umfasst jede unbefugte Einnahme von illegalen Drogen, beispielsweise durch Rauchen oder Injektion, unabhängig von der konsumierten Menge.¹⁷ Unbefugt ist dieser Konsum, wenn er nicht auf einer ärztlichen Verschreibung beruht.¹⁸ In mehreren Fällen, in denen lediglich eine ärztliche Empfehlung oder ein Attest für die Sinnhaftigkeit des Konsums zur Behandlung eines bestehenden Leidens vorlag, jedoch keine ärztliche Verschreibung, erkannte das Bundesgericht auf unberechtigten Konsum.¹⁹ Auch das Gesetz selbst unterscheidet nicht zwischen verschiedenen Konsumzwecken, weshalb die Selbstbehandelnden genau wie die Freizeitnutzenden unter den Anwendungsbereich von Art. 19a Ziff. 1 BetmG fallen.

Die verschreibende ärztliche Fachperson muss zudem zur Verordnung berechtigt sein, wobei bei fehlender Berechtigung den Konsumierenden regelmässig ein Sachverhaltsirrtum²⁰ zugutegehalten werden kann.²¹ Bei blosser

¹⁶ Schweizerisches Strafgesetzbuch (StGB, SR 311.0) vom 21. Dezember 1937.

¹⁷ SHK BetmG-ALBRECHT (Fn. 15), Art. 19a N 16 ff.; OFK BetmG-SCHLEGL/JUCKER (Fn. 5), Art. 19a N 4; OFK StGB-MAURER (Fn. 11), Art. 19 BetmG N 1; PC LStup-GRODECKI/JEANNERET (Fn. 10), Art. 19a N 2.

¹⁸ BetmG Komm-HUG BEELI (Fn. 2), Art. 19a N 253 f.; PC LStup-GRODECKI/JEANNERET (Fn. 10), Art. 19a N 5.

¹⁹ Urteil des BGer 6B_920/2015 vom 4. Mai 2016 E. 1.4.4; Urteil des BGer 6S.15/2001 vom 14. Juni 2001 E. 3.cc.

²⁰ Bei einem Sachverhaltsirrtum unterliegt die handelnde Person einer irrigen Vorstellung über eine tatbestandsrelevante Gegebenheit (Art. 13 StGB, siehe auch OFK StGB-DONATSCH (Fn. 11), Art. 13 N 1 f.). Ist der Irrtum erstellt, so wird der Täter grundsätzlich nach dem sich von ihm vorgestellten Sachverhalt beurteilt (Art. 13 Abs. 1 StGB). Hier irrt die Person über die Berechtigung der Medizinalperson zur Verschreibung der Droge, was Voraussetzung für den befugten Konsum ist. Bei durch pflichtgemässe Vorsicht vermeidbaren Irrtümern folgt, sofern ein solcher Tatbestand existiert, eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit (Abs. 2). Das betrifft gem. Art. 333 Abs. 7 StGB insbesondere alle Übertretungen im Nebenstrafrecht, die nicht ausdrücklich nur vorsätzlich begangen werden können.

²¹ Urteil des BGer 6S.393/2002 vom 30. Januar 2003 E. 2.3; PC LStup-GRODECKI/JEANNERET (Fn. 10), Art. 19a N 5; so auch SHK BetmG-ALBRECHT (Fn. 15), Art. 19a N 27 f.

ärztlicher Empfehlung ohne entsprechende Verschreibung verneinte das Bundesgericht zu Recht die Vermeidbarkeit eines allfälligen Rechtsirrtums.²²

2. Grenzen der Privilegierung

Die Anwendbarkeit des privilegierenden Tatbestands ist unabhängig von der Menge der konsumierten Drogen, der Dauer der Beschaffung oder dem Umfang der Drogenvorräte beziehungsweise des Anbaus.²³ Auch die Art des konsumierten Betäubungsmittels ist nicht relevant.²⁴ Für selbstbehandelnde Personen bedeutet dies, dass sie auch bei einer langfristigen Behandlung und dem damit einhergehenden umfangreicheren Gebrauch der illegalen Substanz weiterhin lediglich mit einer Busse rechnen müssen.

Art. 19a Ziff. 1 BetmG erfasst auch Beschaffungshandlungen zum Eigenkonsum, die ansonsten unter Art. 19 BetmG fallen würden, vorausgesetzt, diese Handlungen dienen ausschliesslich dem eigenen Konsum und fördern nicht den Konsum Dritter.²⁵ Damit Selbstbehandelnde unter den privilegierten Tatbestand fallen, ist es also entscheidend, dass sie nicht zusammen mit anderen Personen, beispielsweise mit gleichem Beschwerdebild, handeln.²⁶ Werden für die Selbstbehandlung Cannabinoide verwendet und der Fall im Ordnungsbussenverfahren behandelt, so droht für den unbefugten vorsätzlichen Konsum nur eine Busse von CHF 100.00.²⁷

²² Urteil des BGer 6B_920/2015 vom 4. Mai 2016 E. 1.4.4. Ein Rechtsirrtum i.S.v. Art. 21 StGB führt zur Entschuldigung der Tat und liegt vor, wenn die handelnde Person sich den Sachverhalt korrekt vorstellt, aber nicht weiss und nicht wissen kann, dass ihr Verhalten rechtswidrig ist. War der Irrtum vermeidbar, so folgt lediglich eine Strafmilderung (Art. 21 StGB; siehe auch OFK StGB-DONATSCH (Fn. 11), Art. 19 N 1, 7.

²³ OFK BetmG-SCHLEGL/JUCKER (Fn. 5), Art. 19a N 3; BetmG Komm-HUG BEELI (Fn. 2), Art. 19a N 275; PC LStup-GRODECKI/JEANNERET (Fn. 10), Art. 19a N 4; dies geht indirekt auch aus dem Urteil des BGer 6B_523/2014 vom 15. Dezember 2014 hervor, in dem der Beschuldigte nicht unbeträchtliche Mengen an Cannabis besass.

²⁴ PC LStup-GRODECKI/JEANNERET (Fn. 10), Art. 19a N 4; BetmG Komm-HUG BEELI (Fn. 2), Art. 19a N 277.

²⁵ BGE 118 IV 200 E. 3.b; 119 IV 180 E. 2.a; OFK BetmG-SCHLEGL/JUCKER (Fn. 5), Art. 19a N 5; OFK StGB-MAURER (Fn. 11), Art. 19a BetmG N 2; PC LStup-GRODECKI/JEANNERET (Fn. 10), Art. 19a N 3.

²⁶ Einzige nicht strafbare hier mögliche Handlung zusammen mit anderen ist die unentgeltliche Abgabe einer geringfügigen Menge von Drogen an eine volljährige Person zum gleichzeitigen und gemeinsamen Konsum (Art. 19b Abs. 1 BetmG).

²⁷ Art. 1 Abs. 1 lit. a Ziff. 10 Ordnungsbussengesetz (OBG, SR 314.1) vom 18. März 2016 i.V.m. Anhang 2 Ziff. 8001 Ordnungsbussenverordnung (OBV, SR 314.11) vom 16. Januar 2019; zu den Fällen, in denen ein Ordnungsbussenverfahren angewandt werden kann, siehe auch KAISER DANIEL, Straf- und administrativrechtliche Folgen eines Drogenkonsums, Strassenverkehr 1/2021 14 ff., 18 f.

B. Strafbarkeit des blossen Besitzes

Besitzt eine Person, die beabsichtigt, sich mit illegalen Drogen zu behandeln, bloss geringfügige Mengen der dafür vorgesehenen Substanz, so richtet sich die Strafbarkeit für den Besitz ausschliesslich nach Art. 19b Abs. 1 BetmG.²⁸ Was als geringfügige Menge gilt, ist gesetzlich nur für Cannabis (10 Gramm gemäss Art. 19b Abs. 2 BetmG) bestimmt. Für andere Substanzen gibt es keine einheitliche Grenze. Das Bundesgericht orientiert sich an der für den betreffenden Konsumierenden ausreichenden Konsummenge für eine Woche, stützt aber auch anderes kantonales Ermessen.²⁹ Für Selbstbehandelnde vor dem ersten (nachweislichen) Konsum bedeutet dies, dass sie, sofern sie keine grossen Mengen der illegalen Droge besitzen, keine strafrechtliche Verfolgung befürchten müssen.

C. Konkurrenzfragen

Begeht eine Person ein Delikt nach Art. 19 BetmG und möchte einen Teil der Drogen selbst konsumieren, so besteht echte Konkurrenz zu Art. 19a BetmG.³⁰ Dies betrifft insbesondere die Fälle, in denen eine selbstbehandelnde Person bereits im Drogenschwarzmarkt involviert ist oder sich auf diese Weise die Behandlung finanzieren möchte. Gleiches muss für Art. 19b BetmG gelten. Die Anwendbarkeit von Art. 19a BetmG schliesst Art. 19b BetmG aus,³¹ weshalb sich hier keine Konkurrenzfragen stellen.

III. Notstand als Rechtfertigungsgrund bei Selbstmedikation

Es stellt sich die Frage, ob sich ein illegaler Drogenkonsum zu Selbstbehandlungszwecken mit dem Notstand rechtfertigen lässt. Das setzt voraus, dass die Tat erforderlich ist, um ein Rechtsgut, hier die körperliche Integrität, vor einer

²⁸ Siehe zum Verhältnis von Art. 19a und 19b BetmG weiter BGE 124 IV 184 E. 2.f; BGE 108 IV 196 E. 1.c; Urteil des BGer 6B_1273/2016 vom 6. September 2017 E. 1.5.2; so auch SHK BetmG-ALBRECHT (Fn. 15), Art. 19b N 2, 4; OFK BetmG-SCHLEGL/JUCKER (Fn. 5), Art. 19a N 20; BetmG Komm-HUG BEELI (Fn. 2), Art. 19a N 495, Art. 19b N 41.

²⁹ BGE 124 IV 184 E. 2.a f.

³⁰ Urteil des BGer 6B_548/2015 vom 29. Juni 2015 E. 4; OFK BetmG-SCHLEGL/JUCKER (Fn. 5), Art. 19a N 18.

³¹ Siehe zum Verhältnis von Art. 19a und 19b BetmG weiter BGE 124 IV 184 E. 2.f; BGE 108 IV 196 E. 1.c; Urteil des BGer 6B_1273/2016 vom 6. September 2017 E. 1.5.2; so auch SHK BetmG-ALBRECHT (Fn. 15), Art. 19b N 2, 4; OFK BetmG-SCHLEGL/JUCKER (Fn. 5), Art. 19a N 20; BetmG Komm-HUG BEELI (Fn. 2), Art. 19a N 495, Art. 19b N 41.

unmittelbaren und nicht anders abwendbaren Gefahr zu schützen und dabei höherwertige Interessen gewahrt bleiben (vgl. Art. 17 StGB).

Dass mit der körperlichen Integrität ein notstandsfähiges Individualrechtsgut betroffen ist, ist unstrittig.³² Auch dass die Gefahr für dieses Rechtsgut von einem gesundheitlichen Leiden und damit gleichsam vom Körper der betroffenen Person selbst ausgeht, ist aufgrund der Irrelevanz der Gefahrenursache für den Notstand unbeachtlich.³³ Da die Krankheit in den Fällen der Selbstbehandlung bereits ausgebrochen sein wird, kann auch die Unmittelbarkeit der Gefahr regelmässig bejaht werden.³⁴ Viele Elemente des Notstandes wären also ohne weiteres erfüllt.

A. Problematik der strikten Subsidiarität

Problematisch ist jedoch die strikte Subsidiarität: Das Gesetz verlangt, dass sämtliche Alternativen zum Schutz des Rechtsguts vollständig ausgereizt wurden.³⁵ Es besteht also die hohe Hürde, dass die illegale Droge das einzige tatsächlich verfügbare Mittel für die behandlungsbedürftige Person sein muss. Eine bessere Wirksamkeit oder Verträglichkeit der Droge allein reicht dafür nicht aus. Verfügbare Therapien müssen vielmehr entweder den Leidensdruck nicht auf ein für die erkrankte Person erträgliches Mass reduzieren, oder ihre Nebenwirkungen müssen ein unzumutbares Mass überschreiten. Darüber hinaus muss die illegale Droge eine bessere Verträglichkeit oder Wirksamkeit im Vergleich zu den legal verfügbaren Alternativen aufweisen.

Die hohen Anforderungen zeigen sich auch in der Praxis. So verneinte beispielsweise das Bundesgericht 2001 den Notstand in einem Fall, in dem eine Frau auf ärztliche Empfehlung hin Cannabis zur Schmerztherapie konsumierte. Ein Attest, das belegte, dass Hanf ihr half, genügte nicht, da es nicht nachwies, dass der Cannabiskonsum das einzige mögliche Mittel war.³⁶

³² Vgl. zum notstandsfähigen Rechtsgut WOHLERS WOLFGANG/GODENZI GUNHILD/SCHLEGEL STEPHAN, Schweizerisches Strafrecht, Handkommentar, 4. A., Bern 2020 (zit. HK StGB-BEARBEITER/IN, Art. XX N YY), WOHLERS, Art. 17 N 3; STRATENWERTH GÜNTER/BOMMER FELIX, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 5. A., Bern 2024, § 10 N 41.

³³ STRATENWERTH/BOMMER (Fn. 32), § 10 N 42; HK StGB-WOHLERS (Fn. 32), Art. 17 N 4.

³⁴ Unmittelbar ist die Gefahr, wenn sie sich innerhalb kurzer Zeit, aber spätestens innerhalb von Stunden nach der strafbaren Handlung realisieren würde, siehe hierzu BGE 147 IV 197 E. 2.5; STRATENWERTH/BOMMER (Fn. 32), § 10 N 42; siehe auch HK StGB-WOHLERS (Fn. 32), Art. 17 N 5.

³⁵ BGE 108 IV 120 E. 5; HK StGB-WOHLERS (Fn. 32), Art. 17 N 6.

³⁶ Urteil des BGer 6S.15/2001 vom 14. Juni 2001 E. 3.dd.

Mit dieser hohen Hürde wird der Notstand nur in wenigen Fällen zur Anwendung kommen.³⁷ Da der entschuldigende Notstand von Art. 18 StGB das Erfordernis der nicht anders abwendbaren Gefahr teilt, gelten diese Ausführungen auch dort.

B. Höherwertigkeit der geschützten Interessen

Sind im Einzelfall die Voraussetzungen an die strikte Subsidiarität doch erfüllt, stellt sich die Frage nach der Höherwertigkeit der geschützten Interessen (Art. 17 Abs. 1 StGB). Art. 1 BetmG definiert die Zwecke des Betäubungsmittelgesetzes. Welche Rechtsgüter durch die einzelnen Strafbestimmungen konkret geschützt werden sollen, ist jedoch umstritten:

Das Bundesgericht und ein Teil der Lehre sehen die Betäubungsmitteldelikte in Art. 19 BetmG als abstrakte Gefährdungsdelikte, die Leib und Leben aufgrund der möglichen Gesundheitsschäden durch langfristigen Drogenkonsum schützen sollen.³⁸ Das bedeutet insbesondere, dass Handlungen wie Besitz, Anbau, Herstellung und Erwerb gemäss Art. 19 BetmG sanktioniert werden, weil sie das Risiko schaffen könnten, dass Betäubungsmittel in falsche Hände geraten und dadurch Drittpersonen gefährdet werden.³⁹ Es gehe hierbei um den Schutz der Bevölkerung als Ganzes.⁴⁰ Diese Auffassung wird zu Recht kritisch betrachtet.⁴¹ Besonders grosse Unstimmigkeiten bestehen bei den Konsum- und Beschaffungsdelikten von Art. 19a BetmG, da Selbstschädigungen grundsätzlich im schweizerischen Strafrecht straflos sind,⁴² und die Anwendbarkeit der Bestimmung daran geknüpft ist, dass keine Fremdgefährdung durch den Konsum geschaffen wird.

Sowohl ein Schutz des Konsumenten vor sich selbst als auch der abstrakte Schutz der allgemeinen Volksgesundheit gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung reichen nicht aus, um das Individualinteresse an Linderung eines tatsächlich bestehenden Leidens zu überwiegen. Aus diesem Grund erscheint es möglich, dass eine Rechtfertigung vor dem Bundesgericht erfolgreich sein könnte.

³⁷ G.M. mit Bezug auf die deutsche Rechtsprechung und ausgeführt zu Art. 19 BetmG BetmG Komm-HUG BEELI (Fn. 2), Art. 19 N 219.

³⁸ BGE 117 IV 58 E. 2; BetmG Komm-HUG BEELI (Fn. 2), Art. 19 N 20.

³⁹ BetmG Komm-HUG BEELI (Fn. 2), Art. 19 N 22; OFK StGB-MAURER (Fn. 11), Art. 19 BetmG N 2; ähnlich auch OFK BetmG-SCHLEGL/JUCKER (Fn. 5), Art. 19 N 1.

⁴⁰ OFK StGB-MAURER (Fn. 11), Art. 19 BetmG N 2.

⁴¹ Siehe detaillierte Ausführungen in SHK BetmG-ALBRECHT (Fn. 15), Art. 19 N 21 ff.

⁴² SHK BetmG-ALBRECHT (Fn. 15), Art. 19 N 3.

IV. Strafbefreiung und Verfahrenseinstellung

Ist es zum Konsum einer illegalen Substanz gekommen und eine Rechtfertigung gescheitert, stellt sich die Frage, ob angesichts des im Vergleich zum genussorientierten Konsum geringeren Unrechtsgehalts eine Einstellung des Verfahrens oder ein Absehen von Strafe gerechtfertigt sein könnte.

Das Betäubungsmittelgesetz enthält für leichte Fälle mit Art. 19a Ziff. 2 BetmG eine Regelung, die es den Strafverfolgungsbehörden ermöglicht, von Strafe abzusehen oder das Verfahren einzustellen. Darüber hinaus bieten auch andere Normen, insbesondere Art. 52 StGB in Verbindung mit Art. 8 Abs. 1 und 4 StPO⁴³, entsprechende Handlungsspielräume, obschon ihre Anwendbarkeit auf Betäubungsmitteldelikte teilweise umstritten ist.⁴⁴ Einige Autoren wollen ihre Anwendbarkeit auf Betäubungsmitteldelikte ausschliessen, da Art. 19 Ziff. 2 BetmG die speziellere Bestimmung sei.⁴⁵

Art. 19a Ziff. 2 BetmG erlaubt es, aus Opportunitätsgründen in «leichten Fällen» das Verfahren einzustellen oder von Strafe abzusehen.⁴⁶ Die Bestimmung erkennt an, dass die strafrechtliche Verfolgung von Konsumenten häufig wenig zielführend ist, deren Betreuung und Resozialisierung beeinträchtigen kann, und soll gleichzeitig die Strafverfolgungsbehörden entlasten.⁴⁷ Sie ist jedoch nicht anwendbar auf Cannabiskonsum, wenn dieser im Ordnungsbussenverfahren beurteilt wird.⁴⁸ Obwohl Art. 52 StGB und Art. 19a Ziff. 2 BetmG nicht völlig deckungsgleich sind, kann die Rechtsprechung zum einen Artikel als Leitlinie zur Interpretation des anderen herangezogen werden.⁴⁹

Art. 52 StGB zielt darauf ab, Fälle von der Strafverfolgung auszunehmen, bei denen sowohl die Schuld als auch der Taterfolg gering sind und eine Sanktio-

⁴³ Schweizerische Strafprozessordnung (Strafprozessordnung, StPO, SR 312.0) vom 5. Oktober 2007.

⁴⁴ KAISER (Fn. 15), 20; siehe auch OFK BetmG-SCHLEGL/JUCKER (Fn. 5), Art. 19a N 25; SHK BetmG-ALBRECHT (Fn. 15), Art. 19a N 49; gegen eine Anwendbarkeit spricht sich aus OFK StGB-MAURER (Fn. 11), Art. 19a BetmG N 3; PC LStup-GRODECKI/JEANNERET (Fn. 10), Art. 19a N 12.

⁴⁵ PC LStup-GRODECKI/JEANNERET (Fn. 10), Art. 19a N 12; OFK StGB-MAURER (Fn. 11), Art. 19a BetmG N 3.

⁴⁶ BGE 149 IV 307 E. 2.6.1; BetmG Komm-HUG BEELI (Fn. 2), Art. 19a N 490; OFK BetmG-SCHLEGL/JUCKER (Fn. 5), Art. 19a N 25.

⁴⁷ SHK BetmG-ALBRECHT (Fn. 15), Art. 19a N 47.

⁴⁸ Parlamentarische Initiative Betäubungsmittelgesetz. Revision (Ordnungsbussenverfahren), Bericht der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrats vom 2. September 2011, BBl 2011 8195 ff., 8208; OFK StGB-MAURER (Fn. 11), Art. 19a BetmG N 3; siehe auch Kapitel [II.A.2.](#)

⁴⁹ BGE 135 IV 130 E. 5.3.3.

nierung aus Opportunitätsgründen nicht gerechtfertigt erscheint.⁵⁰ Anders als bei Art. 19a Ziff. 2 BetmG können schwerer wiegende Tatfolgen jedoch nicht durch eine besonders geringfügige Schuld ausgeglichen werden und umgekehrt.⁵¹ Es ist kein Grund ersichtlich, den grundsätzlich restriktiveren Art. 52 StGB von der Anwendbarkeit auf das Betäubungsmittelstrafrecht auszuschliessen, ihm wird jedoch regelmässig keine eigenständige Bedeutung zukommen.

Das Gesetz bietet keine Definition für den unbestimmten Rechtsbegriff des leichten Falls an. Die Beantwortung der Frage, wann ein leichter Fall im Sinne des Art. 19a Ziff. 2 BetmG vorliegt, sowie die Auslegung wurden bewusst einem Sachrichter mit weitem Ermessensspielraum übertragen.⁵²

A. Rechtsprechung des Bundesgerichts

Das Bundesgericht stellt bei der Beurteilung der Frage, ob ein leichter Fall vorliegt, auf die gesamten objektiven und subjektiven Umstände des Einzelfalls ab und hält fest, dass die Entscheidung nicht alleine auf der Bewertung eines einzelnen Elements, wie der Art der Droge, der Vorstrafen des Täters, der Umstände, unter denen er gehandelt hat, und des Ausmasses der Drogenabhängigkeit beruhen darf.⁵³

Einzelne Urteile konkretisieren diese Vorgaben weiter: So ist die Anwendung der Norm nicht beschränkt auf Personen, die zum ersten Mal oder versuchsweise Drogen konsumieren,⁵⁴ und ein Rückfall eines Konsumenten schliesst ihre Anwendung nicht grundsätzlich aus.⁵⁵ Es liegt aber im Ermessen der zuständigen Behörde, einen leichten Fall bei wiederholtem Verstoss auszuschliessen.⁵⁶ Die Anwendung von Art. 19a Ziff. 2 BetmG wird zudem ausgeschlossen, wenn die Person über einen längeren Zeitraum konsumiert, insbe-

⁵⁰ BGE 138 IV 13 E. 9; BGE 135 IV 130 E. 5.3.

⁵¹ OFK StGB-HEIMGARTNER (Fn. 9), Art. 52 StGB N 1.

⁵² BGE 124 IV 44 E. 2.a, 3.a; BGE 106 IV 75 E. 2.b; Urteil des BGer 6P.25/2006 vom 27. April 2006 E. 2; so auch SHK BetmG-ALBRECHT (Fn. 15), Art. 19a BetmG N 3.

⁵³ BGE 146 IV 297 E. 2.3; BGE 124 IV 185 E. 3.a; BGE 106 IV 75 E. 2.c; Urteil des BGer 6P.25/2006 vom 27. April 2006 E. 2; so auch OFK StGB-MAURER (Fn. 11), Art. 19a BetmG N 3; OFK BetmG-SCHLEGL/JUCKER (Fn. 5), Art. 19a N 21; PC LStup-GRODECKI/JEANNERET (Fn. 10), Art. 19a N 12.

⁵⁴ BGE 106 IV 75 E. 2.d; g.M. OFK BetmG-SCHLEGL/JUCKER (Fn. 5), Art. 19a N 21; OFK StGB-MAURER (Fn. 11), Art. 19a BetmG N 3.

⁵⁵ BGE 103 IV 275 E. 2.c; g.M. OFK BetmG-SCHLEGL/JUCKER (Fn. 5), Art. 19a N 21; OFK StGB-MAURER (Fn. 11), Art. 19a BetmG N 3.

⁵⁶ Urteil des BGer 7B_689/2023 vom 26. August 2024 E. 7.3.

sondere dann, wenn sie keine Bereitschaft zeigt, ihr Verhalten zu ändern.⁵⁷ Das Bundesgericht ist bei der Annahme leichter Fälle sehr zurückhaltend, da Ziff. 2 im Verhältnis zur Strafnorm von Ziff. 1 als Ausnahme verstanden werden soll.⁵⁸

B. Leichte Fälle in der Lehre

Die Rechtsprechung des Bundesgerichts wird zu Recht dafür kritisiert, vage Kriterien zu verwenden und praxisrelevante Umstände nur unzureichend zu definieren.⁵⁹ Die wenigen bundesgerichtlichen Fälle zu dieser Problematik vermitteln ebenfalls kein umfassendes Bild.⁶⁰

1. Ansätze zur Konkretisierung des leichten Falls

ALBRECHT hat Kriterien zur Konkretisierung der Anwendungsvoraussetzungen vorgeschlagen und geht davon aus, dass insbesondere jene Umstände berücksichtigt werden sollen, die das Tatverschulden im Sinne von Art. 47 StGB beeinflussen. Hierunter sollen insbesondere die Art des verwendeten Betäubungsmittels, die Art der Tathandlung, die Dauer und Intensität des Konsums sowie der Grad der Drogenabhängigkeit fallen.⁶¹ Diese Voraussetzungen seien insbesondere erfüllt, wenn es sich um die erste Strafuntersuchung wegen unbefugten Drogenkonsums handelt, der fragliche Konsum lediglich einige Wochen oder maximal drei Monate gedauert hat, oder keine erhebliche Gefahr eines Rückfalls in einen strafbaren Drogenkonsum besteht.⁶² Sollten objektive Umstände dies erfordern, könne aber dennoch auf einen schweren Fall geschlossen werden.⁶³ SCHLEGL und JUCKER schliessen sich dieser Ansicht grundsätzlich an, möchten jedoch die Art des Betäubungsmittels nicht berücksichtigen wissen, da es hierfür keine Grundlage in der Norm gebe.⁶⁴

Die vorgeschlagenen Voraussetzungen schaffen zwar scheinbar klare, jedoch gerade mit Blick auf die willkürlich wirkende Drei-Monatsgrenze nur bedingt überzeugende Leitlinien für die Rechtsanwendung. Das Erfordernis der Einzelfallkorrektur führt dazu, dass die Kriterien einen Grossteil ihrer Aussa-

⁵⁷ BGE 124 IV 44 E. 2.a; Urteil des BGer 6P.25/2006 vom 27. April 2006 E. 2; g.M. OFK BetmG-SCHLEGL/JUCKER (Fn. 5), Art. 19a N 21; OFK StGB-MAURER (Fn. 11), Art. 19a BetmG N 3.

⁵⁸ BGE 103 IV 275 E. 2.c; BGE 101 IV 13 E. 1; g.M. OFK BetmG-SCHLEGL/JUCKER (Fn. 5), Art. 19a N 26.

⁵⁹ SHK BetmG-ALBRECHT (Fn. 15), Art. 19a N 54 f.

⁶⁰ G.M. SHK BetmG-ALBRECHT (Fn. 15), Art. 19a N 54 f.

⁶¹ Zum Ganzen SHK BetmG-ALBRECHT (Fn. 15), Art. 19a N 55.

⁶² SHK BetmG-ALBRECHT (Fn. 15), Art. 19a N 57.

⁶³ SHK BetmG-ALBRECHT (Fn. 15), Art. 19a N 58.

⁶⁴ OFK BetmG-SCHLEGL/JUCKER (Fn. 5), Art. 19a N 23.

gekräft einbüßen. Obwohl die beschriebenen Umstände durchaus auf einen leichten Fall hinweisen, verengen die Kriterien die Anwendung der Norm auf einzelne Faktoren (Konsumdauer, Rückfallgefahr oder Zahl früherer Verstösse), wobei eine Korrektur lediglich in Ausnahmefällen vorgesehen ist. Dies widerspricht den bundesgerichtlichen Vorgaben, die eine umfassende Abwägung aller relevanten objektiven und subjektiven Umstände verlangen. Die von ALBRECHT als Begründung herangezogenen Bedürfnisse der Praxis an einer Schematisierung⁶⁵ dürfen nicht zu einer Vereinfachung mit faktischer Vermutungswirkung führen – auch dann nicht, wenn eine solche Schematisierung zu der angestrebten und grundsätzlich zu befürwortenden weiten Anwendung von Art. 19a Ziff. 2 BetmG beitragen würde.⁶⁶

Weiterhin ist festzuhalten, dass die Art des konsumierten Betäubungsmittels massgeblich die Strafzumessung und wohl auch das Tatumrecht beeinflusst⁶⁷ und daher auch bei der Beurteilung eines leichten Falls berücksichtigt werden sollte. Richtigerweise darf die Substanz aber am Ende nicht das ausschlaggebende Kriterium sein,⁶⁸ sondern nur in Grenzfällen herangezogen werden.

HUG-BEELI möchte bei den subjektiven, also schuldbezogenen, Kriterien prüfen, ob der Betäubungsmittelkonsum negative physische oder psychische Auswirkungen auf die Gesundheit oder Arbeitsfähigkeit des Konsumenten hat,⁶⁹ und zusätzlich objektiv, dass sich der Konsum nicht in der Öffentlichkeit abspielt.⁷⁰ Diese Ansicht wird von SCHLEGEL und JUCKER abgelehnt, da nicht jeder sozialverträgliche nicht-öffentliche Konsum straffrei sein sollte. Dadurch verliere Ziff. 2 ihren Ausnahmecharakter.⁷¹

Ob die Konsumierenden sich durch den Konsum verbotener Substanzen selbst bis zu einer merkbaren Beeinträchtigung schädigen, kann kein relevantes Kriterium für die strafrechtliche Beurteilung sein, da selbstschädigende Verhaltensweisen grundsätzlich nicht vom Strafrecht erfasst werden dürfen.⁷² Hingegen ist die Öffentlichkeit des Konsums bei der Prüfung der Gefährlichkeit des Verhaltens für andere als Teilaspekt zu berücksichtigen: Je öffentlicher der Konsum stattfindet, desto eher kann eine erhöhte Gefahr für, beziehungsweise ein Einfluss auf Dritte angenommen werden. Dieser Umstand darf daher in die

⁶⁵ SHK BetmG-ALBRECHT (Fn. 15), Art. 19a N 57.

⁶⁶ Vgl. SHK BetmG-ALBRECHT (Fn. 15), Art. 19a N 57.

⁶⁷ BetmG Komm-HUG BEELI (Fn. 2), Art. 19a N 261; KAISER (Fn. 27), 19.

⁶⁸ BetmG Komm-HUG BEELI (Fn. 2), Art. 19a N 524.

⁶⁹ BetmG Komm-HUG BEELI (Fn. 2), Art. 19a N 527.

⁷⁰ BetmG Komm-HUG BEELI (Fn. 2), Art. 19a N 529.

⁷¹ OFK BetmG-SCHLEGL/JUCKER (Fn. 5), Art. 19a N 23.

⁷² SHK BetmG-ALBRECHT (Fn. 15), Art. 19a N 3.

Beurteilung einfließen.⁷³ Es wäre jedoch unangemessen, die Öffentlichkeit des Konsums als alleiniges oder überwiegendes Argument heranzuziehen, da dies den differenzierten Charakter der Bewertung verkennen würde.

2. Massstab für die Annahme eines leichten Falls

Der strikte Massstab, den die Praxis für die Annahme eines leichten Falls anlegt,⁷⁴ wird in der Lehre vielfach kritisiert. SCHLEGEL und JUCKER wollen diesen zwar erweitern, aber den Ausnahmecharakter der Strafbefreiung beibehalten.⁷⁵ HUG BEELI und ALBRECHT sprechen sich richtigerweise für eine grosszügigere Anwendung aus.⁷⁶ Das ergibt sich insbesondere auch aus den grossen kriminalpolitischen und rechtstheoretischen Bedenken gegenüber einer strafrechtlichen Verfolgung von Konsumenten.⁷⁷

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass es keine abschliessende Richtlinie für die Annahme eines leichten Falls gibt, sondern es vielmehr einer sorgfältigen Würdigung im Einzelfall zur Anwendung dieses sehr unbestimmten Rechtsbegriffs bedarf. Da beim Konsum regelmässig eine Selbstschädigung im Vordergrund steht, ist eine weitere Auslegung der Norm angezeigt, als dies bisher erfolgt. Diese Anwendung darf jedoch aufgrund der indirekten Auswirkungen von Beschaffungshandlungen auf den illegalen Drogenhandel⁷⁸ nicht zu einer de-facto Legalisierung des Konsums führen. Eine wesentliche Komponente der Beurteilung, ob ein leichter Fall vorliegt, muss daher sein, ob das Verhalten zur Aufrechterhaltung von Schwarzmärkten beiträgt.

C. Konsequenzen des Vorliegens eines leichten Falls

Die Lehre spricht sich dafür aus, Art. 19a Ziff. 2 BetmG entgegen der scheinbar klaren «Kann-Formulierung» der Norm zwingenden Charakter zukommen zu lassen.⁷⁹ Begründet wird dies damit, dass es in einem leichten Fall nicht mehr

⁷³ Siehe hierzu KAISER (Fn. 27), 20, in Bezug auf Art. 52 StGB und die Schwere des Taterfolgs.

⁷⁴ Siehe Kapitel [IV.A](#).

⁷⁵ OFK BetmG-SCHLEGL/JUCKER (Fn. 5), Art. 19a N 23.

⁷⁶ BetmG Komm-HUG BEELI (Fn. 2), Art. 19a N 524 ff.; SHK BetmG-ALBRECHT (Fn. 15), Art. 19a N 56.

⁷⁷ SHK BetmG-ALBRECHT (Fn. 15), Art. 19a N 55.

⁷⁸ Effekt beschrieben in BÖLLINGER LORENZ, Aufstieg und Fall des Cannabis-Verbots, NK 3/2018, 281 ff., 290.

⁷⁹ PC LStup-GRODECKI/JEANNERET (Fn. 10), Art. 19a N 14; OFK BetmG-SCHLEGL/JUCKER (Fn. 5), Art. 19a N 26; SHK BetmG-ALBRECHT (Fn. 15), Art. 19a N 61; BetmG Komm-HUG BEELI (Fn. 2), Art. 19a N 539.

angemessen wäre, eine Sanktion auszusprechen.⁸⁰ Das Bundesgericht hat die Frage bis jetzt offengelassen.⁸¹

Wie oben beschrieben, kommt der zuständigen Behörde bei der Beurteilung, ob ein leichter Fall vorliegt, ein grosses Ermessen zu. Gelangt die Behörde bei pflichtgemässer Ermessensausübung zum Schluss, dass ein leichter, also nicht strafwürdiger, Fall vorliegt, kann nicht mehr willkürfrei begründet werden, warum dennoch eine Sanktion ausgesprochen werden sollte.⁸² Dementsprechend hat die Bestimmung tatsächlich zwingenden Charakter.

D. Bedeutung für die Selbstmedikation mit Drogen

Beim Heilversuch mit illegalen Drogen weicht die von der erkrankten Person begangene Tat hinsichtlich des Taterfolgs und der möglichen Einflüsse auf andere nicht von dem Verhalten gewöhnlicher Drogenkonsumierender ab. Dementsprechend ist, wie beim genussorientierten Konsumierenden, der einmal und versuchsweise Drogen konsumiert, beim erstmaligen Ausprobieren einer Substanz zu Therapiezwecken mit anschliessendem Abbruch aller Konsumhandlungen in aller Regel von einem leichten Bagatellfall auszugehen. Erfolgt der Konsum im Rahmen einer Selbsttherapie, ist jedoch zu berücksichtigen, dass die Behandlung regelmässig mehr als nur einen Konsum umfasst und über einen längeren Zeitraum stattfinden wird. Sollte diese Therapie tatsächlich Linderung verschaffen, ist es zudem unwahrscheinlich, dass die selbstbehandelnde Person vom weiteren Konsum absehen möchte. Dies steht im klaren Widerspruch zu den vom Bundesgericht für den leichten Fall gesetzten Grenzen und scheint auch aus Sicht der Doktrin grundsätzlich nicht mehr unter die Strafbefreiungsnorm zu fallen.

Deutliche Unterschiede zwischen Freizeitkonsumierenden und Selbstbehandelnden bestehen jedoch bei der Tatschuld beziehungsweise den subjektiven Tatumständen. Der Konsum von Betäubungsmitteln zur Linderung vorbestehender Leiden wiegt deutlich weniger schwer als der Konsum, der ausschliesslich aus Vergnügungssucht erfolgt. Das von den Konsumdelikten geschützte Rechtsgut ist kaum fassbar und die Verletzung erfolgt zum Schutz eines hochwertigen und anerkannten anderen Guts, der physischen Unversehrtheit. Diese besonderen Umstände müssen in der Gesamtwürdigung mit erheblichem Gewicht berücksichtigt werden, insbesondere mit Blick auf die Konsumdauer oder -menge. Einbezogen in die Abwägung werden muss auch,

⁸⁰ BetmG Komm-HUG BEELI (Fn. 2), Art. 19a N 539.

⁸¹ Siehe z.B. Urteil des BGer 6B_1273/2016 vom 6. September 2017 E. 1.7.1.

⁸² Siehe hierzu BetmG Komm-HUG BEELI (Fn. 2), Art. 19a N 539 f.

wie viel besser oder nebenwirkungsärmer die legal verfügbaren Behandlungsoptionen wirken.

Art. 19a Ziff. 2 BetmG muss eine grosszügigere Anwendung in der Praxis finden, als dies derzeit der Fall ist und sollte nicht nur auf sehr eng definierte Ausnahmefälle beschränkt sein. Gleichzeitig darf die gesetzgeberische Entscheidung, den Konsum zu sanktionieren, jedoch nicht völlig unterlaufen und eine de-facto Legalisierung des Drogenkonsums eingeführt werden. Spätestens wenn ein Konsument nicht bereit ist, von seinem Verhalten abzusehen, entfällt die Rechtfertigung einer solch grosszügigen Handhabung – auch für Selbstbehandelnde.

V. Fazit

Das schweizerische Betäubungsmittelrecht nimmt keine Differenzierung zwischen verschiedenen Konsumzwecken vor, und Personen, die ihre Krankheitssymptome mit illegalen Drogen behandeln, fallen, wie Freizeitkonsumierende, unter den Anwendungsbereich der Strafbestimmungen im Betäubungsmittelgesetz. Zwar unterliegen Selbstbehandelnde regelmässig den privilegierten Tatbeständen von Art. 19a und 19b BetmG und müssen lediglich mit einer Busse rechnen, doch findet keine Umdeutung ihres Verhaltens in einen berechtigten Konsum statt, solange keine ärztliche Verschreibung für die Substanz vorliegt. Für Selbstbehandelnde bedeutet dies, dass selbst eine ärztliche Empfehlung keine Grundlage für einen erlaubten Konsum darstellt. Dies ist insbesondere für die Selbstmedikation mit Substanzen bedeutend, die nicht als Heilmittel zugelassen sind oder nur sehr eingeschränkt legal zugänglich sind.

Eine Rechtfertigung des illegalen Drogenkonsums durch Notstand wird unter den strengen Voraussetzungen an die strikte Subsidiarität nur in Ausnahmefällen gelingen. Es wird verlangt, dass der erkrankten Person keine legalen Alternativen mehr offenstehen, die hinsichtlich ihrer Wirksamkeit und Nebenwirkungsbelastung zumutbar wären. Dies erschwert es erheblich, sich als Selbstbehandelnder erfolgreich auf den Notstand zu berufen.

Einen letzten Ausweg bietet Art. 19a Ziff. 2 BetmG, der beim Vorliegen eines leichten Falls die Einstellung des Verfahrens beziehungsweise das Absehen von Strafe verlangt. Das Bundesgericht wendet diesen Artikel jedoch nur sehr restriktiv an, wenn nach einer Gesamtwürdigung aller objektiven und subjektiven Umstände ein leichter Fall vorliegt. Verschiedene Ansätze in der Lehre zielen darauf ab, die vom Bundesgericht geprägten, aber bislang nur unzureichend konkretisierten Anforderungen an diesen unbestimmten Rechtsbegriff

zu präzisieren. Einigkeit scheint darüber zu herrschen, dass gerade bei einem längerfristigen Konsum oder fehlender Bereitschaft, das Konsumverhalten zu ändern, der Ausnahmecharakter von Art. 19a Ziff. 2 BetmG eine Strafbefreiung verbietet. Eine abschliessende Definition vermag jedoch keiner der Ansätze zu liefern und eine Abwägung des Einzelfalls bleibt unerlässlich.

Insbesondere vor dem Hintergrund der primär selbstschädigenden Ausrichtung der Konsumdelikte scheint es angezeigt, sowohl Freizeitkonsumierende als auch Selbstbehandelnde grosszügiger zu behandeln. Gleichwohl darf das gesetzgeberische Verbot des Drogenkonsums nicht unterlaufen werden und die Privilegierung darf nicht zu einer de-facto-Legalisierung des Drogenkonsums führen.

Eine Betrachtung der subjektiven Tatumstände zeigt, dass anders als bei den objektiven Tatumständen, bei Selbstbehandelnden ein wesentlicher Unterschied zu Freizeitkonsumierenden besteht: Während letztere aus Vergnügungssucht oder Neugierde handeln, steht bei Selbstbehandelnden der Versuch im Vordergrund, ein bestehendes psychisches oder physisches Leiden zu lindern. Dies mildert die Vorwerfbarkeit ihres Handelns erheblich und muss stark bei der Gesamtabwägung berücksichtigt werden. Gerade bei einer lange andauernden Selbsttherapie stösst jedoch auch eine grosszügige Anwendung von Art. 19a Ziff. 2 BetmG an ihre Grenzen. Zwar sollten Selbstbehandelnde im Hinblick auf ihre besondere Situation milder beurteilt werden, doch ist nicht zu erwarten, dass die Gerichte kurzfristig von ihrer bisherigen zurückhalten- den Praxis abweichen.

Vom einsamen Wolf zur Terroristen-Ikone – Im Hinblick auf eine terroristische Straftat

Jacqueline Walder

Inhaltsübersicht

I.	Einführung	73
II.	Das materielle Strafrecht im Kampf gegen den Terrorismus	76
A.	Pionierrolle des materiellen Strafrechts	76
B.	Interessenabwägung – Alle gegen Einen	79
1.	Recht auf Leben	81
2.	Anspruch auf Vorfelddelikte aus Art. 2 EMRK?	81
III.	Im Hinblick auf eine terroristische Straftat	82
A.	«Terroristische Straftat»	83
B.	«Im Hinblick auf»	86
1.	Bedeutungserforschung	86
a.	Historisch-teleologisch	87
b.	Systematisch	87
c.	Würdigung	89
2.	Bedeutungsproblemerkforschung – Entlastungsbeweis?	90
IV.	Schluss	91

I. Einführung

Am 7. April 2015 verurteilte das Bundesstrafgericht X. zu einer bedingten Freiheitsstrafe von 18 Monaten, *weil* er sich mit einer Bordkarte für den Flug TK 1914 Zürich-Istanbul zum Gate G58 begeben hatte und im Begriff war, das entsprechende Flugzeug der Turkish Airlines zu besteigen.¹ Der Umstand, dass X. in seinen Effekten ein Rückflugticket mit sich führte, vermochte an der Überzeugung des Gerichts nichts zu ändern, zumal er hinsichtlich seiner Absicht, nach Syrien ins Kampfgebiet weiterzureisen, geständig war.² Er habe dadurch «[IS-]Propaganda in objektiv erkennbarer Weise bewusst weiterver-

¹ Urteil des BStGer SK.2016.9 vom 15. Juli 2016; bestätigt durch Urteil des BGer 6B_948/2016 vom 22. Februar 2017.

² Urteil des BGer 6B_948/2016 vom 22. Februar 2017 E. 4.2.2; Urteil des BStGer SK.2016.9 vom 15. Juli 2016 E. II.1.8 f.

breitet».³ Das Bundesgericht bestätigte die Verurteilung. Es begründete seinen Entscheid mit der kreativen Argumentation, der Reiseantritt von X. würde – im Unterschied zu jenem der anderen Passagier:innen am Gate G58 – «für zurückgebliebene *poten[z]ielle Nachahmer[:innen]* eine erhebliche *propagandistische Wirkung*» entfalten.⁴ Die konstruierten Erwägungen schaffen für den aussenstehenden Betrachter einen Graben zwischen Recht und Realität – X. wird zur Terroristen-Ikone.

Der Richterspruch stützte sich auf den damals geltenden Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 lit. b Al-Qaïda/IS-Gesetz⁵. Demgemäss wurde mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe bestraft, wer sich auf dem Gebiet der Schweiz an der Gruppierung «Islamischer Staat» beteiligt,⁶ sie personell oder materiell unterstützt, für sie oder ihre Ziele Propagandaaktionen organisiert, für sie anwirbt oder ihre Aktivitäten auf andere Weise fördert. Seit dem 1. Juli 2021

³ Urteil des BStGer SK.2016.9 vom 15. Juli 2016 E. I.1.14.2 *in fine*.

⁴ Urteil des BGer 6B_948/2016 vom 22. Februar 2017 E. 4.2.2 (Hervorhebung durch die Autorin).

⁵ Bundesgesetz über das Verbot der Gruppierungen «Al-Qaïda» und «Islamischer Staat» sowie verwandter Organisationen vom 12. Dezember 2014 (Al-Qaïda/IS-Gesetz, SR 122; ausser Kraft seit 1. Juli 2021). Der Gesetzestext von Art. 2 Abs. 1 Al-Qaïda/IS-Gesetz wurde unverändert in Art. 74 Abs. 4 NDG (Bundesgesetz über den Nachrichtendienst vom 25. September 2015 [NDG, SR 121; in Kraft seit 1. Juli 2021] überführt.

⁶ So lit. b von Art. 1 Al-Qaïda/IS-Gesetz, daneben wurden in lit. a die Gruppierung «Al-Qaïda» und in lit. c «Tarn- und Nachfolgegruppierungen der Gruppierung «Al-Qaïda» oder der Gruppierung «Islamischer Staat» sowie Organisationen und Gruppierungen, die in Führung, Zielsetzung und Mitteln mit der Gruppierung «Al-Qaïda» oder der Gruppierung «Islamischer Staat» übereinstimmen oder in ihrem Auftrag handeln» für verboten erklärt. Im geltenden Recht enthält Art. 74 Abs. 1 NDG keine abschliessende Auflistung. Er normiert vielmehr, dass der Bundesrat eine Organisation oder Gruppierung verbieten kann, welche mittelbar oder unmittelbar terroristische oder gewalttätig-extremistische Aktivitäten propagiert, unterstützt oder in anderer Weise fördert und damit die innere oder äussere Sicherheit konkret bedroht. Die genannten terroristischen Organisationen wurden mit der Allgemeinverfügung vom 19. Oktober 2022 betreffend das Verbot der Gruppierungen «Al-Qaïda» und «Islamischer Staat» sowie verwandter Organisationen, BBl 2022, 2548 ff. wiederum für verboten erklärt. Aktuell hat der Bundesrat die Botschaft vom 4. September 2024 zum Bundesgesetz über das Verbot der Hamas sowie verwandter Organisationen, BBl 2024, 2250 ff., verabschiedet. Der Entwurf wurde vom Parlament angenommen; die Referendumsfrist für den Schlussabstimmungstext, BBl 2025, 21 ff., endete am 19. April 2025. Das Gesetz ist seit dem 15. Mai 2025 in Kraft (SR 122.1). Vgl. hierzu BARANDUN NICOLE/AJIL AHMED, Streitgespräch: «Humanitäre Gaza-Hilfe wird nicht unter Strafe gestellt», plädoyer 6/2024, 6 ff.; BÜRGE LUKAS/SCHWITTER JULIA, § 25, Terrorismusstrafrecht und Symbolgesetzgebung, in: Heimgartner Stefan/Thormann Olivier/Zufferey Nathalie (Hrsg.), *Tempus fugit*, Basel 2024, 301 ff.; Ebenfalls wird im Parlament diskutiert, die Hizbullah zu verbieten (GERNY DANIEL, Das Parlament diskutiert über härteren Kurs im Umgang mit Terrororganisationen, NZZ vom 9. Dezember 2024, 8); Zu Gruppierungsverboten im Allgemeinen STÄHLI ARMIN, Das Verbot von «staatsgefährlichen» Vereinigungen unter besonderer Berücksichtigung der Schweizer Praxis, Diss. St. Gallen, Zürich/St. Gallen 2022.

könnte ein derartiger Fall betreffend eine Dschihadreise nach Art. 260^{sexies} Abs. 1 lit. c StGB⁷ beurteilt werden.⁸

Der geschilderte Fall aus der Schweizerischen Gerichtspraxis⁹ ist ein im Schrifttum bereits vielfach aufgegriffenes Paradebeispiel¹⁰ für die Kriminalisierung und Sanktionierung von Verhaltensweisen im Vorfeld von terroristischen Taten – gewiss aber nicht das einzige.¹¹ Er veranschaulicht insbesondere, dass ein tatbestandsmässiges Unrecht von Handlungen, die gewöhnlicher und alltäglicher Natur sind, nur begründet werden kann, wenn eine *Verbindung* zu rechtsgutverletzenden oder konkret rechtsgutgefährdenden Terrorakten besteht – oder zumindest von den Gerichten hergestellt werden kann. Im Rahmen der Anwendung der Generalklausel von Art. 2 Abs. 1 Al-Qaïda/IS-Gesetz («Fördern auf andere Weise») wird in der Rechtsprechung vorausgesetzt, dass die zu beurteilenden Verhaltensweisen eine «*Tatnähe*» zu den Aktivitäten der verbotenen Gruppierung aufweisen. Im Vergleich dazu verzichtet Art. 260^{sexies} StGB zwar auf den Konnex zu einer (verbotenen) terroristischen Gruppierung, verlangt jedoch, dass die strafbaren Vorfeldhandlungen «*im Hinblick auf eine terroristische Straftat*» unternommen werden.¹²

⁷ Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (StGB, SR 311.0).

⁸ Hierzu bereits WALDER JACQUELINE, Kriminalisierung von Dschihadreisen – Gesinnungsstrafrecht?, AJP 2021, 495 ff., 507 f.

⁹ Vgl. HODGSON JACQUELINE/TADROS VICTOR, How to Make a Terrorist Out of Nothing, MLR 2009, 984 ff., welche den Entscheid des House of Lords R v G besprechen. Es ging um die Anwendung und Auslegung von section 58(1) of the Terrorism Act 2000 vom Vereinigten Königreich (siehe unten [II.B.2.](#)).

¹⁰ EICKER ANDREAS, Zur Interpretation des Al-Qaïda- und IS-Gesetzes durch das Bundesstrafgericht im Fall eines zum Islamischen Staat Reisenden, Eine Besprechung des Entscheids des Bundesstrafgerichts SK.2016.9 vom 15. Juli 2016, Jusletter, 21. November 2016; EICKER ANDREAS, Das Antreten eines Fluges nach Istanbul als strafbare Unterstützung oder Förderung des «Islamischen Staates?», Besprechung von 6B_948/2016 vom 22.2.2017, forumpoenale 2017, 351 ff.; WALDER (Fn. 8), 507 f.; PK StGB-TRECHSEL STEFAN/VEST HANS, Art. 260^{ter}, N 17, in: Trechsel Stefan/Pieth Mark (Hrsg.), Praxiskommentar Schweizerisches Strafgesetzbuch, 4. A., Zürich/St. Gallen 2021 (zit. PK StGB-BEARBEITER/IN, Art. XX, N YY); BSK StGB II-ENGLER MARC, Art. 260^{ter}, N 33, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Strafrecht II, Art. 137–392 StGB, Basler Kommentar, 4. A., Basel 2019 (zit. BSK StGB II-BEARBEITER/IN, Art. XX, N YY).

¹¹ Vgl. AJIL AHMED/LUBISHTANI KASTRIOT, Le terrorisme djihadiste devant le Tribunal pénal fédéral, Analyse des procédures pénales de 2004 à 2020, Jusletter, 31. Mai 2021; vgl. auch die Übersicht im Zusammenhang mit Propagandaaktivitäten in HEIMGARTNER STEFAN/INHELDER ELENA, Strafbarkeit dschihadistischer Propaganda, AJP 2022, 1217 ff., 1230 f.

¹² Botschaft vom 14. September 2018 zur Genehmigung und zur Umsetzung des Übereinkommens des Europarats zur Verhütung des Terrorismus mit dem dazugehörigen Zusatzprotokoll sowie zur Verstärkung des strafrechtlichen Instrumentariums gegen Terrorismus und organisierte Kriminalität, BBl 2018, 6427 ff., 6484; vgl. auch EICKER ANDREAS, § 26, Kriminalisierung im Vorfeld terroristischer Straftaten gemäss Art. 260^{sexies} StGB, in: Heimgartner Stefan/Thormann Olivier/Zufferey Nathalie (Hrsg.), Tempus fugit, Basel 2024, 311 ff., 312.

Der vorliegende Beitrag sucht der Bedeutung des Tatbestandselements «im Hinblick auf eine terroristische Straftat» auf den Grund zu gehen. Hierzu wird zunächst das materielle Strafrecht als Mittel zur Terrorismusbekämpfung evaluiert (II). Sodann erforscht der Hauptteil die Bedeutung der besagten Formulierung und ihre dogmatische Beurteilung (III). Schliesslich hält der Schluss- teil die wichtigsten Erkenntnisse zusammenfassend fest (IV). Dabei wird nicht der Anspruch erhoben, sämtliche der aufgeworfenen Fragen abschliessend zu beantworten. Indes setzt sich die vorliegende Abhandlung zum Ziel, die Diskussion über die Rechtsstaatlichkeit von materiell-strafrechtlichen Anti-Terrorbestimmungen aufrechtzuerhalten, damit den ins Schweizer Recht implementierten universalen Straftatbeständen weiterhin kritisch begegnet wird.

II. Das materielle Strafrecht im Kampf gegen den Terrorismus

A. Pionierrolle des materiellen Strafrechts

Das Strafrecht dient dem *wirksamen* Schutz von Rechtsgütern.¹³ Im Zuge der Erfüllung dieses Zwecks greift es in mehrfacher Hinsicht – bei der Kriminalisierung, Verfolgung und Sanktionierung¹⁴ – in die Grundrechte der beschuldigten Person ein. Daher soll das Strafrecht von einem *ultima ratio*-Gedanken regiert sein und nur eingesetzt werden, wenn einem sozialschädlichen, Rechtsgüter beeinträchtigenden Phänomen nicht mit anderen, mildereren Mitteln begegnet werden kann.¹⁵ Das Prinzip hat indes gerade im Bereich des Terrorismusstrafrechts bloss einen programmatischen Charakter. Ob die Kriminalisierung von Handlungen weit im Vorfeld einer terroristischen Straftat das mildeste Mittel darstellt, ist fraglich. Den beabsichtigten präventiven Schutz würden nämlich u.U. bereits polizeiliche Massnahmen vollumfänglich gewährleisten.¹⁶

¹³ STRATENWERTH GÜNTER/BOMMER FELIX, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 5. A., Bern 2024, § 3 N 6 ff.; DONATSCH ANDREAS/GODENZI GUNHILD/TAG BRIGITTE, Strafrecht I, Verbrechenslehre, 10. A., Zürich/Genf 2022, 6; spezifisch zum Terrorismusstrafrecht EICKER ANDREAS, Anti-Terrorismus-Gesetzgebung im Lichte der Prozeduralisierung des Strafrechts, in: Juchli Philipp/Würmli Marcel (Hrsg.), Auswirkungen des Terrorismus auf Recht, Wirtschaft und Gesellschaft, Bern 2006, 197 ff., 207.

¹⁴ Siehe hierzu SUMMERS SARAH J., Sentencing and Human Rights, The Limits on Punishment, Oxford 2022.

¹⁵ DONATSCH/GODENZI/TAG (Fn. 13), 5 in *fine*; GETH CHRISTOPHER, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. A., Basel 2021, N 9, 11.

¹⁶ Vgl. ACHERMANN JONAS, Strafbarkeit von Versuch und Teilnahme bei Vorbereitungsdelikten, Diss. Luzern, Zürich/Basel/Genf 2018, 205; siehe zum Polizeirecht im Bereich des Terror-

Der Erlass von Art. 260^{sexies} StGB ist auf die entsprechenden Kriminalisierungsverpflichtungen im Europaratsübereinkommen zur Terrorismusverhütung (ÜVT)¹⁷ sowie des einschlägigen Zusatzprotokolls (ZP-ÜVT)¹⁸ zurückzuführen, die von der Schweiz am 25. März 2021 ratifiziert wurden. Diese sektoriellen Verträge beabsichtigen in erster Linie, die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten im internationalen «Kampf» gegen den Terrorismus «aufzurüsten» und vor allem zu harmonisieren. Die überwiegend politische *ratio legis* dieser auf dem internationalen Parkett erlassenen (Symbol-)Straftatbestände¹⁹ wird durch Art. 2 ÜVT betont:

«Zweck dieses Übereinkommens ist es, die Bestrebungen der Vertragsparteien zur Verhütung des Terrorismus und seiner nachteiligen Auswirkungen auf den uneingeschränkten Genuss der Menschenrechte, insbesondere des Rechts auf Leben, sowohl durch innerstaatlich zu treffende Massnahmen als auch durch internationale Zusammenarbeit [...] zu fördern.»²⁰

Selbst wenn die Kriminalisierung von Verhaltensweisen nur als politisches Zeichen erfolgt, zieht sie Konsequenzen nach sich, die weiterreichen als bloss das Aufstellen von strafbarkeitserweiternden Verbotsnormen. Dem materiellen Strafrecht kommt mit anderen Worten innerhalb des Strafrechts eine Pionierrolle zu:²¹ Nur wer eine Handlung, die das StGB mit Strafe belegt, begangen hat oder sich anschickt, eine solche Handlung zu begehen, kann mit strafprozessualen Zwangsmassnahmen verfolgt werden²² und unter Einhaltung des Prinzips der beidseitigen Strafbarkeit (Art. 35 f. und Art. 63 IRSG²³) an einen anderen Staat ausgeliefert oder für einen anderen Staat überwacht werden. Überdies sucht das ÜVT die möglichen Hürden staatlicher Souverä-

rismus ZIMMERLIN SVEN, Das Bundesgesetz über polizeiliche Massnahmen zur Bekämpfung von Terrorismus (PMT), Sicherheit & Recht 2020, 184 ff.; CONINX ANNA, Neue Terrorismusbekämpfung in der Schweiz – Grundlagen und Kritik, ZStrR 2021, 183 ff., 192 ff.

¹⁷ Übereinkommen des Europarats vom 16. Mai 2005 zur Verhütung des Terrorismus (ÜVT, SR 0.311.61), das für die Schweiz am 1. Juli 2021 in Kraft trat. Art. 260^{sexies} StGB setzt Art. 6 und 7 ÜVT um.

¹⁸ Zusatzprotokoll vom 22. Oktober 2015 zum Übereinkommen des Europarats zur Verhütung des Terrorismus (ZP-ÜVT, SR 0.311.611), das für die Schweiz am 1. Juli 2021 in Kraft trat. Art. 260^{sexies} StGB setzt Art. 3–6 ZP-ÜVT um.

¹⁹ EICKER (Fn. 13), 206 ff.

²⁰ Hervorhebungen durch die Autorin.

²¹ Vgl. hierzu auch GLESS SABINE, Fighting Terrorism in a «Rechtsstaat», in: Spapens Toine/Groenhuijsen Marc/Kooijmans Tijs (Hrsg.), Universalis. Liber amicorum Cyrille Fijnaut, Antwerpen 2011, 929 ff., 931; HODGSON/TADROS (Fn. 9), 986.

²² CONINX (Fn. 16), 188 f.; TODESCHINI MARA, Terrorismusbekämpfung im Strafrecht, Eine Erörterung des Art. 260^{ter} StGB und des Al-Qaida/IS-Gesetzes sowie zur Diskussion stehender Gesetzesanpassungen, Zürich/Basel/Genf 2019, N 21.

²³ Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen vom 20. März 1981 (Rechtshilfegesetz, IRSG, SR 351.1).

nität möglichst klein zu halten, indem es seinen Mitgliedstaaten in Art. 17 ÜVT vorschreibt, sich gegenseitig bei Strafverfahren mit internationaler Dimension «die weitestgehende Hilfe» zu gewähren. Das ÜVT normiert über diese rechtshilferechtliche Grundregel des maximalen Entgegenkommens hinaus in Art. 20 auch in materieller Hinsicht, dass die umschriebenen Straftaten keine politischen sind.²⁴ Mithin können die Mitgliedstaaten die Kooperation nicht mit der Einrede des politischen Delikts (Art. 3 IRSG) verweigern.

Bereits die Harmonisierung des strafrechtlichen Instrumentariums gegen den Terrorismus verleiht den Strafbestimmungen einen weltrechtlichen Charakter.²⁵ Zusätzlich verankert Art. 260^{sexies} Abs. 3 StGB (in Erfüllung der Verpflichtung aus Art. 14 Abs. 1 i.V.m. Art. 18 Abs. 1 ÜVT) den Grundsatz *aut dedere aut iudicare* (entweder ausliefern oder verfolgen).²⁶ Damit folgt die Bestimmung entsprechend Art. 264^m StGB für Völkerverbrechen dem Grundsatz der Universalität und greift folglich weiter als Art. 260^{ter} Abs. 5 StGB,²⁷ der ausländische Beteiligungs- oder Unterstützungshandlungen nur unter Strafe stellt, wenn die Organisation ihre verbrecherische Tätigkeit ganz oder teilweise in der Schweiz ausübt oder auszuüben beabsichtigt.

Produkte solcher legislatorischen Harmonisierungsbestrebungen lassen sich nicht immer ohne Weiteres in die nationalen Rechtsordnungen eingliedern, sondern werden vielmehr als Fremdkörper wahrgenommen. Die innerstaatlichen Strafrechtssysteme – wenn sie auch sehr unterschiedlich sein mögen – zeugen in sich stets von Kohärenz, weil die einzelnen Bereiche aufeinander abgestimmt sind. Universalistisch konzipierte Normen aus sektoriellen Verträgen, die nur eine spezifische Thematik in einem dieser Bereiche regeln, können sich störend auf dieses Äquilibrium auswirken.²⁸ Im Zusammenhang mit den Terrorismusdelikten aus dem besonderen Teil gibt etwa die Anwendbarkeit der Regeln des allgemeinen Teils über den Versuch (Art. 22 StGB) Anlass zur Diskussion. Während das Übereinkommen (Art. 9 Abs. 2 ÜVT) und das Zusatzprotokoll (Art. 4 Abs. 3 ZP-ÜVT) eine Versuchsstrafbarkeit vorschreiben, wurde sie in der Schweizer Versuchsdogmatik bei ausnahmsweise strafbaren

²⁴ Vgl. *mutatis mutandis* BSK StGB II-FIOLKA (Fn. 10), Art. 260^{quinquies}, N 46.

²⁵ BBl 2018 (Fn. 12), 6436.

²⁶ BBl 2018 (Fn. 12), 6453, 6455 f., damit geht die örtliche Zuständigkeit weiter als bei Art. 260^{ter} und Art. 260^{quinquies} StGB.

²⁷ Vgl. SAUL BEN, From conflict to complementarity: Reconciling international counterterrorism law and international humanitarian law, IRRC 2021, 157 ff., 163, der von «quasi-universal jurisdiction» schreibt; a.A. PK StGB-VEST (Fn. 10), Art. 260^{sexies} N 8.

²⁸ Zum EU-Strafrecht SATZGEBER HELMUT, Grundsätze eines europäischen Strafrechts, in: Böse Martin (Hrsg.), Europäisches Strafrecht, Bd. XI, Enzyklopädie Europarecht, 2. A., Baden-Baden 2021, 61 ff., 76 ff., 81 ff.; vgl. auch ACHERMANN (Fn. 16), 207.

Vorbereitungshandlungen bis anhin abgelehnt.²⁹ Die internationalen Rechts-harmonisierungen führen demnach in den nationalen Rechtsordnungen viel eher zu einer Disharmonie.

B. Interessenabwägung – Alle gegen Einen

Eine Balance zwischen dem Schutz von Zivilist:innen vor einem möglichen – aber noch unbestimmten – Terroranschlag und dem Schutz der Individualrechte von mutmasslichen Terrorist:innen zu finden, erweist sich als äusserst anspruchsvoll. *Wie viel Risiko wird von der Gesellschaft toleriert? Wie weit können in einem Rechtsstaat im Namen der Prävention Abstriche bei den Rechten von mutmasslichen Terrorist:innen gemacht werden?* Die tatsächliche Eignung von präventiven Strafrechtsmassnahmen im Kampf gegen den Terrorismus bleibt dabei dahingestellt.³⁰ CONINX führt darüber hinaus das überzeugende Argument ins Feld, dass wir derart weitreichenden materiell-strafrechtlichen Bestimmungen mit Ausnahmecharakter nur deshalb zustimmen würden, weil sie auf eine Minderheit abzielen, von der wir uns klar abrücken können.³¹ Auch wenn die Terrorismusstrafnormen als gemeine Delikte konzipiert sind, bergen sie das Risiko, im Ergebnis nur Personen zu treffen, die einer bestimmten religiösen oder politischen Überzeugung angehören, aufgrund derer sie als gefährlich angesehen werden. Das ÜVT selbst ist Schauplatz der in Konflikt tretenden Interessen: Im bereits abgedruckten Zweckartikel (siehe oben, [II.A.](#)) konkretisiert es die «nachteiligen Auswirkungen auf den uneingeschränkten Genuss der Menschenrechte», indem es das *Recht auf Leben* aufführt. Terroranschläge sind mehr als bloss sozialschädliches Verhalten, das von der Rechtsordnung geschützten Interessen schadet. Sie anvisieren als Mittel zum Zweck u.a. die Elimination von möglichst vielen Menschenleben, die der Staat zu schützen verpflichtet ist.

Diesem Interesse der Allgemeinheit stellt es in Art. 12 ÜVT unter dem Titel «Bedingungen und Garantien» die Menschenrechte der beschuldigten Person

²⁹ Eingehend ACHERMANN (Fn. 16); HEIMGARTNER/INHELDER (Fn. 11), 1226 ff.; WALDER (Fn. 8), 502 f.; krit. KV/KO II-ACKERMANN JÜRG-BEAT/BAUMANN LAURA, § 10, N 78 ff., in: Ackermann Jürg-Beat (Hrsg.), Kommentar Kriminelles Vermögen – Kriminelle Organisationen, Bd. II, Zürich/Basel/Genf 2018 (zit. KV/KO II-BEARBEITER/IN, Art. XX, N YY).

³⁰ Vgl. EICKER (Fn. 13), 206 f.; *mutatis mutandis* GLESS (Fn. 21), 940, wo die Wirksamkeit des Strafrechts bei der harmonisierenden EU-Gesetzgebung in Frage gestellt wird («ineffektiv»).

³¹ CONINX (Fn. 16), 185 *in fine*, 208 m.w.H.; vgl. auch TODESCHINI (Fn. 22), N 27.

nach EMRK³² und IPBPR³³ gegenüber, wobei die Meinungsäusserungs-, Vereinigungs- und Religionsfreiheit ausdrücklich genannt werden; die Mitgliedstaaten sind bei der Kriminalisierung verpflichtet, diese sowie die weiteren Garantien («insbesondere») zu wahren.³⁴ Auch ein Strafverfahren wegen einer den Terrorismus fördernden Handlung hat den Anforderungen der Fairness-Garantie nach Art. 6 EMRK und Art. 29 Abs. 1 BV zu genügen. In einem Rechtsstaat müssen die Grundrechte von allen Personen jederzeit beachtet werden – es sind eben nicht nur «*good weather rights*»³⁵, ansonsten sie ihres Sinnes entleert würden.³⁶ Dennoch zeigt die Rechtsprechung des EGMR, dass in Terrorismusfällen zuweilen ergebnisorientiert und zugunsten von Sicherheitsinteressen von etablierten Ansätzen abgewichen wird.³⁷ Diese Strategie – nicht nur des Gerichtshofs, sondern auch des Europarats mit seinen legislatorischen Werken mit Ausnahmecharakter – ist nicht nur äusserst bedenklich, sondern auch kontraproduktiv: exzeptionelle Gewalt, die darauf abzielt, demokratische Grundwerte zu zerstören, wird mit exzeptionellen Gesetzgebungen, deren Kompatibilität mit demokratischen Grundwerten anzuzweifeln ist, bekämpft.³⁸ Makroskopisch betrachtet, schlagen westliche Demokratien Terrorist:innen zwar nicht mit eigenen Waffen – zumindest, wenn sie nicht mit der Parole «*war on terror*» in feindliche Gebiete einmarschieren. Doch droht auch ein aufgrund von berechtigten Sicherheitsinteressen lose geschnürtes Verhältnismässigkeitskorsett zu platzen, wenn die Suppressionspolitik an allzu vielen normativen Prinzipien vorbeiführt. Die (un-)rechtsstaatliche Konsequenz: Unrecht wird mit Unrecht angegangen.

³² Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (EMRK, SR 0.101).

³³ Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966 (IPBPR, SR 0.103.2).

³⁴ Vgl. zum Al-Qaïda/IS-Gesetz LOOSER MARTIN E./HERZOG MANUELA, «9/11»-Erlasse und deren Massgeblichkeit trotz Grundrechtsverletzungen, in: Juchli Philipp/Würmli Marcel (Hrsg.), Auswirkungen des Terrorismus auf Recht, Wirtschaft und Gesellschaft, Bern 2006, 17 ff., 30 ff.

³⁵ MYJER EGBERT, Human Rights and the Fight against Terrorism: Some Comments on the Case Law of the European Court of Human Rights, in: Salinas de Frias Ana María/Samuel Katja L.H./White Nigel D. (Hrsg.), Counter Terrorism, International Law and Practice, Oxford 2012, 759 ff., 760.

³⁶ Vgl. auch GLESS (Fn. 21), 929 f.

³⁷ Beispielsweise Urteil des EGMR (GC) vom 13. September 2016 in der Rechtssache *Ibrahim and Others v. the United Kingdom*, nos. 50541/08, 50571/08, 50573/08 and 40351/09, §§ 275 ff., insb. §§ 293 f.; hierzu eingehend SUMMERS SARAH, Trials and Punishment in the Rule of Law: The Influence of the ECHR on Criminal Law and Process, ZSR 2022 II, 275 ff., 283 ff.

³⁸ MYJER (Fn. 35), 784, der es mit «fight fire with fire» sehr gut beschreibt; vgl. auch GLESS (Fn. 21), 940, wonach genau dieser Ansatz «paradoxically» in einem noch grösseren Sicherheitsrisiko resultieren würde; SUMMERS (Fn. 37), 285 f. m.w.H.

1. Recht auf Leben

Das Recht auf Leben ist in Art. 2 Ziff. 1 EMRK³⁹ garantiert und sieht vor, dass dieses Recht jedes Menschen gesetzlich geschützt wird. Nationale Gesetzgebungen müssen die Verfolgung derjenigen ermöglichen, die das Leben einer anderen Person angegriffen haben.⁴⁰ Ein gebührender Schutz verlangt jedoch mehr als bloss das repressive Vorgehen gegen Täter:innen, die bereits das Leben anderer Individuen genommen haben oder zumindest versucht haben, dieses zu nehmen. Die Mitgliedstaaten sind daher vielmehr verpflichtet, *präventive* Massnahmen zum Schutz von gefährdeten Personen vorzusehen.⁴¹ Allerdings kann nicht die Verwirklichung jedes behaupteten Risikos verhindert werden, zumal menschliches Handeln unvorhersehbar ist und staatliche Ressourcen limitiert sind. Eine Verletzung dieser präventiv staatlichen Schutzpflicht wird nur angenommen, wenn die Behörden einerseits wissen oder hätten wissen müssen, dass eine oder mehrere bestimmte Personen durch die Handlungen einer Drittperson einer realen und unmittelbaren Lebensgefahr ausgesetzt sind, und sie andererseits vernünftigerweise in der Lage gewesen wären, deren Realisierung zu verhindern.⁴²

In *Tagayeva and Others v. Russia* erweiterte der Gerichtshof das Anwendungsfeld von Art. 2 EMRK auf Konstellationen, in denen die Gesellschaft als Ganzes – und nicht bloss einzelne bestimmbare Personen – in Gefahr ist.⁴³ Der Fall betraf einen Anschlag auf eine Schule in Beslan (Russland), bei dem 334 Zivilist:innen getötet wurden. Der EGMR erachtete die von den Behörden unternommenen Massnahmen in Anbetracht der Informationen, die ihnen vorlagen, als unzureichend und bejahte in der Folge eine Verletzung von Art. 2 EMRK.⁴⁴

2. Anspruch auf Vorfelddelikte aus Art. 2 EMRK?

Es stellt sich nun die Frage, ob die Schutzpflicht nach Art. 2 EMRK tatsächlich im Sinne des *ultima ratio*-Prinzips die Schaffung von Vorfelddelikten im Ter-

³⁹ Sowie in Art. 6 Ziff. 1 IPBPR und national in Art. 10 Abs. 1 Satz 1 BV.

⁴⁰ Entscheidung der Kommission vom 2. September 1991 in der Rechtssache *Dujardin and Others v. France*, no. 16734/90, 240, 243.

⁴¹ Urteil des EGMR vom 9. Juni 1998 in der Rechtssache *L.C.B. v. the United Kingdom*, no. 14/1997/789/1001, § 36; Urteil des EGMR vom 28. Oktober 1998 in der Rechtssache *Osman v. the United Kingdom*, no. 87/1997/871/1083, § 115.

⁴² Urteil des EGMR vom 28. Oktober 1998 in der Rechtssache *Osman v. the United Kingdom*, no. 87/1997/871/1083, § 116.

⁴³ Urteil des EGMR vom 13. April 2017 in der Rechtssache *Tagayeva and Others v. Russia*, no. 26562/07, § 482 *in fine* m.w.H.

⁴⁴ Urteil des EGMR vom 13. April 2017 in der Rechtssache *Tagayeva and Others v. Russia*, no. 26562/07, § 483–493.

rorismusbereich erfordert.⁴⁵ Zusammenfassend kann aus der Rechtsprechung abgeleitet werden, dass die Tötung eines anderen Menschen unter Strafe gestellt werden muss und die Behörden alles in ihrer Macht Stehende zu unternehmen haben, um einen (konkreten) Terrorakt zu verhindern, sollten sie im Voraus Kenntnis davon erhalten. Vorfelddelikte fallen zwar *per definitionem* ausserhalb des Bereichs einer bestimmten Tat, könnten aber dennoch eine verhindernde Wirkung auf künftige Terroranschläge haben. Damit das repressive Strafrecht präventiv, d.h. bevor überhaupt Rechtsgüter verletzt oder konkret gefährdet wurden, wirken kann, ist allerdings vorausgesetzt, dass die Behörden überhaupt Kenntnis von möglichen Täter:innen erhalten; dies geschieht durch die Mittel des Polizeirechts.⁴⁶ Inwieweit der Vorfeldkriminalisierung bei der Terrorismusprävention eine eigenständige Bedeutung zukommt, ist daher noch unklar. International betrachtet, trägt das Präventionsstrafrecht jedoch essenzielle Bedeutung für die zwischenstaatliche Zusammenarbeit auf justizieller Ebene.

III. Im Hinblick auf eine terroristische Straftat

Art. 260^{sexies} StGB verbietet die Anwerbung, Ausbildung und das Reisen *im Hinblick auf eine terroristische Straftat*, so die Marginalie. Es handelt sich bei diesem abstrakten Gefährdungsdelikt⁴⁷ um ein Verbrechen; die Strafdrohung lautet auf Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe.

Das in Art. 7 EMRK und Art. 1 StGB verankerte Bestimmtheitsgebot (*nulla poena sine lege certa*) schreibt vor, dass eine Strafnorm hinreichend bestimmt und vorhersehbar zu sein braucht.⁴⁸ Die Rechtsunterworfenen müssen wissen, was sie tun dürfen und was sie eben nicht tun dürfen, damit sie ihr Verhalten danach richten können. Sich straffällig zu verhalten, sollte unter der Annahme der Zugänglichkeit der Gesetze oder der diese konkretisierenden Rechtsprechung eine bewusste Entscheidung sein.⁴⁹ Ob eine Strafbarkeit wegen Art. 260^{sexies} StGB zu befürchten ist, hängt im Wesentlichen davon ab, ob die umschriebenen Tathandlungen im Hinblick auf eine terroristische Straftat unternommen werden. Unter welchen Voraussetzungen dies der Fall ist, wird

⁴⁵ Krit. EICKER (Fn. 12), 321; EICKER (Fn. 13), 209; TODESCHINI (Fn. 22), N 22.

⁴⁶ CONINX (Fn. 16), 192.

⁴⁷ EICKER (Fn. 12), 314; PK StGB-VEST (Fn. 10), Art. 260^{sexies}, N 1; WALDER (Fn. 8), 500 *in fine*.

⁴⁸ Vgl. Urteil des EGMR (GC) vom 26. September 2023 in der Rechtssache *Yüksel Yalçınkaya v. Türkiye*, no. 15669/20, § 238; HODGSON/TADROS (Fn. 9), 994.

⁴⁹ Vgl. hierzu BGE 145 IV 470 E. 4.6.

nachfolgend beleuchtet. Auf eine detaillierte Auseinandersetzung mit den einzelnen Tatbestandsvarianten wird allerdings verzichtet.⁵⁰

A. «Terroristische Straftat»

Wenn die Strafbarkeit von gewöhnlichen Handlungen schon von deren «ausreichende[m] Zusammenhang»⁵¹ mit einer künftigen, noch unbestimmten terroristischen Straftat abhängig gemacht wird, muss für die dem StGB Unterworfenen hinreichend klar und vorhersehbar sein, was eine terroristische Straftat ist. Dieser Frage – was ist eine terroristische Straftat? – nehmen sich internationale Gremien, nationale Parlamente und Gerichte sowie Wissenschaftler:innen verschiedener Disziplinen seit geraumer Zeit an. Bei der Konkretisierung und Abgrenzung des Begriffs handelt es sich jedoch um eine Herkulesaufgabe, weil sie durchwegs politischer – und damit heikler – Natur ist.⁵² Als terroristische Tat(en) gilt der Anschlag von 9/11 auf das World Trade Center in New York City, dem die Militärkampagne «war on terror» folgte. Ebenso zu qualifizieren sind die zahlreichen Terrorakte, die sich in den letzten Jahrzehnten in westeuropäischen Städten ereignet haben. Neben diesen Taten bereitet die Einordnung von Angriffen einer (nicht-staatlichen) Organisation auf zivile Ziele innerhalb eines bewaffneten Konflikts weitaus grössere Schwierigkeiten. Mit dieser Frage hatten sich die Schweizer Gerichte im Zusammenhang mit der Bewegung *Liberation Tigers of Tamil Eelam* (LTTE) auseinanderzusetzen, an der sich mutmasslich mehrere Personen der Schweizer Diaspora beteiligten bzw. diese unterstützten.⁵³ Die strittige Rechtsfrage war, ob die Bewegung als kriminelle bzw. terroristische Organisation i.S.v. Art. 260^{ter} StGB zu qualifizieren ist.⁵⁴ Das Bundesgericht ist entgegen der Vorinstanz davon ausgegangen, dass gestützt auf Berichte der UNO hinreichend bewiesen sei, dass die Bewegung LTTE neben einem konventionell geführten bewaffneten Konflikt auch diverse isolierte Anschläge und Selbstmordattentate bewusst auf die

⁵⁰ Es sei auf die bestehende Literatur verwiesen. Dazu eingehend EICKER (Fn. 12), 314 ff.; VEST HANS, Terrorismusbekämpfung – erweiterte Vorfelddurchleuchtung und -kriminalisierung oder Mut zur Lücke?, SJZ 2020, 323 ff., 332 ff.

⁵¹ BBl 2018 (Fn. 12), 6435, 6439.

⁵² Vgl. ARNOLD ROBERTA, *The ICC as a New Instrument for Repressing Terrorism*, Diss. Bern, Transnational Publishers, Inc. 2004, 335.

⁵³ Urteil des BStGer SK.2016.30 vom 14. Juni 2018 E. 2; BGE 145 IV 470 E. 4; vgl. auch ARNOLD ROBERTA, *I risvolti penali della «guerra al terrorismo»*, *forumpoenale* 2018, 199 ff.

⁵⁴ BGE 145 IV 470 E. 4.4, zudem hält das Bundesgericht anders als die Vorinstanz, welche auf die völkerstrafrechtliche Relevanz der bewaffneten Handlungen der LTTE einging (Urteil des BStGer SK.2016.30 vom 14. Juni 2018 E. 2.4.2c, E. 2.6), explizit fest, dass nicht Gegenstand des Verfahrens sei, die Handlungen der Bewegung LTTE im Lichte des *ius in bello* und des humanitären Völkerrechts zu beurteilen.

Zivilbevölkerung verübt hat, die durchaus einen terroristischen Charakter aufweisen würden.⁵⁵

Sämtliche Erscheinungsformen von «Terrorismus» sind grausam und lassen die Betroffenen wie auch die gesamte Weltgemeinschaft hilflos zurück. Eine international anerkannte Legaldefinition für dieses Kriminalitätsphänomen existiert aufgrund seiner politischen und weltanschaulichen Prägung indes nicht.⁵⁶ Denn es handelt sich bei der Unterscheidung von Widerstandskämpfer:innen in Situationen der gewaltsamen Unterdrückung oder Besetzung und Terrorist:innen um eine der «delikatesten Aufgaben» auf der weltpolitischen Agenda.⁵⁷

Im Ingress von Art. 260^{sexies} Abs. 1 StGB wird der unbestimmte Begriff «terroristische Straftat» wie folgt konkretisiert: *ein Gewaltverbrechen, mit dem die Bevölkerung eingeschüchtert oder ein Staat oder eine internationale Organisation zu einem Tun oder Unterlassen genötigt werden soll*. Diese nationale Definition von Terrorismus ist auch in Art. 260^{ter} Abs. 1 lit. a Ziff. 2 und in Art. 260^{quinquies} Abs. 1 StGB enthalten.⁵⁸ Letztgenannte Bestimmung zur Terrorismusfinanzierung schliesst die Strafbarkeit explizit aus, wenn es sich um eine legitime Gewalttat handelt (Abs. 3) und wenn sie im Einklang mit dem *ius in bello* steht (Abs. 4).⁵⁹ Damit soll sichergestellt werden, dass die Bestimmung nicht auf Situationen angewendet wird, die klar – oder unklar – nicht als terroristisch gelten. Als unbestimmter Rechtsbegriff verbleibt «Gewaltverbrechen». Der Terminus umfasst Delikte gegen Leib und Leben, Geiselnahme,

⁵⁵ BGE 145 IV 470 E. 4.6; vgl. zur Beurteilung von Terrorakten, die in bewaffneten Konflikten begangen werden ROTH ROBERT, Comment appréhender les actes de «terrorisme» commis dans les conflits armés ?, in: Perrier Depeursinge et al. (Hrsg.), Cimes et Châtiments, Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Moreillon, Bern 2022, 577 ff.

⁵⁶ BBl 2018 (Fn. 12), 6435; Botschaft vom 26. Juni 2002 betreffend die Internationalen Übereinkommen zur Bekämpfung der Finanzierung des Terrorismus und zur Bekämpfung terroristischer Bombenanschläge sowie die Änderung des Strafgesetzbuches und die Anpassung weiterer Bundesgesetze, BBl 2002, 5390 ff., 5402, 5439.

⁵⁷ *Mutatis mutandis* BGE 142 IV 175 E. 4.3 (für das Auslieferungsrecht); ROTH ROBERT (Fn. 55), 579; vgl. auch FORSTER MARC, Zur Abgrenzung zwischen Terroristen und militanten «politischen» Widerstandskämpfern im internationalen Strafrecht – Am Beispiel des serbisch-kosovo-albanischen Bürgerkrieges, ZBJV 2005, 213 ff.

⁵⁸ Bei der nationalen Definition des Terrorismus liess sich der Gesetzgeber von Art. 2 Ziff. 1 des Internationalen Übereinkommens vom 9. Dezember 1999 zur Bekämpfung der Finanzierung des Terrorismus (ÜBFT, SR 0.353.22); BBl 2002 (Fn. 56), 5439 f.; krit. PK StGB-VEST (Fn. 10), Art. 260^{sexies}, N 5, wonach gemäss ÜVT noch die «wohl gefährlichste Zweckvariante der ernsthaften Destabilisierung oder Zerstörung der fundamentalen politischen oder verfassungsmässigen Strukturen eines Landes».

⁵⁹ FORSTER MARC, Terroristischer Massenmord an Zivilisten als «legitimer Freiheitskampf» (im Sinne von Art. 260^{quinquies} Abs. 3 StGB) kraft «Analogieverbot»?., ZStrR 2006, 331 ff.; BSK StGB II-FIOLKA (Fn. 10), Art. 260^{quinquies}, N 42 ff.

Entführung, Raub, Erpressung, Freiheitsberaubung sowie bestimmte gemeingefährliche Delikte und Sexualdelikte.⁶⁰ Damit wird zwar dem Bestimmtheitsgebot Genüge getan. Doch erleichtert auch diese Begriffsumschreibung des Phänomens die Triage nicht; wo die Grenze zwischen legitimen Befreiungskämpfen und verbotenen terroristischen Handlungen zu ziehen ist, bleibt – bewusst oder unbewusst – rätselhaft und muss im Einzelfall behutsam eruiert werden.⁶¹ Dabei dürften Angriffe auf belebte zivile Ziele regelmässig einen terroristischen Charakter vermuten lassen.⁶²

Damit ist nicht jedes Gewaltverbrechen eine terroristische Straftat; sondern eben nur ein solches, mit dem die Bevölkerung eingeschüchtert oder ein Staat oder eine internationale Organisation zu einem Tun oder Unterlassen genötigt werden soll. Ein Gewaltverbrechen also, mit dem eine bestimmte Wirkung anvisiert wird.⁶³ TRECHSEL/VEST bezeichnen diese nationale Legaldefinition des Terrorismus als «Zweckformel».⁶⁴ Die Gewalttat soll demnach im Kontext einer bestimmten Zwecksetzung verübt werden. Ginge es nun darum, dieses Kontextelement bei einer begangenen Straftat festzustellen, um diese als terroristisch einzustufen, wäre das zumindest im Rahmen des Menschenmöglichen machbar. Doch gibt es eben keine spezifische Terrorismusstrafnorm, welche die Begehung einer terroristischen Straftat unter Strafe stellt; eine solche ist nach den herkömmlichen Gewaltdelikten zu beurteilen.⁶⁵ Es erweist sich hingegen als deutlich anspruchsvoller, wenn nicht gar unmöglich, auf das Vorliegen eines solchen Kontexts zu schliessen, wenn die Gewalthandlung noch nicht geschehen ist, respektive noch nicht einmal in örtlicher, zeitlicher oder sachlicher Hinsicht konkret geplant worden ist.⁶⁶ Dennoch hat der Gesetzgeber die Art. 260^{ter}, Art. 260^{quinquies} und Art. 260^{sexies} StGB unter genau diese Vorzeichen gestellt.

⁶⁰ Statt vieler BSK StGB II-FIOLKA (Fn. 10), Art. 260^{quinquies}, N 25, wonach sämtliche gewalttätige Einwirkungen auf Menschen und Sachen darunterfallen, soweit sie mit Freiheitsstrafe von mehr als drei Jahren bedroht sind.

⁶¹ In diesem Sinne etwa das Bundesstrafgericht in Urteil des BStGer SK.2016.30 vom 14. Juni 2018 E. 2.6.2: «A la connaissance de la Cour de céans, aucun juge du siège ne s'est jamais posé la question de l'application de l'art. 260^{ter} CP dans une situation telle que celle du Sri Lanka».

⁶² So in BGE 145 IV 470 E. 4.6; BGE 131 II 235 E. 2.13, E. 3.5 *in fine*; vgl. zu letzterem Entscheid betreffend den serbisch-kosovo-albanischen Bürgerkrieg FORSTER (Fn. 57), 215, 235 *in fine*, 237.

⁶³ Vgl. auch CONINX (Fn. 16), 193.

⁶⁴ PK StGB-TRECHSEL/VEST (Fn. 10), Art. 260^{ter}, N 8a.

⁶⁵ Es gab allerdings erfolglose Bestrebungen, eine spezifische Terrorismusstrafnorm mit der Marginalie «Terrorismus» einzuführen BBl 2002 (Fn. 56), 5438 ff; vgl. auch GODENZI GUNHILD, Strafbare Beteiligung am kriminellen Kollektiv, Eine Explikation von Zurechnungsstrukturen der Banden-, Organisations- und Vereinigungsdelikte, Bern 2015, 228 f.

⁶⁶ CONINX (Fn. 16), 190 f., *mutatis mutandis* 195.

B. «Im Hinblick auf»

Die Zweckformel wird in Art. 260^{ter}, Art. 260^{quinqües} und Art. 260^{sexies} StGB jeweils unterschiedlich eingesetzt. Beim Organisationstatbestand nach Art. 260^{ter} Abs. 1 lit. a Ziff. 2 StGB soll sie sicherstellen, dass die Beteiligung oder Unterstützung nur bei Organisationen strafbar ist, die primär terroristische Zwecke verfolgen.⁶⁷ Der Bezug muss hier zwischen der Tathandlung und der Organisation – und nicht dem Terrorakt – hergestellt werden.⁶⁸ Abgesehen von den zuvor bereits erwähnten Schwierigkeiten bei der Abgrenzung von legitimen und illegitimen Kampfhandlungen, ist die Bestimmung in beweisrechtlicher Hinsicht konventionell ausgestaltet: Um zu eruieren, ob eine Organisation zur Hauptsache terroristische Zwecke verfolgt, bedarf es eines Blickes in die Vergangenheit, mithin einer historischen Analyse der Konfliktsituation.⁶⁹ Demgegenüber verlangt Art. 260^{quinqües} StGB, der ebenfalls als Vorfelddelikt die Terrorismusfinanzierung pönalisiert,⁷⁰ einen Blick in den Kopf der Täter:innen; sie müssen in der (Eventual-)Absicht handeln, eine künftige terroristische Straftat zu finanzieren.⁷¹ Art. 260^{sexies} StGB ist mit «im Hinblick auf» ähnlich beschaffen. Auch diese Bestimmung zielt auf vorbereitende Verhaltensweisen ab, die nach der Vorstellung der Täter:innen eine künftige terroristische Straftat fördern sollen.

1. Bedeutungserforschung

Die Formulierung «im Hinblick auf» in Art. 260^{sexies} StGB stellt den Bezug zwischen den Tathandlungen und der terroristischen Straftat her.⁷² VEST beschreibt sie als «sehr ungewöhnlichen Passus»,⁷³ da sie sich nach dem Wortlaut von den anderen Terrorismusartikeln unterscheidet und die Tragweite ihrer Bedeutung nicht ohne weiteres klar ist.

⁶⁷ PK StGB-TRECHSEL/VEST (Fn. 10), Art. 260^{quinqües}, N 8a.

⁶⁸ GODENZI (Fn. 65), 269 ff.

⁶⁹ Anschaulich hierzu Urteil des BStGer SK.2016.30 vom 14. Juni 2018 E. 2.2.1, E. 2.2.3. In innerstaatlichen Strafverfahren – im Unterschied zu Rechtshilfeverfahren – wird Art. 260^{ter} StGB faktisch nur bei Gruppierungen angewendet, die bundesrechtlich verboten sind.

⁷⁰ Vgl. GODENZI (Fn. 65), 228 m.w.H.

⁷¹ BSK StGB II-FIOLKA (Fn. 10), Art. 260^{quinqües}, N 23.

⁷² Bereits WALDER (Fn. 8), 497.

⁷³ PK StGB-VEST (Fn. 10), Art. 260^{sexies}, N. 5.

a. *Historisch-teleologisch*

Die Bestimmung von Art. 260^{sexies} StGB dient der Bekämpfung sowie der Prävention von Terrorakten, weshalb sie von einer zusätzlichen Vorverlagerung der Strafbarkeit zeugt.⁷⁴ Darüber hinaus trägt sie der Gefährlichkeit des «Phänomens im Phänomen» Rechnung: sog. *lone wolf terrorism*. Es soll die Gefahr, die von einer einzelnen, nicht in Kontakt mit einer terroristischen Organisation stehenden Person ausgeht, gebannt werden. Sie ermöglicht mithin, dass auch Einzeltäter:innen, die unabhängig von einer Gruppierung terroristische Aktivitäten entwickeln, zur Verantwortung gezogen werden können.⁷⁵ Die Verhaltensweisen sollen «über das Potenzial verfügen, terroristische Haupttaten herbeizuführen oder zu erleichtern». Dies tun sie, wenn sie «geeignet sind, die unmittelbare oder mittelbare Gefahr eines terroristischen Anschlags zu begründen oder zu erhöhen».⁷⁶ Hierbei genügen «hypothetisch[e] Ketten von Ereignissen, die in einem bloss theoretischen Konnex zu Terrorakten stehen» nicht; verlangt wird vielmehr ein «ausreichender Zusammenhang».⁷⁷ Eine Strafbarkeit wegen Art. 260^{sexies} StGB bedingt somit in subjektiver Hinsicht, dass Täter:innen das terroristische Potenzial ihrer Handlung kennen oder dieses zumindest in Kauf nehmen.⁷⁸

b. *Systematisch*

Auf das Bezugskonzept von Art. 260^{ter} StGB zurückzugreifen, erscheint wenig fruchtbar. Es handelt sich zwar bei dieser Bestimmung auch um ein *eigenständiges Delikt* – eigenständig zu einem geplanten Terroranschlag.⁷⁹ Im besagten Fall der Bewegung LTTE hielt das Bundesgericht fest, dass nicht für jede einzelne Handlung der Nachweis erbracht werden müsse, dass sie einerseits terroristischer Natur ist und andererseits der Bewegung zugerechnet werden kann.⁸⁰ Auch ist für eine strafbare Beteiligung nach Art. 260^{ter} StGB nicht vorausgesetzt, dass diese kausal für die Begehung eines Gewaltverbrechens ist.⁸¹ Doch liegt der zentrale Unterschied bei Art. 260^{sexies} StGB darin, dass gerade keine Verbindung zu einer terroristischen Organisation bestehen muss.

⁷⁴ BBl 2018 (Fn. 12), 6434 f.

⁷⁵ BBl 2018 (Fn. 12), 6465; VEST (Fn. 50), 334 Fn. 97; WALDER (Fn. 8), 496 f.; CONINX (Fn. 16), 183 f., 192; HEIMGARTNER/INHELDER (Fn. 11), 1217 *in fine*.

⁷⁶ BBl 2018 (Fn. 12), 6436 *in fine*.

⁷⁷ BBl 2018 (Fn. 12), 6435.

⁷⁸ BBl 2018 (Fn. 12), 6484 ff.

⁷⁹ BBl 2002 (Fn. 56), 5432.

⁸⁰ BGE 145 IV 470 E. 4.6 *in fine*.

⁸¹ Vgl. *mutatis mutandis* BBl 2018 (Fn. 12), 6475.

Gleich verhält es sich mit dem Rechtsprechungskriterium der «*Tatnähe*» für die Generalklausel in Art. 74 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 NDG (Fördern auf andere Weise). Das zu beurteilende Verhalten muss «in objektiver und subjektiver Hinsicht so *nahe* an das verbrecherische Verhalten»⁸² der verbotenen Gruppierung treten, dass dadurch eine Förderung derselben angenommen werden kann.⁸³

Ein Rückgriff auf Art. 260^{quinquies} StGB erscheint aufgrund der gleichartigen Beschaffenheit sinnvoller: Beide Tatbestände erfassen vorbereitende Verhaltensweisen, die sich fördernd auf die Begehung terroristischer Straftaten auswirken sollen. Der Bezug zwischen der Finanzierungshandlung und der terroristischen Straftat wird hier demnach über die Absicht hergestellt.⁸⁴ Eine Absicht kann konkreter oder allgemeiner Natur sein – ohne ein Geständnis der beschuldigten Person ist sie allerdings schwer nachzuweisen.⁸⁵ Der Gesetzgeber hatte bereits bei diesem Vorfelddelikt ein weites Verständnis dieses subjektiven Elements im Sinn: Der Täter muss intendieren, dass die Gelder «für terroristische Zwecke» verwendet werden, ohne dass jedoch ein Kausalzusammenhang zu einer bestimmten terroristischen Anlasstat bestehen müsste.⁸⁶

Ausserhalb des Terrorismusstrafrechts findet sich die Formulierung «im Hinblick auf» bereits in den Tatbeständen der Vorteilsgewährung (Art. 322^{quinquies} StGB) und Vorteilsannahme (Art. 322^{sexies} StGB).⁸⁷ Redaktionell soll sie hier zum Ausdruck bringen, dass es nicht eine bestimmte oder bestimmbare Amtshandlung zu sein braucht.⁸⁸ Die Vorteilsgewährung bzw. Vorteilsannahme muss geeignet sein, die Amtshandlung der Amtsträger:innen zu beeinflussen,

⁸² Urteil des BStGer SK.2016.9 vom 15. Juli 2016, E. II.1.14.3, E. II.1.18 *in fine* (Hervorhebung durch die Autorin).

⁸³ Urteil des BGer 6B_948/2016 vom 22. Februar 2017 E. 4.2.1; TPF 2018 22 E. 2.3.1.; vgl. auch EICKER (Fn. 10), 354; WALDER (Fn. 8), 498 *in fine*; JOSITSCH DANIEL/POULIKAKOS GEORGE, Lückenfüllung um jeden Preis?, Jusletter, 28. Oktober 2019, N 3 *in fine*.

⁸⁴ Vgl. GODENZI (Fn. 65), 229 betreffend Art. 260^{quinquies} StGB.

⁸⁵ JOSITSCH/POULIKAKOS (Fn. 83), N 18, 21; VEST (Fn. 50), 333.

⁸⁶ BBl 2002 (Fn. 56), 5403, 5441 f.; LAVALLÉ ROBERTO, The International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism, ZaöRV 2000, 491 ff., 501 ff.; CR CP II-LIVET/DOLIVO-BONVIN, Art. 260^{quinquies}, N 18, Commentaire Romand, Code pénal II (Art. 111–392 CP), in: Macaluso Alain/Moreillon Laurent/Queloz Nicolas (Hrsg.), Basel 2017 (zit. CR CP II-Bearbeiter/in, Art. XX, N YY); EICKER (Fn. 13), 205 f.; krit. BSK StGB II-FIOLKA (Fn. 10), Art. 260^{quinquies}, N 21; a.M. CASSANI URSULA, Le train de mesures contre le financement du terrorisme: une loi nécessaire?, SZW 2003, 293 ff., 296, 304; VEST HANS, Terrorismus als Herausforderung des Rechts, Zürich/Basel/Genf 2005, 57; PK StGB-TRECHSEL/VEST (Fn. 10), Art. 260^{quinquies}, N 4.

⁸⁷ EICKER (Fn. 12), 315.

⁸⁸ Urteil des BGer 6B_391/2017 vom 11. Januar 2018 E. 5.3.1.

was die Täter:innen auch direkt anstreben.⁸⁹ JOSITSCH kritisiert dieses subjektive Tatbestandselement dahingehend, dass es den Weg für eine rein objektive Betrachtungsweise ebne.⁹⁰

c. Würdigung

In der Lehre besteht betreffend Art. 260^{sexies} StGB Einigkeit darüber, dass es sich bei «im Hinblick auf» um ein zusätzliches – zum Vorsatz – subjektives Element handelt.⁹¹ Hingegen besteht keine *unité de doctrine* bezüglich der Frage, ob *dolus eventualis* ausreichend ist.⁹² Nach hier vertretener Ansicht ist die Formulierung so zu verstehen, wie sie auch daherkommt: Im Vergleich zur Terrorismusfinanzierung ist bei den Tathandlungen von Art. 260^{sexies} StGB eine zusätzliche Vorverlagerung der Strafbarkeit zu vermerken. Eine Absicht wie jene bei Art. 260^{quinquies} StGB oder eine auf ein Tätigkeitsdelikt gemünzte Absicht wie beispielsweise die Bereicherungsabsicht beim Diebstahl (Art. 139 StGB) dürften bei diesen Verhaltensweisen i.d.R. nicht möglich sein.⁹³ Um dem kriminalpolitischen Wunsch eines präventiven Vorgehens gegen Terrorakte nachzukommen, wurde ein Tatbestand kreiert, der die Strafbarkeit im Wesentlichen von Zuschreibungen abhängig macht – das subjektive Element also objektiviert.⁹⁴ Die äusseren Umstände lassen den Schluss auf die terroristische Einstellung der Täter:innen zu – dies, obwohl international – und im Grunde

⁸⁹ BSK StGB II-PIETH (Fn. 10), Art. 322^{quinquies}, N 9, 17 m.w.H.

⁹⁰ JOSITSCH DANIEL, Der Tatbestand des Anfüttens im Korruptionsstrafrecht, ZStrR 2000, 53 ff., 65.

⁹¹ EICKER (Fn. 12), 315; CONINX (Fn. 16), 193; OFK StGB-WEDER, Art. 260^{sexies}, N 14, in: Donatsch Andreas (Hrsg.), StGB/JStG, Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch), 21. A., Zürich 2022 (zit. OFK StGB-BEARBEITER/IN, Art. XX, N YY); VEST (Fn. 50), 334; PK StGB-VEST (Fn. 10), Art. 260^{sexies}, N 5; WALDER (Fn. 8), 502; JOSITSCH/POULIKAKOS (Fn. 83), N 21; HK StGB-WOHLERS, Art. 260^{sexies}, N 4, 8, 10, 15, in: Wohlers/Godenzi/Schlegel, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Handkommentar, 5. A., Bern 2024 (zit. HK StGB-BEARBEITER/IN, Art. XX, N YY); PAJAROLA UMBERTO, Bekämpfung von Terrorismus und Organisierter Kriminalität, Zürich/Genf 2022, N 4321 f.

⁹² VEST (Fn. 50), 334; PK StGB-VEST (Fn. 10), Art. 260^{sexies}, N 5, wonach der Europarat stark vom *common law* geprägt sei und dieses keinen Eventualvorsatz kenne. Es wird daher gefordert, «im Hinblick auf» als Erfordernis für direkten Vorsatz zu verstehen; teilweise zustimmend EICKER (Fn. 12), 321 f., der für den Reisetatbestand (Art. 260^{sexies} Abs. 1 lit. c StGB) sowie den Reisefinanzierungstatbestand (Art. 260^{sexies} Abs. 2 StGB) *dolus directus* ersten Grades verlangt. Während bei der Terrorismusfinanzierung Art. 260^{quinquies} Abs. 2 StGB eine eventualvorsätzliche Begehung explizit von der Strafbarkeit ausnimmt, ist eine solche bei der Beteiligung oder Unterstützung terroristischer Organisationen nach Art. 260^{ter} StGB strafbar.

⁹³ So auch EOVG I-ARZT, § 5, N 31 ff., Kommentar Einziehung, Organisiertes Verbrechen, Geldwäscherei, Bd. I, in: Schmid Niklaus (Hrsg.), 2. A., Zürich/Basel/Genf 2007 (zit. EOVG I-BEARBEITER/IN, Art. XX, N YY), wonach ein Wille auf ein unbestimmtes Ziel dogmatisch schlicht nicht der stärksten Vorsatzform, der Absicht, entsprechen kann.

⁹⁴ Bereits WALDER (Fn. 8), 502.

auch national – nicht klar definiert ist, was genau unter «Terrorismus» zu verstehen ist. Für das Gelingen einer terroristischen Straftat können eine ganze Palette von gewöhnlichen Handlungen nützlich sein.⁹⁵ Umgekehrt ist es schwierig bis unmöglich, *ex ante* zu beurteilen, ob eine künftige, unbestimmte Straftat unter das extraordinäre Phänomen «Terrorismus» zu subsumieren ist; dies besonders in Anbetracht dessen, dass doch bereits eine *ex post*-Beurteilung eine grosse Herausforderung für die Gerichte darstellt (siehe oben, [III.A](#)).

2. Bedeutungsproblemeforschung – Entlastungsbeweis?

Art. 260^{sexies} StGB wurde so konzipiert, dass der Terrorismusbezug auf der subjektiven Tatbestandsseite – anders als bei Art. 260^{ter} StGB, wo die primäre Zwecksetzung einer Organisation ein objektives Kriterium darstellt – zu verurteilen ist. Als Konsequenz müssen die Strafverfolgungsbehörden diese terroristische Zwecksetzung nachweisen, was die Gefahr von Zuschreibungen in sich birgt. Eine andere Herangehensweise, die in *section 58* des *Terrorism Act 2000* des Vereinigten Königreichs gewählt wurde, wäre die Einführung eines Entlastungsbeweises («*reasonable excuse defence*»).

Section 58(1) bestraft u.a., wer Informationen sammelt oder aufzeichnet, die für eine Person nützlich sein könnten («*likely*»), um eine terroristische Straftat zu begehen oder vorzubereiten.⁹⁶ Dabei wird automatisch vermutet, dass potenziell nützliche Informationen auch tatsächlich zu terroristischen Zwecken beschafft wurden. Deshalb sieht *section 58(3)* eine *reasonable excuse defence* vor:

«It is a defence for a person charged with an offence under this section to prove that he had a reasonable excuse for his action or possession».

In *section 58(3A)* wird sodann nicht abschliessend konkretisiert, dass eine solche *reasonable excuse defence* vorliegt, wenn die Täter:innen nicht wussten und auch keinen Grund zur Annahme hatten, dass die Informationen möglicherweise terroristischen Zwecken dienen könnten, oder wenn sie die Tat handlung für die Ausübung einer journalistischen Tätigkeit oder wissenschaftlichen Forschung ausführten.

Es stellt sich nun die Frage, ob man die Strafbarkeit in Art. 260^{sexies} StGB mit einem entsprechenden «Nicht-Terrorismus-Beweis» besser begrenzen könnte.⁹⁷ Dieser angelsächsische Ansatz kann – hypothetisch – auf zwei Arten erfolgen: entweder mit einer Beweislastumkehr oder ohne.

⁹⁵ HODGSON/TADROS (Fn. 9), 985.

⁹⁶ HODGSON/TADROS (Fn. 9), 997 f. kommen zum Schluss, dass die Bestimmung nicht mit Art. 7 EMRK vereinbar ist.

⁹⁷ In Anlehnung an HODGSON/TADROS (Fn. 9), 995.

Eine Umkehr der Beweislast würde vorliegen, wenn das subjektive Unrecht vermutet würde und diese Vermutung nur durch einen von der beschuldigten bzw. angeklagten Person zu erbringenden «Nicht-Terrorismus-Beweis» umgestossen werden könnte. Das Rad wird mit dieser Überlegung zwar nicht von Grund auf neu erfunden. Für die üble Nachrede nach Art. 173 Ziff. 2 StGB (sowie gemäss Lehre und Rechtsprechung für die Beschimpfung nach Art. 177 StGB)⁹⁸ sieht das StGB mit dem Wahrheitsbeweis sowie dem Gutglaubensbeweis bereits eine Beweislastumkehr vor.⁹⁹ Die Einführung einer solchen für Art. 260^{sexies} StGB hätte den Vorteil, dass die Strafbarkeit nicht von einer objektivierbaren Absicht abhängen und den Gerichten weniger «Zuschreibungsmacht» zukommen würde. Allerdings könnte hierdurch keine rechtsstaatliche Verbesserung herbeigeführt werden; im Gegenteil: Der Grundsatz *in dubio pro reo* sieht vor, dass die Beweislast bei der Anklage liegt.¹⁰⁰ Insofern ist dieser Ansatz klar abzulehnen.

Würde demgegenüber die Strafbarkeit für bestimmte Vorfeldhandlungen – analog der Abs. 3 und 4 von Art. 260^{quinquies} StGB sowie Abs. 2 von Art. 260^{ter} StGB (dort allerdings für die Zweckformel und nicht für die Tathandlungen selbst) – ausgeklammert werden, könnte die Beweislast bei den Strafverfolgungsbehörden verbleiben. Damit würde sich die gegenwärtige Rechtslage verbessern, indem die Strafbarkeit klarer begrenzt wäre. Konstellationen, in denen kein Geständnis vorliegt, bleiben so oder anders problematisch.

IV. Schluss

Der vorliegende Beitrag hat verschiedene Aspekte im Zusammenhang mit materiell-strafrechtlichen Bestimmungen zur Terrorismusbekämpfung beleuchtet, aber keineswegs abschliessend beantwortet. Es ist unbestritten, dass eine enorme Gefahr von terroristischen Aktivitäten, insbesondere von Einzeltäter:innen, ausgeht und die Behörden nicht untätig bleiben dürfen. Auf internationaler Ebene besteht grosser politischer Druck, dass die Staaten erkennbar

⁹⁸ BSK StGB II-RIKLIN (Fn. 10), Art. 177, N 15; Urteil des BGer 6B_1270/2017 vom 24. April 2018.

⁹⁹ Vgl. STRATENWERTH GÜNTER/BOMMER FELIX, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I: Straftaten gegen Individualinteressen, 8. A., Bern 2022, § 11, N 30 ff.; HK StGB-WOHLERS (Fn. 91), Art. 173, N 20 ff.

¹⁰⁰ BSK StPO I-RIEDO/FIOLKA, Art. 6, N 19 f., in: Niggli Marcel Alexander/Heer Marianne/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Schweizerische Strafprozessordnung/Jugendstrafprozessordnung, Art. 1-195 StPO, Basler Kommentar, 3. A., Basel 2023 (zit. BSK StPO I-BEARBEITER/IN, Art. XX, N YY); näher zum UK-Recht ALLEN JACKSON, Rethinking the relationship between reverse burdens and the presumption of innocence, The International Journal of Evidence and Proof 2021, 115 ff.; HAMER DAVID, The Presumption of Innocence and Reverse Burdens: A Balancing Act, The Cambridge Law Journal Mar. 2007, 142 ff.

am internationalen Kampf gegen den Terrorismus teilnehmen und miteinander kooperieren. Diese Solidarität manifestiert sich in der Schaffung nationaler Gesetzesbestimmungen. Durch die dichotome Unterscheidung von gewöhnlichen Delikten und spezifischen Terrorismus(förderungs)delikten, wird das besonders schwere Unrecht von letzteren hervorgehoben.¹⁰¹ Zumal die Strafbarkeit nach Art. 260^{sexies} StGB an den Terrorismusbezug gebunden ist, sollte es für die Rechtsunterworfenen klar ersichtlich sein, unter welchen Voraussetzungen ihr Verhalten als terroristisch zu qualifizieren ist. Wo kein Geständnis vorliegt, erlaubt die vage Wendung «im Hinblick auf eine terroristische Straftat», das Innenleben des Täters objektiv zu rekonstruieren. Damit ist aber keine Gewähr geboten, dass die Gerichte auf die tatsächlichen Gedanken der Täterin oder des Täters im Tatzeitpunkt schliessen und nicht bloss auf seine als gefährlich wahrgenommene radikale Einstellung. Es bleibt daher zu hoffen, dass die Diskrepanz zwischen Recht und Realität in der künftigen Gerichtspraxis so klein wie möglich bleibt.

¹⁰¹ Vgl. auch HODGSON/TADROS (Fn. 9), 986; SAUL BEN, *Criminality and Terrorism*, in: SALINAS DE FRÍAS ANA MARÍA/SAMUEL KATJA L.H./WHITE NIGEL D. (Hrsg.), *Counter Terrorism, International Law and Practice*, Oxford 2012, 133 ff., 133, 135.

Recht und Technologie

Protection des données personnelles et responsabilité de l'Etat

Étude de la responsabilité de l'Etat en cas de violation de la Loi fédérale sur la protection des données

Lucile Pasche

Tables des matières

I.	Introduction	95
A.	Loi sur la responsabilité	97
B.	Loi sur la protection des données	98
1.	Introduction	98
2.	Définitions	99
II.	Responsabilité de l'Etat	100
A.	Auteur-e	100
1.	Fonctionnaire	100
2.	Dans l'exercice des fonctions	101
B.	Préjudice	102
1.	Dommages	102
2.	Tort moral	103
C.	Acte illicite	105
D.	Lien de causalité	108
III.	Conclusion	110

I. Introduction

En mai 2023, l'entreprise Xplain a subi une attaque par rançongiciel qui a mené au vol d'une grande quantité de données personnelles. Active dans le domaine de la sécurité, elle fournissait des logiciels à plusieurs offices fédéraux et, à ce titre, traitait des données personnelles d'administrés, dont notamment des données sensibles.¹ Une partie (environ deux tiers) de ces données a été publiée sur le

¹ Par exemple, un fichier Excel qui contenait des informations détaillées sur des procédures pénales, dont notamment le nom des personnes prévenues, les infractions soupçonnées ainsi que les faits en cause, a été envoyé à des employés de l'entreprise Xplain, cf. Oberson Abels, Organe chargé de l'enquête administrative « Fuite de données », Enquête administrative – Rapport, 28 mars 2024, 79.

darknet.² Cet incident a d'abord fait l'objet d'une enquête administrative ordonnée par le Conseil fédéral³ et de trois enquêtes du Préposé fédéral à la protection des données (PFPDT) à l'encontre de l'entreprise Xplain, de l'Office fédéral de la police (fedpol) ainsi que de l'Office fédéral de la douane et de la sécurité des frontières (OFDF) qui ont mené à la publication de rapports. Des recommandations à l'attention des trois entités précitées y figurent.⁴ En outre, l'Office fédéral de la cybersécurité (OFCS) a établi un rapport sur les données concernées par la fuite.⁵ Finalement, le Conseil fédéral a adopté des mesures visant à éviter de futures fuites de données.⁶

Le bilan général tiré de ces diverses enquêtes est que les organes de la Confédération ont violé plusieurs dispositions de la Loi fédérale sur la protection des données.^{7,8}

Les recommandations étant acceptées et les enquêtes clôturées, on pourrait croire que l'affaire est résolue. Pourtant, la violation des dispositions légales persiste à ce jour et nous sommes d'avis qu'un point central a été oublié, celui de la responsabilité de l'Etat.

² Département fédéral de la défense, de la protection de la population et de sports DDPS, Office fédéral de la cybersécurité OFCS, Rapport concernant les analyses de données effectuées après la cyberattaque contre l'entreprise Xplain, 7 mars 2024, 3, 9,

³ Oberson Abels (nbp. 1), 1.

⁴ PFPDT, Rapport final fedpol, 25 avril 2024 ; PFPDT, Rapport final OFDF, 25 avril 2024 ; PFPDT, Rapport final Xplain, 25 avril 2024.

⁵ Département fédéral de la défense, de la protection de la population et des sports DDPS, Office fédéral de la cybersécurité OFCS (nbp. 2).

⁶ Département fédéral de la défense, de la protection de la population et des sports/ Secrétariat à la politique de sécurité/Service spécialisé de la Confédération pour la sécurité de l'information, Train de mesures pour éviter de nouvelles fuites de données, Résultat de l'atelier du 20 mars 2024 sur les recommandations en matière de sécurité de l'information, 3 avril 2024, disponible sous <<https://www.news.admin.ch/newsd/message/attachments/87386.pdf>>; MONTAVON MICHAEL, Les résultats et les suites de l'enquête administrative dans l'affaire Xplain, 17 juin 2024, disponible sous <www.swissprivacy.ch/306>; Conseil fédéral, Communiqués, Clôture de l'enquête administrative concernant la cyberattaque contre Xplain SA : le Conseil fédéral adopte des mesures, 1^{er} mai 2024, disponible sous <<https://www.news.admin.ch/fr/nsb?id=100890>>.

⁷ Loi fédérale sur la protection des données du 25 septembre 2020 (LPD ; RS 235.1).

⁸ Toutefois, l'attaque étant survenue en mai 2023 et la révision de la LPD étant entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2023, c'est au regard des dispositions de la LPD applicables à l'époque que les manquements ont été appréciés par le PFPDT (art. 70 LPD) ; PFPDT, Rapport final OFDF, 25 avril 2024, N 12 ; PFPDT, Rapport final fedpol, 25 avril 2024, N 74 ; PFPDT, Rapport final Xplain, 25 avril 2024, N 77.

Le point de départ de cette analyse est l'application de la Loi sur la responsabilité⁹ en cas de dommage découlant d'une violation de la Loi fédérale sur la protection des données. Les difficultés pratiques que posent les manquements à la protection des données dans l'analyse des conditions du dommage et celles du tort moral constituent le noyau de cette contribution.

À notre connaissance, ni le droit fédéral ni les droits cantonaux de la protection des données n'ont, à ce jour, donné lieu à une jurisprudence sous l'angle de la responsabilité de l'Etat. Dès lors, les développements qui suivent sont basés sur la jurisprudence et la doctrine en lien avec la responsabilité civile, respectivement le droit de la protection des données, ainsi que sur la jurisprudence européenne.

A. Loi sur la responsabilité

En 1958, le Législateur fédéral adoptait la Loi sur la responsabilité applicable aux agents de la Confédération.¹⁰ Dans son Message, le Conseil fédéral indiquait que, compte tenu de l'évolution des mœurs, il serait injuste que des dommages causés sans droit par des fonctionnaires de l'Etat n'ouvrent la voie qu'à une action contre le fonctionnaire.¹¹ A l'instar de nombreuses lois cantonales, cette législation a pour particularité de prévoir une responsabilité primaire, exclusive et causale.¹² Ainsi, la faute du fonctionnaire est présumée et la personne lésée est limitée à agir contre l'Etat.¹³ La LRCF reprend en partie les conditions de la responsabilité civile ainsi que la jurisprudence y relative, à savoir l'existence d'un dommage ou d'un tort moral, un acte illicite et un lien de causalité naturelle et adéquate (art. 3 et 6 LRCF).

Considérant que la LPD ne prévoit pas de régime de responsabilité spéciale, la LRCF est applicable en vertu de l'art. 3 al. 2 LRCF *a contrario*.

⁹ Loi fédérale du 14 mars 1958 sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires (Loi sur la responsabilité, LRCF ; RS 170.32).

¹⁰ Conseil fédéral, Loi fédérale sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires (Loi sur la responsabilité du 14 mars 1958), 27 mars 1958, FF 1958 I 677, 677.

¹¹ Conseil fédéral, Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant un projet de loi sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires du 29 juin 1956, FF 1956 I 1420 ss, 1420 s.

¹² ATF 148 II 73 c. 3.1 ; Arrêt du TF 2C_1028/2022 du 22 mars 2023 c. 6.1 ; ATF 150 II 225 c. 4.1 ; UHLMANN FELIX, *Schweizerisches Staatshaftungsrecht*, Zurich/St-Gall, 2017, N 6.

¹³ ATF 148 II 73 c. 3.1 ; ATF 150 II 225 c. 4.1.

B. Loi sur la protection des données

I. Introduction

La révision de la Loi sur la protection des données est entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2023 et a entraîné un grand nombre de discussions tant dans les milieux juridiques qu'en dehors.¹⁴ En effet, la révision a remis au centre du débat le droit de la protection des données, comme l'avait fait avant elle son proche cousin, le Règlement général sur la protection des données de l'Union européenne du 24 mai 2016 (RGPD).¹⁵ La révision avait pour but principal de se conformer aux engagements internationaux, en particulier la Convention 108+ du Conseil de l'Europe^{16 17}.

Cette loi dispose des principes de licéité, de bonne foi, de proportionnalité, d'économicité des données, de transparence, de finalité, d'exactitude et de sécurité (art. 6 ss LPD).¹⁸ Le traitement doit donc être conforme à la loi, ainsi qu'aux assurances données, répondre à un intérêt raisonnable et poursuivre un but déterminé.¹⁹

¹⁴ À titre d'exemple : Radio Télévision Suisse, Was ändert sich mit dem revidierten Datenschutzgesetz?, 7 août 2023, disponible à <<https://www.srf.ch/news/wirtschaft/online-mehr-sicherheit-was-aendert-sich-mit-dem-revidierten-datenschutzgesetz>> ; BLONSKI DOMINIKA, Was bedeutet die Revision für die kantonalen Datenschutzgesetze?, in : Epiney Astrid/Moser Sophie/Rovelli Sophia (éd.), Die Revision des Datenschutzgesetzes des Bundes / La révision de la Loi fédérale sur la protection des données, Genève – Zurich – Bâle 2022, 43), 89.

¹⁵ Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016, relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données). Bien que ce texte ne soit pas contraignant pour la Suisse, le législateur a souhaité s'en rapprocher afin que la décision d'adéquation accordée à la Suisse de Commission européenne soit maintenue, cf. Conseil fédéral, Message concernant la loi fédérale sur la révision totale de la loi fédérale sur la protection des données et sur la modification d'autres lois fédérales du 15 septembre 2017, FF 2017 6565, 6567, 6588.

¹⁶ Convention modernisée du 10 octobre 2018 pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel (STCE no 108 telle qu'elle sera amendée par le protocole STCE 223).

¹⁷ EPINEY ASTRID/ZLATESCU PETRU EMANUEL, in : Bieri Adrian/Powell Julian (éd.), Orell Füssli Kommentar zum DSG, Zurich 2023, Art. 1 N 4 (cit. OFK DSG-AUTEUR-E, Art. XX N YY).

¹⁸ BAERISWYL BRUNO, in : Baeriswyl Bruno/Pärli Kurt/Blonski Dominika (éd.), Stämpfli Handkommentar zum DSG, 2^{ème} éd., Zurich/Bâle 2023, Art. 6 N 2 (cit. HK DSG-AUTEUR-E, Art. XX N YY).

¹⁹ EHRENSTRÖM PHILIPPE, Les principes en droit suisse de la protection des données, août 2021, disponible à <<https://droitdutravailensuisse.com/2021/08/01/les-principes-en-droit-suisse-de-la-protection-des-donnees/>> ; HK DSG-BAERISWYL, Art. 6 N 5 ss, 17 ss, 21 ss.

À l'instar des personnes privées, les organes fédéraux sont tenus de respecter les dispositions générales de la LPD (art. 1 à 29 LPD). Toutefois, le chapitre 6 de la loi s'applique exclusivement aux traitements de données personnelles par des organes fédéraux (art. 33 à 42 LPD). L'art. 34 LPD dispose que le traitement de données doit respecter le principe de la légalité.²⁰ Cela signifie qu'en principe, tout traitement doit être prévu par une base légale, sa densité dépendra de la gravité de l'atteinte.²¹ Ainsi, une mesure d'une autorité fédérale qui porterait gravement atteinte au droit fondamental qu'est la protection de la sphère privée devra être prévue de manière suffisamment précise pour que les personnes concernées puissent y conformer leur comportement et en connaître les conséquences (art. 13 Cst²²).²³

2. Définitions

Le Législateur a choisi de définir plusieurs notions essentielles du droit de la protection des données. La définition des rôles de chaque intervenant est essentielle pour identifier leurs responsabilités potentielles.

Ainsi, l'organe fédéral est « l'autorité fédérale, le service fédéral ou la personne chargée d'une tâche publique de la Confédération » (art. 5 let. i LPD).

Le responsable de traitement, au sens de l'art. 5 let. j LPD, est « la personne privée ou l'organe fédéral qui, seul ou conjointement avec d'autres, détermine les finalités et les moyens du traitement de données personnelles ». La loi ne prévoit aucune exigence particulière s'agissant de l'entité ou de la personne pouvant assumer ce rôle.²⁴

Finalement, « la personne privée ou l'organe fédéral qui traite des données personnelles pour le compte du responsable du traitement » est le sous-traitant (art. 5 let. k LPD). Cette entité traite les données en vertu d'un contrat ou d'une loi (art. 9 LPD).²⁵

Dans le cas de l'entreprise Xplain, fedpol et l'OFDF sont des autorités fédérales chargées de tâches publiques qui ont déterminé les finalités et les moyens du traitement. Ce sont, dès lors, des organes fédéraux responsables du traitement.

²⁰ HK DSG-MUND CLAUDIA, Art. 34 N 5.

²¹ POSSE SAMAH/EPINEY ASTRID, in : Meier Philippe/Métille Sylvain, Commentaire romand de la loi fédérale sur la protection des données, Bâle 2023, Art. 34 N 27 s (cit. CR LPD-AUTEUR-E, Art. XX N YY) ; HK DSG-MUND CLAUDIA, Art. 34 N 17.

²² Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst ; RS 101).

²³ Arrêt du TF 1C_39/2021 du 29 novembre 2022 (publié) c. 4.3.2.

²⁴ OFK DSG-LEZZI LUKAS, Art. 5 let. j N 6.

²⁵ CR LPD-MEIER PHILIPPE/TSCHUMY NICOLAS, Art. 5 N 114 s ; CR LPD-MÉTILLE SYLVAIN, Art. 9 N 39 ss.

Ils ont sous-traité le traitement des données à l'entreprise Xplain.²⁶ Le PFPDT considère que, dans les cas où Xplain a violé ses obligations contractuelles ou traité les données personnelles, il a agi comme responsable de traitement (art. 9 al. 4 LPD).²⁷ Ce faisant, les organes fédéraux et le sous-traitant étaient responsables du traitement et peuvent, à ce titre, être tenus pour responsable des manquements.²⁸ Reste à examiner si les conditions de la LRCE sont réunies.

II. Responsabilité de l'Etat

A. Auteur·e

En vertu de l'art. 3 LRCE, pour engager la responsabilité de l'Etat, l'auteur·e doit occuper une fonction publique fédérale et l'acte dommageable doit s'être produit dans l'exécution d'une tâche de droit public.²⁹

I. Fonctionnaire

Du point de vue de la LRCE, l'auteur·e est fonctionnaire lorsqu'il ou elle est soumis·e dans l'accomplissement de sa tâche à un rapport de subordination vis-à-vis de l'Etat.³⁰ En outre, la tâche accomplie doit être de droit public, autrement dit la personne lésée se trouve dans un rapport de subordination vis-à-vis du fonctionnaire.³¹ Cette exigence concorde avec la définition de l'organe fédéral prévue par l'art. 5 let. i LPD.³² De plus, conformément à l'art. 19 LRCE, la Confédération n'est responsable du dommage causé par un sous-traitant externe à l'administration que lorsque cette entité s'est vue confier l'exécution d'une tâche de droit public.

Dans le cas d'Xplain, nous sommes d'avis que les simples fourniture et maintenance de systèmes informatiques ne constituent pas des tâches de droit public. De plus, sur la base des rapports, Xplain ne semblait pas être

²⁶ PFPDT, 32^e rapport d'activités 2024/2025, disponible à <<https://edb.reader.epaper.guru/de-CH/viewer/53e3be65-8ded-41e7-ac74-98c3c4405b17/450cdbed-f38f-4865-a51d-7d0d3d9e3447>> 29 s.

²⁷ PFPDT, Rapport final fedpol, 25 avril 2024, 17 N 85.

²⁸ CR LPD-MÉTILLE, Art. 9 N 69.

²⁹ MOOR PIERRE/POLTIER ETIENNE, Droit administratif, Vol. II, Les actes administratifs et leur contrôle, 3^{ème} éd., Berne 2011, 839 ss ; ATF 150 II 225 c. 4.1.

³⁰ MOOR/POLTIER (nbp. 29), 839.

³¹ MOOR/POLTIER (nbp. 29), 841 s.

³² CR LPD-MEIER/TSCHUMY, Art. 5 N 103.

dans un rapport de subordination vis-à-vis des personnes concernées.³³ Ainsi, elle ne peut faire l'objet d'une prétention récursoire de la Confédération sur la base de la LRCF. Les exigences en matière de sous-traitance, réaffirmées par le Conseil fédéral à la suite de l'attaque par rançongiciel,³⁴ devraient, à notre sens, permettre de remédier à l'exclusion du champ d'application de la LRCF des sous-traitants non-délégataires de tâche de droit public.

2. Dans l'exercice des fonctions

Le fonctionnaire doit en outre avoir agi dans l'exercice de ses fonctions. Cette exigence exclut du champ d'application de la LRCF les cas dans lesquels un fonctionnaire agit à titre privé ou lorsqu'il agit pour le compte de l'Etat en présence d'une activité commerciale.³⁵ S'agissant de cette dernière hypothèse, le Tribunal fédéral a rappelé que l'art. 61 al. 2 CO³⁶ exclut la possibilité pour les cantons de soustraire la responsabilité de la collectivité publique du droit privé et de la soumettre à des règles de droit public cantonal, lorsqu'il s'agit d'actes se rattachant à l'exercice d'une industrie. Il précise que, par l'exercice d'une industrie, il faut entendre « une activité qui ne relève pas des tâches de l'Etat, notamment une activité dans le seul but d'en tirer des ressources ». ³⁷ La jurisprudence développée en lien avec cette disposition permet de distinguer les cas qui restent soumis à la LRCF et ceux qui se voient appliquer les règles de responsabilité privée.³⁸

De plus, l'acte dommageable doit être en lien avec la fonction.³⁹ Un lien fonctionnel suppose qu'en raison de l'exercice de leurs attributions, les fonctionnaires sont en mesure d'accomplir l'acte dommageable et qu'au vu des circonstances concrètes, les personnes lésées peuvent considérer l'acte dommageable comme un acte accompli dans l'exercice de leur fonc-

³³ Oberson Abels (nbp. 1) ; PFPDT, Rapport final fedpol (nbp. 4) ; PFPDT, Rapport final OFDF (nbp. 4) ; PFPDT, Rapport final Xplain (nbp. 4).

³⁴ Département fédéral de la défense, de la protection de la population et des sports/ Secrétariat à la politique de sécurité/Service spécialisé de la Confédération pour la sécurité de l'information (nbp. 6).

³⁵ À noter que seule la version allemande de la LRCF contient l'adjectif « amtliche » qui se traduit par « officiel » pour désigner les fonctions. Cette subtilité ne semble pas avoir de portée en l'espèce. Pour un développement sur la portée du terme « amtliche Tätigkeit », cf.. UHLMANN (nbp. 12), 107 ss.

³⁶ Loi fédérale complétant le Code civil suisse du 30 mars 1911 (Livre cinquième: Droit des obligations) (CO ; RS 220).

³⁷ ATF 128 III 76 c. 1a ; ATF 126 III 370 c. 7b.

³⁸ UHLMANN (nbp. 12), 107.

³⁹ MOOR/POLTIER (nbp. 29), 840.

tion.⁴⁰ Cette exigence coïncide avec le principe de la transparence (art. 6 al. 3 LPD), qui prévoit que les finalités du traitement doivent être reconnaissables.⁴¹ Dès lors, dans le cas du traitement de données personnelles, les autorités ont un devoir de rendre reconnaissables les finalités du traitement pour les personnes concernées.⁴² Ainsi, les exigences de la LRCF et de la LPD se rejoignent. Néanmoins, l'organe fédéral qui, dans l'exercice de ses fonctions, manque à son devoir de rendre reconnaissable les finalités du traitement, engage la responsabilité de la Confédération.

B. Préjudice

Le préjudice, conformément à la notion développée en lien avec la responsabilité civile, peut prendre la forme soit d'un dommage, soit d'un tort moral.⁴³ Notons que, s'agissant du tort moral, et contrairement au reste du régime prévu par la LRCF, la responsabilité de l'Etat est subjective, autrement dit, l'auteur-e du dommage doit avoir agi de manière fautive.⁴⁴

I. Dommage

Le dommage en vertu de l'art. 3 al. 1 LRCF se réfère, pour l'essentiel, à l'art. 41 CO ainsi qu'à la jurisprudence y relative.⁴⁵ Le dommage est défini comme la « diminution involontaire du patrimoine net du lésé ».⁴⁶ Il existe plusieurs types de dommages reconnus par la jurisprudence suisse.⁴⁷ Néanmoins, trouver des hypothèses de dommages conséquents à une violation de la LPD n'est pas toujours aisé.

Le dommage purement économique est défini par la jurisprudence comme « toute diminution du patrimoine ne résultant pas d'une atteinte aux droits

⁴⁰ HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 8^{ème} éd., Zurich/Saint-Gall 2020, 2109.

⁴¹ CR LPD-MEIER/TSCHUMY, Art. 6 N 39, 41.

⁴² CR LPD-FLUECKIGER CHRISTIAN, Art. 20 N 6 ; notons que l'art. 20 al. 1 let. b LPD prévoit une exception au devoir lorsque le traitement est prévu par la loi cf. OFK DSG-BIERI ADRIAN/POWELL JULIAN, Art. 20 N 8 ss ; dans certains cas, il s'agit d'un devoir d'information, cf. art. 19 ss LPD.

⁴³ ATF 135 V 98 c. 5.2.

⁴⁴ ATAF A-6219/2019 du 12 juillet 2021 c. 4.1.

⁴⁵ UHLMANN (nbp. 12), 82.

⁴⁶ WERRO FRANZ/PERRITAZ VINCENT in : Thévenoz Luc/Werro Franz, *Commentaire romand, Code des obligations I*, 3^{ème} éd., Bâle 2021, Art. 41 N 7 (cit. CR CO I-AUTEUR-E, Art. XX N YY) ; KESSLER MARTIN A., in : Widmer Lüchinger Corinne/Oser David, *Basler Kommentar Obligationenrecht I*, 7^{ème} éd., Bâle 2020 (cit. BSK OR I-AUTEUR-E, Art. XX N YY).

⁴⁷ CR CO I-WERRO/PERRITAZ, Art. 41 N 18 ss ; UHLMANN (nbp. 12), 85.

absolus de la victime ».⁴⁸ Ainsi, une personne dont les informations bancaires sont communiquées à des personnes tierces devra payer des frais bancaires pour faire fermer ses comptes ou transférer son argent. Une personne dont les données personnelles ont été utilisées de manière frauduleuse pourrait également subir une diminution ou une non augmentation du patrimoine. Dans des cas plus extrêmes, une personne pourrait même être licenciée et ne plus recevoir son salaire. Ce type de dommage nous apparaît comme le plus susceptible de se produire.

La violation de la LPD peut également entraîner des dommages corporels et matériels graves. Par exemple, si une personne utilise et/ou obtient de manière non conforme à la LPD des mots de passe et de ce fait arrive à pirater et paralyser le système informatique d'un hôpital, cela aurait des conséquences corporelles (santé des patients) et matérielles (mise hors d'usage des installations informatiques et potentiellement du matériel médical) très graves.⁴⁹

Une autre forme de dommage mérite également d'être discutée, à savoir la perte d'une chance. Le Tribunal fédéral n'a pas consacré la théorie de la perte d'une chance, quand bien même la doctrine majoritaire plaide pour sa reconnaissance, à l'instar notamment des droits français et américain.⁵⁰ L'individu dont les données personnelles sont publiées sur Internet en violation de la LPD s'expose à des difficultés en lien avec son avenir dans le cas où des informations sur son passé ou sur sa santé physique ou mentale sont divulguées (p. ex. trouver un emploi, contracter une assurance). Nous sommes d'avis que la jurisprudence devrait reconnaître la théorie de la perte d'une chance pour que, dans une situation telle que celle précitée, la personne lésée ait droit à une réparation.

2. Tort moral

Le tort moral se rapporte aux « souffrances psychiques que ressent le lésé à la suite d'une atteinte à sa personnalité ».⁵¹ La réparation pertinente du point de vue du droit de la protection des données est prévue par l'art. 6 al. 2 LRCP. Pour qu'un tort moral soit admis, il doit y avoir une atteinte à la personnalité

⁴⁸ CR CO I-WERRO/PERRITAZ, Art. 41 N 20 ; ATF 133 III 323 c. 5.1.

⁴⁹ Une cyberattaque pourrait être à l'origine du décès d'une patiente dans un hôpital en Allemagne en 2020 cf. EDDY MELISSA/PERLROTH NICOLE, *Cyber Attack Suspected in German Woman's Death*, The New York Times, 18 septembre 2020, disponible à <<https://www.nytimes.com/2020/09/18/world/europe/cyber-attack-germany-ransomware-death.html>>.

⁵⁰ CR CO I-WERRO/PERRITAZ, Art. 41 N 16 s et les références citées ; ATF 133 III 462 c. 4.

⁵¹ CR CO I-WERRO/PERRITAZ, Art. 41 N 8.

d'une certaine gravité et une absence d'un autre mode de satisfaction par l'auteur-e.⁵² En outre, l'art. 6 al. 2 LRCP prévoit que c'est uniquement en cas de faute du fonctionnaire, que la personne lésée peut obtenir une réparation morale de l'atteinte qu'elle a subie.

La Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE) a déjà eu l'occasion de se prononcer sur la reconnaissance d'une indemnisation d'un tort moral en cas de manquement au RGPD. Elle a notamment considéré que le risque d'un potentiel usage abusif de données personnelles peut, à lui seul, constituer un dommage moral.⁵³ En effet, dans un arrêt de 2023, à la suite d'une demande de décision préjudicielle introduite par la Cour administrative bulgare, la CJUE a jugé que le fait que l'Agence nationale des recettes publiques de Bulgarie, autorité rattachée au ministère des Finances, ait subi une cyberattaque ayant conduit au vol ainsi qu'à la publication de données personnelles est susceptible de donner lieu à l'indemnisation du dommage « moral » subi par la personne concernée au sens de l'art. 82, par. 1 du RGPD.⁵⁴

En outre, la CJUE a indiqué que les Etats membres ne peuvent pas prévoir de « seuil de minimis » pour que le préjudice conséquent à une violation du RGPD soit réparable.⁵⁵ Néanmoins, la personne lésée doit démontrer que l'atteinte subie est « constitutive d'un préjudice qui se différencie de la simple violation des dispositions [du RGPD] ». ⁵⁶

Nous sommes d'avis que les tribunaux suisses pourraient considérer comme suffisamment grave l'atteinte subie suite à la publication de données personnelles sur le darknet. En effet, le Tribunal fédéral a jugé dans un arrêt non publié que l'utilisation de données personnelles touchant à la sphère intime de l'employé par l'employeur pour défendre ses propres intérêts financiers

⁵² CR CO I-WERRO/PERRITAZ, Art. 49 N 2.

⁵³ CJUE, arrêt du 14 décembre 2023 dans l'affaire C-340/21, ECLI:EU:C:2023:986 – VB c. Natsionalna agentsia za prihodite.

⁵⁴ CJUE, arrêt du 14 décembre 2023 dans l'affaire C-340/21, ECLI:EU:C:2023:986 – VB c. Natsionalna agentsia za prihodite, 10 s, 82 s, 86.

⁵⁵ CJUE, arrêt du 14 décembre 2023 dans l'affaire C-456/22, ECLI:EU:C:2023:988 – VX, AT c. Gemeinde Ummendorf, 12 ss.

⁵⁶ CJUE, arrêt du 14 décembre 2023 dans l'affaire C-456/22, ECLI:EU:C:2023:988 – VX, AT c. Gemeinde Ummendorf, 23 ; cf. également HIRSCH CÉLIAN, Le dommage moral en raison d'une fuite de données ? EUR 2'500.- !, 10 février 2022, disponible à <www.swissprivacy.law/123> ; Landgericht München, 31. Zivilkammer O 16606/20 du 9 décembre 2021 ; ASHTON-LOMAX MALLORIE, Scraping en masse : la Cour fédérale allemande admet le préjudice indemnisable, 13 mai 2025, disponible sous <www.swissprivacy.law/351> ; Bundesgerichtshof DE, Urt. VI ZR 10/24 du 18 novembre 2024, disponible sous <<https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=139818&anz=9&pos=8>>.

constitue une atteinte de gravité telle qu'elle doit être réparée.⁵⁷ Reste à observer durant les années à venir si l'approche du Tribunal fédéral se confirme ou non.⁵⁸

C. Acte illicite

L'illicéité suppose la violation d'une norme protectrice des intérêts d'autrui et peut être de deux types : l'illicéité de résultat (*Erfolgsunrecht*) ou l'illicéité de comportement (*Verhaltensunrecht*).⁵⁹ Le premier suppose l'atteinte à un droit absolu de la personne lésée, à savoir la vie, l'intégrité physique et psychique et la propriété.⁶⁰ Si l'acte dommageable viole « une norme qui a pour finalité de protéger le lésé dans les droits atteints par l'acte incriminé », il s'agit d'une illicéité de comportement.⁶¹ Cette dernière trouvera donc à s'appliquer en cas de dommage purement économique.⁶² En outre, pour qu'un-e auteur-e ayant agi par omission puisse être recherché-e, une norme doit la sanctionner explicitement ou imposer un devoir d'agir.⁶³ Autrement dit, l'Etat doit avoir agi de manière contraire aux prescriptions qui le plaçaient dans une position de garant vis-à-vis de la personne lésée.⁶⁴

Dans le cadre de la responsabilité de l'Etat, le Tribunal fédéral a établi une distinction supplémentaire. Les actes juridiques (p. ex. décision) doivent être traités différemment des actes administratifs. En effet, en présence d'un acte juridique, il y a uniquement réparation en cas de violation d'une prescription importante des devoirs de fonction.⁶⁵ Le Tribunal fédéral a considéré que le pouvoir d'appréciation de l'autorité appliqué dans les limites fixées par le Législateur ne saurait être remis en question par une autorité de recours.⁶⁶ Cette exigence supplémentaire permet d'éviter que le bien-fondé d'une décision entrée en force puisse faire l'objet d'un réexamen par le biais d'une

⁵⁷ Arrêt du TF 4A_518/2020 du 25 août 2021 c. 4.2.5.

⁵⁸ Pour un avis contraire, cf. HIRSCH (nbp. 56).

⁵⁹ CR CO I-WERRO/PERRITAZ, Art. 41 N 72 et les références citées.

⁶⁰ ATF 133 III 323 c. 5.1 et les références citées ; CR CO I-WERRO/PERRITAZ, Art. 41 N 72, 75 ; MORIN ARIANE, La prise en compte du droit pénal en droit de la responsabilité civile, in : Perrier Depeursinge Camille (éd.), Cimes et Châtiments, Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Moreillon, Berne 2022, 443, 447.

⁶¹ ATF 133 III 323 c. 5.1 et les références citées ; CR CO I-WERRO/PERRITAZ, Art. 41 N 76.

⁶² Arrêt du TF 2E_4/2019 du 28 octobre 2021 c. 4.2.3 et les références citées.

⁶³ CR CO I-WERRO/PERRITAZ, Art. 41 N 77 ; ATF 132 II 305 c. 4.1.

⁶⁴ ATF 139 IV 137 c. 4.2 ; ATF 148 II 73 c. 3.2.

⁶⁵ Arrêt du TF 2E_4/2019 du 28 octobre 2021 c. 4.2.2 ; ATF 148 II 73 c. 3.2 ; ATF 139 IV 137 c. 4.2 ; ATF 132 II 305 c. 4.1.

⁶⁶ ATF 112 II 231 c. 4 ; Arrêt du TF 2A.493/2000 du 2 mars 2001 c. 5a ; UHLMANN (nbp. 12), 124.

action en dommages-intérêts (art. 12 LRCE).⁶⁷ Toutefois, UHLMANN est d'avis, que, dans un souci de cohérence, cette condition devrait également être retenue s'agissant des actions matérielles de l'autorité (*Realakte*).⁶⁸ Cette opinion emporte conviction dans la mesure où elle présuppose en outre un certain allègement de la pratique s'agissant de la qualification d'une norme protectrice.⁶⁹ En matière de protection des données, les actes matériels peuvent, à notre avis, fréquemment être à l'origine de manquements.⁷⁰

S'agissant de la prescription importante des devoirs de fonction, nous considérons que les dispositions générales (chapitre 5, art. 5 à 13 LPD), ainsi que les dispositions particulières pour le traitement de données personnelles par des organes fédéraux (Chapitre 6, art. 33 à 42 LPD), donnent des indications sur la manière dont des organes doivent se comporter et, ce faisant, fondent des devoirs de fonction.

À notre sens, les dispositions qui prescrivent un comportement pour le responsable de traitement et le sous-traitant fondent un devoir de fonction (que ce comportement doive également être suivi par des personnes privées n'a pas d'importance en l'espèce). Parmi elles, certaines sont fondamentales en matière de protection des données, à l'instar des principes énumérés à l'art. 6 LPD, et constituent donc, à notre avis, des prescriptions importantes. Partant, un acte juridique qui, en restant dans la latitude laissée à l'autorité, contreviendrait à un des principes précités, pourrait être considéré comme illicite.

Comme indiqué précédemment, le plus souvent, la violation d'une disposition de la LPD aura pour conséquence un dommage purement économique et requerra comme seconde condition la violation d'une norme protectrice. La norme protectrice est composée de deux éléments : une règle de comportement de l'ordre juridique interdit une telle atteinte (1) et cette règle a pour but la protection du bien lésé (2).⁷¹

La première condition est, à notre sens, remplie pour les dispositions les plus importantes de la LPD. Par exemple, l'art. 34 LPD prévoit que le traitement de données doit reposer sur une base légale, conformément aux art. 5 et 36 Cst.⁷² Ainsi, un traitement sans base légale contreviendrait à cette disposition.

⁶⁷ Arrêt du TF 2A.493/2000 du 2 mars 2001 c. 5a ; ATF 150 II 225 c. 4.3.

⁶⁸ UHLMANN (nbp. 12), 128.

⁶⁹ UHLMANN (nbp. 12), 128.

⁷⁰ Pour un exemple cf. arrêt du TAF A-4640/2022 du 13 mars 2025 c. 3.4.2.

⁷¹ ATF 150 II 225 c. 4.2, 8.2.

⁷² OFK DSG-HELD THOMAS/BRÖNNIMANN MARKUS, Art. 34 N 1, 14 ; HUSI-STÄMPFLI SANDRA ET AL., Protection des données, « litera B », Genève/Zurich 2024, 163 s.

Toutefois, s'agissant de la seconde condition, il ne ressort pas de cette disposition ou d'autres que la protection des données ait pour but de protéger des dommages purement patrimoniaux,⁷³ la LPD étant la concrétisation de la notion jurisprudentielle du « droit à l'autodétermination informationnelle ».⁷⁴ Le retrait des personnes morales du champ d'application personnel de la nouvelle LPD vient appuyer cette thèse, quand bien même la LOGA⁷⁵ prévoit une base légale générale pour le traitement des données personnelles des personnes morales par des organes fédéraux.⁷⁶ Nous sommes d'avis qu'un manquement à la LPD ne peut donner lieu à l'indemnisation de dommage purement économique en raison de l'absence d'illicéité.

S'agissant de l'illicéité en cas d'action en réparation du tort moral, le Tribunal fédéral a jugé que les droits de la personnalité au sens des art. 28 ss CC⁷⁷ font partie des droits absolus.⁷⁸ La LPD étant la concrétisation de ces dispositions,⁷⁹ une atteinte à un élément de la personnalité protégé par elle devrait être considérée comme illicite (illicéité de résultat).⁸⁰ Ainsi, la condition de l'acte illicite est présente, à notre avis, en cas de tort moral dû à un manquement à un des principes fondamentaux de la LPD.

On notera enfin que des motifs justificatifs légaux et extra-légaux tels que la légitime défense, le consentement de la personne lésée ou l'accomplissement d'un devoir légal peuvent être opposés à l'illicéité.⁸¹ S'agissant du consentement, nous estimons qu'il devrait être analysé au regard des alinéas 6 et 7 de l'art. 6 LPD.

⁷³ Cela ressort également des finalités de la LPD, cf. Art. 1 LPD ; CR LPD-COTTIER BERTIL, Art. 1 N 15, 19 ; SCHÖNBÄCHLER MATTHIAS R. / MAURER-LAMBROU URS / KUNZ SIMON, in : Blechta Gabor P. / Vasella David (éd.), Basler Kommentar Datenschutzgesetz / Öffentlichkeitsgesetz, 4ème éd., Bâle 2024, Art. 1 N 3 (cit. BSK DSG-AUTEUR-E, Art. XX, N YY).

⁷⁴ CR LPD-COTTIER, Art. 1 N 20 s.

⁷⁵ Loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration du 21 mars 1997 (LOGA ; RS 172.010).

⁷⁶ Art. 57r ss LOGA ; OFK DSG-POWELL JULIAN / SCHÖNBÄCHLER MATTHIAS R., Art. 2 N 4 ss ; CR LPD-MÉTILLE SYLVAIN / DI TRIA LIVIO, Art. 2 N 28.

⁷⁷ Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC ; RS 210).

⁷⁸ Arrêt du TF 4A_520/2007 du 31 mars 2008 c. 2.2.

⁷⁹ CR LPD-COTTIER, Art. 1 N 2.

⁸⁰ Arrêt du TF 2E_4/2019 du 28 octobre 2021 c. 4.2.4.1.

⁸¹ POLTIER ETIENNE, La responsabilité de l'Etat pour acte illicite: l'exigence de l'illicéité, in : Favre Anne-Christine / Martenet Vincent / Poltier Etienne (éd.), La responsabilité de l'Etat, Genève 2012, 45 ss, 54 ; 139 IV 137 c. 4.2.

D. Lien de causalité

L'acte dommageable ou l'omission doit être en relation de causalité avec l'atteinte subie.⁸² Ainsi, la violation de l'obligation doit être la condition *sine qua non* de la survenance du préjudice (causalité naturelle)⁸³ et le comportement incriminé doit être propre, d'après le cours ordinaire des choses et l'expérience générale de la vie, à entraîner un effet du genre de celui qui s'est produit (causalité adéquate).⁸⁴ En cas d'omission, c'est l'existence d'un lien de causalité hypothétique qui devra être démontré.⁸⁵ Ainsi, le juge se demandera si le dommage serait également survenu si l'acte omis avait été accompli.⁸⁶ Dans ce cas, le Tribunal considère que le juge peut se limiter à la « conviction qu'une vraisemblance prépondérante plaide pour un certain cours des événements ».⁸⁷

Le point central est de déterminer si la conséquence indirecte peut être rattachée à l'acte contraire à la LPD. Prenons par exemple la situation dans laquelle le non-respect de la sécurité des données prévue à l'art. 8 LPD (p. ex. un département fédéral a sous-traité le traitement de données sans s'assurer qu'un niveau de sécurité adéquat des données personnelles par rapport au risque encouru était mis en place) a facilité grandement la survenance d'une cyberattaque. Des données personnelles sont désormais accessibles au public, obligeant les personnes concernées à prendre des mesures diminuant leur patrimoine. Cette hypothèse illustre la difficulté de rattacher la conséquence aux comportements du ou des fonctionnaires. Ainsi, il est nécessaire ici d'analyser cette condition par étape.

Premièrement, l'art. 8 LPD suit une approche fondée sur le risque (« [...] adéquat par rapport au risque encouru »).⁸⁸ Le défendeur n'a pas besoin de faire valoir que, quand bien même il a pris toutes les mesures organisationnelles et techniques appropriées, le risque aurait quand même pu se réaliser, car, dans ce cas, il n'y aurait pas de violation de l'art. 8 LPD et donc pas d'illicéité.

Deuxièmement, il est nécessaire que ce soit le comportement de l'Etat qui constitue la cause directe du dommage. Dans le cas d'une attaque au

⁸² CR CO I-WERRO/PERRITAZ, Art. 41 N 36.

⁸³ CR CO I-WERRO/PERRITAZ, Art. 41 N 37 ss.

⁸⁴ CR CO I-WERRO/PERRITAZ, Art. 41 N 43 ss.

⁸⁵ CR CO I-WERRO/PERRITAZ, Art. 41 N 41.

⁸⁶ ATF 148 II 73 c. 3.3 et les références citées.

⁸⁷ ATF 148 II 73 c. 3.3 et les références citées.

⁸⁸ CR-LPD-FANTI SÉBASTIEN/STAEGER ALEXANDRE, Art. 8 N 7, 94 ; BSK DSG-STAMM-PFISTER CHRISTA, Art. 8 N 7.

rançongiciel, il y a le comportement d'une personne tierce, soit le pirate informatique, qui a pour conséquence la survenance du dommage. Toutefois, sans le manquement de l'Etat à ses obligations, le pirate informatique n'aurait pas pu accéder et publier les données. En sus, le risque évalué ne devrait pas porter uniquement sur l'attaque, mais sur les conséquences que celles-ci auront. Ainsi, nous sommes d'avis qu'au vu des récentes et fréquentes attaques ciblant des organes publics,⁸⁹ le lien de causalité est acquis tant pour le cas où l'intervention d'un tiers a augmenté le dommage que si tel n'avait pas été le cas.

En outre, le Tribunal fédéral a eu l'occasion de se prononcer sur des affaires dans lesquelles le comportement d'un tiers (fauteur ou non) est tellement important qu'il libère l'auteur-e du dommage de sa responsabilité. Toutefois, les conditions étant très restrictives, nous sommes d'avis que ce moyen n'est pas pertinent dans l'hypothèse qui nous occupe.⁹⁰

Finalement, dans un arrêt de 2008, la Cour européenne des droits de l'homme (CourEDH) a considéré, conformément à l'art. 8 CEDH⁹¹, que le demandeur qui agit en responsabilité contre l'Etat ne devrait pas avoir à prouver les manquements, qui ont donné lieu à un dommage, lorsque ceux-ci sont opaques du fait desdits manquements.⁹² En outre, la CourEDH a considéré qu'il existait une obligation positive découlant de l'art. 8 CEDH de mener une enquête effective visant à déterminer dans quelles circonstances des personnes tierces avaient eu accès sans droit à des données personnelles.⁹³ Cette interprétation présente un intérêt du point de vue procédural mais également pour le lien de causalité, dans la mesure où la personne lésée ne devrait pas avoir à prouver que des manquements opaques sont la cause de la survenance du dommage.

⁸⁹ Par exemple, au mois de décembre 2024, une cyberattaque a touché un service médical urgent à Lausanne, Vidymed, rendant impossible la consultation de dossiers médicaux, cf. Radio Télévision Suisse, Des dossiers de patients inaccessibles après une cyberattaque contre le groupe Vidymed, 18 décembre 2024, disponible à <<https://www.rts.ch/info/regions/val-de-aoste/2024/article/cyberattaque-vidymed-dossiers-medicaux-partiellement-inaccessibles-28731314.html>> ; BAUMGARTNER NADJA, Das Gesundheitswesen kämpft mit Cyberangriffen, 18 juillet 2023, disponible à <<https://www.inside-it.ch/das-gesundheitswesen-kaempft-mit-cyberangriffen-20230718>>.

⁹⁰ ATF 116 II 519 c. 4b, JdT 1991 I p. 634, 640 ; CR CO I-WERRO/PERRITAZ, Art. 41 N 48.

⁹¹ Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales conclue le 4 novembre 1950 et ratifiée par la Suisse le 28 novembre 1974 (CEDH ; RS 0.101).

⁹² CourEDH, arrêt du 17 juillet 2008 dans l'affaire 20511/03 – I v. Finland, 44.

⁹³ CourEDH, arrêt du 28 juin 2022 dans l'affaire 36584/17 – M. D. et autre c. Espagne, 70 ss.

III. Conclusion

Les données personnelles, indispensables à l'Etat pour accomplir ses tâches, sont également des ressources primordiales pour les acteurs économiques. Elles constituent donc un enjeu central de la société et l'Etat a le devoir de protéger celles qu'il détient. En tant que cible de choix pour les attaques, il est impératif que l'Etat agisse dans un cadre juridique clair qui permette non seulement de constater les violations, mais également de réparer de manière adéquate l'atteinte subie par les personnes concernées.

Cette contribution a mis en lumière les principaux défis de cette seconde composante, tout en soulignant la difficulté à faire entrer dans le cadre général de la responsabilité des particularités de la numérisation. Ce sujet crucial mérite d'être étudié en détail tant sur le plan juridique que politique. À notre sens, cela aurait dû à tout le moins être le cas suite à la cyberattaque de l'entreprise Xplain. Toutefois, force est de constater qu'il est absent de la Stratégie Suisse numérique 2025 qui met pourtant en avant la sécurité de l'information et la cybersécurité.⁹⁴

Nous espérons que le cas de l'entreprise Xplain restera dans la mémoire des organes fédéraux lorsqu'ils accompliront leurs tâches, de manière à ce que, dans le futur, la protection des droits des personnes concernées soit renforcée et que les violations puissent être réparées, si ce n'est évitées.

Dans les années à venir, il sera particulièrement intéressant d'observer si le Tribunal fédéral se penchera sur la responsabilité de l'Etat en cas de violations de la LPD. Dans tous les cas, la Loi sur la responsabilité de l'Etat devra continuer à évoluer avec son temps et on peut se demander si la Loi sur la protection des données pourrait être l'initiatrice d'une nouvelle approche interprétative du Tribunal fédéral.

⁹⁴ Conseil fédéral, Stratégie Suisse numérique 2025 du 13 décembre 2024, FF 2025 31, 4 thèmes prioritaires, ch. 2 ; également absent des documents officiels publiés suite à l'attaque subie par l'entreprise Xplain, cf. Oberson Abels, Organe chargé de l'enquête administrative « Fuite de données », Enquête administrative – Rapport, 28 mars 2024 ; Département fédéral de la défense, de la protection de la population et des sports DDPS, Office fédéral de la cybersécurité OFCS, Rapport concernant les analyses de données effectuées après la cyberattaque contre l'entreprise Xplain, 7 mars 2024 ; PFPDT, Rapport final fedpol, 25 avril 2024 ; PFPDT, Rapport final OFDE, 25 avril 2024 ; PFPDT, Rapport final Xplain, 25 avril 2024.

Kryptomixer im Lichte des Geldwäschereitbestandes nach Art. 305^{bis} StGB

Lisa Reggiani

Inhaltsübersicht

I.	Einleitung	111
II.	Einführung in die Kryptomixerthematik	112
	A. Hintergrund und Funktionsweise	112
	B. Typen	114
III.	Kryptomixer und Art. 305^{bis} Ziff. 1 StGB	114
	A. Zurechnung des strafrechtlich relevanten Verhaltens	114
	B. Tatobjekt: aus einem Verbrechen herrührende Vermögenswerte	116
	C. Tathandlung: Mischprozess	117
	D. (Eventual-)Vorsatz der Betreiber?	120
	E. Täterschaft und Teilnahme im Betreiber-Nutzer-Verhältnis	123
IV.	Fazit	125

I. Einleitung

Die Blockchain-Technologie wird nicht nur als Trägerin innovativer Entwicklungen betrachtet, sondern durch ihre dezentrale und pseudonyme Struktur auch zunehmend mit Straftaten wie Geldwäscherei in Verbindung gebracht. Ein besonderes Phänomen innerhalb dieser Technologie stellen sogenannte Kryptomixer dar – Anonymisierungsdienste, die Rückverfolgbarkeit des Transaktionsverlaufs von Kryptowährungen gezielt verschleiern sollen. In diesem Zusammenhang hat zuletzt der Fall «Tornado Cash» für erhebliche Aufmerksamkeit gesorgt. Dieses Mischprotokoll geriet ins Visier der US-amerikanischen Aufsichtsbehörden, nachdem die nordkoreanische Hackergruppe «Lazarus» es genutzt hatte, um rund 200 Millionen US-Dollar an gestohlenen Kryptowährungseinheiten zu verschleiern. Gegen zwei der Gründer bzw. Betreiber wurden in den USA Anklagen¹ erhoben, während in den Niederlanden

¹ Vgl. United States of America v. Roman Storm and Roman Semenov, Indictment 23 Cr. 430 v. 23. August 2023.

gegen einen weiteren Betreiber bereits ein erstinstanzliches Urteil² wegen Geldwäscherei ergangen ist.

Dieser Beitrag befasst sich mit der strafrechtlichen Verantwortlichkeit im Zusammenhang mit der Betreibung eines Kryptomixers. Zunächst werden der Hintergrund, die Funktionsweise und verschiedene Typen von Mischdiensten erläutert. Daraufhin erfolgt eine vertiefte Auseinandersetzung mit dem objektiven Tatbestand der Geldwäscherei gemäss Art. 305^{bis} Ziff. 1 StGB³ sowie eine Analyse des Eventualvorsatzes der Betreiber:innen. Abschliessend wird das Verhältnis von Teilnahme und Täterschaft zwischen Betreiber:innen und Nutzer:innen umfassend untersucht.

II. Einführung in die Kryptomixerthematik

A. Hintergrund und Funktionsweise

Öffentliche Blockchains sind durch eine umfassende Transparenz geprägt: Jede Transaktion wird dauerhaft und für jedermann zugänglich in der Blockchain verzeichnet. Zwar nutzen die Anwender:innen pseudonyme Adressen, doch bietet diese Pseudonymität keinen vollständigen Schutz, da Transaktionen und Adressverknüpfungen dennoch leicht zurückverfolgt werden können.⁴ Hier greifen Kryptomixer ein, indem sie die Verbindung zwischen Adressen und Transaktionen gezielt verschleiern, um die Privatsphäre der Nutzer:innen im System zu sichern.⁵

² Rechtbank Oost-Brabant, ECLI:NL:RBOBR:2024:2069 v. 14. Mai 2024.

³ Vorweg sei angemerkt, dass die Frage, ob Kryptowährungsmixer dem Geldwäschereigesetz unterstellt sind, ebenfalls von Bedeutung ist. Eine Unterstellung bedürfte eine Einordnung als Finanzintermediäre im Sinne von Art. 2 Abs. 1 lit. a GwG. Eine Möglichkeit bestünde, nach Art. 2 Abs. 3 lit. b GwG ihre Tätigkeit als Dienstleistung für den Zahlungsverkehr anzusehen (vgl. MEIRICH DAVID, Regulatorische Einordnung von Decentralized Finance, Diss. Zürich, Zürich 2023, Rz. 1304).

⁴ Vgl. Bericht des Bundesrates, Rechtliche Grundlagen für Distributed Ledger-Technologie und Blockchain in der Schweiz, Eine Auslegeordnung mit Fokus auf dem Finanzsektor, Bern 2018, S. 26 f.; MEISSER LUZIUS, Kryptowährungen: Geschichte, Funktionsweise, Potenzial, in: Rolf Weber/Florent Thouvenin (Hrsg.) Rechtliche Herausforderungen durch webbasierte und mobile Zahlungssysteme, Zürich 2015, S. 73 ff., 80 f.; OSWALD DOMINIK, Erlös aus Kryptowährungen, Ein unterschätztes Geldwäscherei-Risiko der Banken, Zürich 2021, S. 20 ff.; RONC PASCAL/SCHUPPLI BENEDIKT, Kryptowährungen im Lichte der schweizerischen Geldwäschereigesetzgebung, *forumpoenale* 6/2018, S. 529 ff., S. 531.

⁵ Vgl. Bericht des Bundesrates (Fn. 4), S. 26 f.; National Risk Assessment (NRA): Risiko der Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung durch Krypto-Assets und Crowdfunding Bericht der interdepartementalen Koordinationsgruppe zur Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung (KGGT), 2018, S. 21; NADLER MATTHIAS/SCHÄR FABIAN, Tor-

Eine allgemeingültige Definition existiert nicht, allerdings beschreibt die Financial Action Task Force (FATF) Kryptomixer (auch Tumbler) als eine Art von Anonymisierer, der die Kette von Transaktionen auf der Blockchain verschlei-ert, indem er alle Transaktionen derselben Bitcoin⁶-Adresse verknüpft und sie gemeinsam auf eine Weise sendet, die sie so aussehen lässt, als wären sie von einer anderen Adresse gesendet worden.⁷

Die Funktionsweise eines Mixerdienstes gestaltet sich typischerweise wie folgt: Der Vorgang beginnt mit der Übertragung der zu verschleiern den Kryptowährungseinheiten auf eine vom Dienst kryptographisch generierte Eingangsadresse.⁸ Mit dieser initialen Aktion beginnt der Anonymisierungsprozess, der die Mittel von der ursprünglichen Wallet der Nutzer:innen trennt. Der wesentliche Schritt folgt, indem die Kryptowährungen aus einem Pool mehrerer Nutzer:innen gesammelt und durch eine Reihe komplexer Transaktionen vermischt werden.⁹ Dieser Schritt beinhaltet die Aufteilung der Einlagen in kleinere Segmente, die Durchführung mehrerer Transaktionen und schliesslich die zufällige Rekombination dieser Beträge zu den Endauszahlungen. Die so vermischten Kryptowährungen werden gemäss den von den Nutzer:innen im Voraus festgelegten Bestimmungen an die Endadressen gesendet, wobei die Anonymität durch zeitlich gestaffelte und über verschiedene Adressen verteilte Auszahlungen weiter erhöht werden kann.¹⁰ Die Effizienz des Anonymisierungsprozesses steigert sich zusätzlich durch einen umfangreicheren Teilnehmerkreis und erhöhte Liquidität.¹¹

nado Cash and Blockchain Privacy: A Primer for Economists and Policymakers, Federal Reserve Bank of St. Louis Review 2023, S. 122 ff., 122; SIXT ELFRIEDE, Bitcoins und andere dezentrale Transaktionssysteme, Blockchains als Basis einer Kryptoökonomie, Wiesbaden 2017, S. 156.

⁶ Die meisten Kryptomixer bieten ihre Dienste nicht nur für Bitcoin, sondern auch für eine Vielzahl anderer Kryptowährungen an.

⁷ Financial Action Task Force, Guidance for a Risk-Based Approach to Virtual Currencies, Paris 2015, S. 28; vgl. National Risk Assessment (Fn. 5), S. 21.

⁸ Bericht des Bundesrates (Fn. 4), S. 26; National Risk Assessment (Fn. 5), S. 21; FROMBERGER MATHIAS/HAFFKE LARS/ZIMMERMANN PATRICK, Kryptowerte und Geldwäsche, Eine Analyse der 5. Geldwäscherichtlinie sowie des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung, BKR 8/2019, S. 377 ff., S. 378 f.

⁹ CARLISLE DAVID, The Crypto Launderers, Crime and Cryptocurrencies from the Dark Web to DeFi and Beyond, New Jersey 2023, S. 43; NADLER/SCHÄR (Fn. 5), S. 123.

¹⁰ GRZYWOTZ JOHANNA/KÖHLER OLAF M./RÜCKERT CHRISTIAN, Cybercrime mit Bitcoins, Straftaten mit virtuellen Währungen, deren Verfolgung und Prävention, StV 2016, S. 753 ff., S. 755; HAUSER-SPÜHLER GABRIELA, Innovation vs. Regulation Compliance im Digital-Finance-Bereich, Zürich 2017, S. 25.

¹¹ CARLISLE (Fn. 9), S. 43; United States of America v. Roman Storm and Roman Semenov (Fn. 1), Rz. 21.

Die Nutzung eines Kryptomixers ist in der Regel mit einer Gebühr verbunden, die bspw. als Prozentsatz der gemischten Summe oder als fixer Betrag vordefiniert ist.¹²

B. Typen

Grundsätzlich unterscheidet man zwischen zwei Arten von Mixern: Custodial und Non-custodial, deren wesentlicher Unterschied in der Form der Verfügungsgewalt über die Vermögenswerte liegt. Bei Non-custodial Mixern behalten die Nutzer:innen die Kontrolle über ihre Mittel, indem der Mischvorgang dezentral und automatisiert über Smart Contracts¹³ erfolgt. Die Teilnehmer:innen interagieren direkt mit dem Code, ohne dass das Vertrauen in eine:n zentrale:n Anbieter:in notwendig ist.¹⁴ Custodial Mixer hingegen erfordern, dass Nutzer:innen ihre Vermögenswerte an eine zentrale Instanz übergeben, die den Mischvorgang vollständig kontrolliert und durchführt. Dies setzt ein höheres Mass an Vertrauen in den Dienstanbieter voraus, da dieser die alleinige Verantwortung für die Verwaltung und sichere Rückgabe der Mittel trägt.¹⁵

III. Kryptomixer und Art. 305^{bis} Ziff. 1 StGB

A. Zurechnung des strafrechtlich relevanten Verhaltens

Die Kryptomixer werden durch Smart Contracts betrieben und erfordern folglich kein menschliches Zutun. Dies bedeutet, dass der Mischvorgang durch vorprogrammierten Code autonom durchgeführt wird und keine Interventionen, mit Ausnahme der initialen Programmierung, seitens der Entwickler:innen resp. Betreiber:innen¹⁶ notwendig ist. Insofern stellt sich in einem ersten Schritt die Frage, an welches Verhalten strafrechtlich anzuknüpfen ist.

¹² Die Gebühren für die Nutzung des Mixing-Service können neben die Netzwerk- bzw. Gasgebühren hinzutreten.

¹³ Ein Smart Contract ist ein Programm, das automatisch «Vertragsbedingungen» auf einer Blockchain ausführt, wenn vordefinierte Bedingungen erfüllt sind (m.w.H. ROLF H. WEBER, Smart Contracts: Vertrags- und verfassungsrechtlicher Regelungsbedarf?, sic! 2018, S. 291 ff., 292; NADLER/SCHÄR (Fn. 5), S. 124 f.).

¹⁴ NADLER/SCHÄR (Fn. 5), S. 124 f.; O'NEILL ALEX, Upholding North Korea Sanctions in the Age of Decentralised Finance, Royal United Services Institute 2024, S. 9.

¹⁵ NADLER/SCHÄR (Fn. 5), S. 124 f.; O'NEILL (Fn. 14), S. 9.

¹⁶ Ein Kryptomixer kann auch durch eine dezentrale autonome Organisation (DAO) betrieben werden (m.w.H. zum Begriff GUILLAUME FLORENCE/RIVA SVEN, DAO, code et loi: le régime technologique et juridique de la decentralized autonomous organization, Revue de droit d'Assas 4/2021, S. 206 ff., S. 206; HASSAN SAMER/DE FILIPPI PRIMAVERA, Decentralized Autonomous Organization, Internet Policy Review 2/2021, S. 2).

Anders als Roboter oder autonome Systeme, die nicht nur fähig sind, Daten zu verarbeiten, sondern auch Muster zu erkennen und eigenständig Entscheidungen zu treffen,¹⁷ handeln Smart Contracts deterministisch.¹⁸ Dies bedeutet, dass sie auf Basis von Wenn-dann-Beziehungen agieren, wobei sie ausschliesslich auf vordefinierte Eingaben antworten und in Übereinstimmung mit festgelegten Regeln automatisierte Ausgaben erzeugen. Eine sensorische Wahrnehmung oder Interpretation der Aussenwelt, wie sie in intelligenten Systemen möglich wäre, findet in einem solchen geschlossenen System nicht statt.

Gemäss den Handlungstheorien beruht der strafrechtliche Handlungsbegriff grundlegend auf menschlichem Verhalten, weshalb das tatbestandsmässige Ausführungsverhalten des Codes einer natürlichen Person zugerechnet werden muss.¹⁹ Im Sinne der finalen Handlungslehre, die eine Handlung als «als ein vom zwecktätigen Willen beherrschtes, final, auf ein Ziel hin, gesteuertes Geschehen» definiert,²⁰ lässt sich das Verhalten den Betreiber:innen zuschreiben: Durch die bewusste Programmierung des Smart Contracts haben sie Ablauf und Ziel des Kryptomixers gezielt vordefiniert. Somit stellen die automatisierten Prozesse eine direkte Verwirklichung ihrer finalen Willensentscheidung dar.²¹

¹⁷ M.w.H. zu den Autonomitätsgraden von Maschinen GLESS SABINE/WEIGEND THOMAS, Intelligente Agenten und das Strafrecht, ZStW 3/2014, S. 561 ff., S. 562 f.; ähnlich auch DRITTENBASS JOEL, Regulierung von autonomen Robotern, Angewendet auf den Einsatz von autonomen Medizinrobotern: Eine datenschutzrechtliche und medizinproduktrechtliche Untersuchung, Diss. St. Gallen, Baden-Baden 2021, Rz. 43; GORDON CLARA-ANN/LUTZ TANJA, Haftung für automatisierte Entscheidungen – Herausforderungen in der Praxis, SZW 1/2020, S. 53 ff., S. 54 ff.; WIDMER LÜCHINGER CORINNE, Apps, Algorithmen und Roboter in der Medizin: Haftungsrechtliche Herausforderungen, HAVE 1/2019, S. 3 ff., S. 6.

¹⁸ Vgl. MEIRICH (Fn. 3); MEYER STEPHAN/SCHUPPLI BENEDIKT, «Smart Contracts» und deren Einordnung in das schweizerschische Vertragsrecht, recht 3/2017, S. 204 ff., S. 208; MÜLLER CHRISTOPH, Die Smart Contracts aus Sicht des Schweizerischen Obligationenrechts, ZBJV 5/2019, S. 330 ff., S. 331.

¹⁹ Vgl. DONATSCH ANDREAS/GODENZI GUNHILD/TAG BRIGITTE, Strafrecht I, Verbrechenslehre, 10. A., Zürich 2022, S. 86; HURTADO POZO JOSÉ/GODEL THIERRY, Droit pénal général, 4. A., Zürich 2023, Rz. 307; HEGER MARTIN, in: Lackner Karl/Kühl Kristian/Heger Martin (Hrsg.), StGB, Strafgesetzbuch, Kommentar, 80. A., München 2023, Vorb. § 13–§ 21 Rz. 7.

²⁰ Vgl. DONATSCH/TAG/GODENZI (Fn. 19), S. 96; HURTADO POZO/GODEL (Fn. 19), Rz. 308; STRATENWERTH GÜNTHER/BOMMER FELIX, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 5. A., Bern 2024, § 7 Rz. 5.

²¹ Vgl. auch MARKWALDER NORA/SIMMLER MONIKA, Roboterstrafrecht, AJP 2/2017, S. 171 ff., S. 179.

B. Tatobjekt: aus einem Verbrechen herrührende Vermögenswerte

Gemäss Art. 305^{bis} Ziff. 1 StGB handelt es sich beim Tatobjekt um Vermögenswerte, die aus einem Verbrechen oder qualifiziertem Steuervergehen herrühren müssen. Aufgrund des weiten Verständnisses des Vermögensbegriffes werden alle Vermögenswerte erfasst, denen überhaupt wirtschaftlicher Wert zukommt und die zumindest hypothetisch einziehbar²² sind.²³ Dies schliesst Kryptowährungen ein, deren Einordnung als Vermögenswert angesichts ihrer Tausch- und Zahlungsmittelfunktion kaum Diskussionsbedarf weckt und im Hinblick auf das weite Begriffsverständnis auch durch den Gesetzgeber als taugliches Tatobjekt klassifiziert wurde.²⁴ Vom Tatbestandsmerkmal des «Herrührens» erfasst werden sowohl die durch die Vortat erlangten Vermögenswerte wie auch der Verbrecherlohn.²⁵

Algorithmenbasierte Analysen deuten darauf hin, dass Mittel, die Tumblern zugeführt werden, vorwiegend aus Quellen wie Hacking, Handel im Darknet oder betrügerischen Internetshops, Ransomware-Angriffen, Scams und anderen cyberkriminellen Tätigkeiten stammen.²⁶ Als verbrecherische Vortaten

²² Zur Einziehbarkeit von Kryptowährungen MOLO GIOVANNI/DRZALIC JANA, Können Kryptowährungen compliant sein, AJP 1/2019, S. 40 ff., S. 47 f.; RONC/SCHUPPLI (Fn. 4), S. 532; SIMMLER MONIKA/SELMAN SINE/BURGERMEISTER DANIEL, Beschlagnahme von Kryptowährungen im Strafverfahren, AJP 8/2018, S. 963 ff., *passim.*; vgl. auch STÜRMER JONAS, Kryptowerte als Tatertrag, Tatmittel, Tatobjekt und Tatprodukt, ZVglRWiss 3/2023, S. 289 ff., S. 300.

²³ Botschaft vom 12. Juni 1989 über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches (Gesetzgebung über Geldwäscherei und mangelnde Sorgfalt bei Geldgeschäften), BBl 1989 II 1061 ff., S. 1082; ACKERMANN et al., Strafrecht Individualinteressen, Gesetz, System und Lehre im Lichte der Rechtsprechung, Bern 2019, S. 223; PIETH MARK, in: Marcel/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht II, Art. 137–392, 4. A., Basel 2019, Art. 305^{bis} Rz. 9; ACKERMANN JÜRGE BEAT/ZEHNDER STEPHANIE, in: Jürg-Beat Ackermann (Hrsg.), Kommentar Kriminelles Vermögen, Kriminelle Organisationen, Band II, Zürich 2018, Art. 305^{bis} Rz. 334; GRAF DAMIAN, in: Damian Graf (Hrsg.), StGB, Annotierter Kommentar, Bern 2020, Art. 305^{bis} Rz. 7; STRATENWERTH GÜNTER/BOMMER FELIX, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II: Straftaten gegen Gemeininteressen, 7. A., Bern 2013, § 57 Rz. 26.

²⁴ Vgl. Bericht des Bundesrates zu virtuellen Währungen in Beantwortung der Postulate Schwaab (13.3687) und Weibel (13.4070) vom 25. Juni 2014, S. 7, 11; MOLO/DRZALIC (Fn. 22), S. 42; vgl. auch BBl 1989 II (Fn. 23), S. 1082; MOLO GIOVANNI/BRUNONE MATTEO, Kryptowährungen im Visier der staatlichen Kontrolle, sic! 7-8/2022, S. 299 ff., S. 301.

²⁵ DONATSCH ANDREAS/THOMMEN MARC/WOHLERS WOLFGANG, Strafrecht IV, Delikte gegen die Allgemeinheit, 5. A., Zürich 2017, S. 498; STRATENWERTH/BOMMER (Fn. 23), § 57 Rz. 28; PIETH MARK/SCHULTZE MARLEN, in: Stefan Trechsel/Mark Pieth (Hrsg.), Schweizerisches Strafbuch, Praxiskommentar, 4. A., Zürich 2021, Art. 305^{bis} Rz. 13.

²⁶ GRAUER KIM et al., Chainalysis, The 2022 Crypto Crime Report, New York 2022, S. 47.

stehen primär Cybercrime im engeren Sinne²⁷ wie die unbefugte Datenbeschaffung (Art. 143 StGB), die qualifizierte Datenbeschädigung (Art. 144^{bis} Ziff. 1 Abs. 2 StGB) und der betrügerische Missbrauch einer Datenverarbeitungsanlage (Art. 147 StGB) im Vordergrund.

C. Tathandlung: Mischprozess

Eine Geldwäschereihandlung nach Art. 305^{bis} Ziff. 1 StGB liegt vor, bei Handlungen, die geeignet sind, «die Ermittlung von Herkunft, die Auffindung oder die Einziehung von Vermögenswerten zu vereiteln». Erfasst ist grundsätzlich jedes Verhalten, das den Zugriff auf die betroffenen Vermögenswerte durch die Strafverfolgungsbehörden erschwert.²⁸ Abgestellt wird in erster Linie auf die Vereitelung der Einziehung, wobei die Auffindungs- und Herkunftsermittlungsvereitelung keine eigenständige Bedeutung haben.²⁹ Im Sinne eines abstrakten Gefährdungsdelikts bzw. eines Eignungsdelikts genügt bereits eine Handlung, die typischerweise geeignet ist, das geschützte Rechtsgut, nämlich die Einziehungsinteressen der Rechtspflege, zu gefährden.³⁰ Es ist daher nicht erforderlich, dass eine konkrete Gefährdung oder gar ein tatsächlicher Vereitelungserfolg eintritt.³¹

Welche Verhaltensweisen typischerweise als taugliche Geldwäschereihandlungen in Betracht kommen, lässt sich anhand der von ACKERMANN systematisierten Tathandlungsgruppen näher bestimmen:³² Die Vereitelungshand-

²⁷ Während unter Cybercrime im engeren Sinne Delikte verstanden werden, deren Tatbestandsmerkmale spezifische Elemente der Informationstechnologie enthalten, bezeichnet Cybercrime im weiteren Sinne Straftaten, bei denen das Internet lediglich als Tatmittel dient (m.w.H. zum Begriff der Cyberdelikte i.e.S. GYARMATI NIKOLAUS, Phänomen Cybercrime und seine Bekämpfung, SKZ 2019, S. 86 ff., 87; STÜRMER (Fn. 22); BUNDESKRIMINALAMT DEUTSCHLAND, Cybercrime Bundeslagebild 2021, <<https://www.bka.de/SharedDocs/Downloads/DE/Publikationen/JahresberichteUndLagebilder/Cybercrime/cybercrimeBundeslagebild2021.html>> (abgerufen am: 8.1.2025).

²⁸ AK StGB-GRAF (Fn. 23), Art. 305^{bis} Rz. 14; vgl. auch ACKERMANN/ZEHNDER (Fn. 23), Art. 305^{bis} StGB Rz. 389.

²⁹ BGE 138 IV 1 E. 4.2.3.2 S. 7; 129 IV 238 E. 3.3 S. 244; 126 IV 255 E. 3a S. 261; ACKERMANN/ZEHNDER (Fn. 23), Art. 305^{bis} StGB Rz. 380 ff.; DONATSCH/THOMMEN/WOHLERS (Fn. 25), S. 502; WOHLERS WOLFGANG, in: Wohlers Wolfgang/Gothenzi Gunhild/Schlegel Stephan (Hrsg.), Schweizerisches Strafbuch, Handkommentar, 4. A., Bern 2020, Art. 305^{bis} Rz. 20.

³⁰ ACKERMANN/ZEHNDER (Fn. 23), Art. 305^{bis} StGB Rz. 106 f.; DONATSCH/THOMMEN/WOHLERS (Fn. 25), S. 502; PK StGB-PIETH/SCHULTZE (Fn. 25), Art. 305^{bis} Rz. 17, 30.

³¹ Vgl. BGE 136 IV 188 E. 6.1 S. 191; 127 IV 20 E. 3a S. 26; 119 IV 59 E. 2e S. 64; CASSANI URSULA, in: Macaluso Alain/Moreillon Laurent/Queloz Nicolas (Hrsg.), Commentaire Romand, Code pénal II, Art. 111–392 CP, Basel 2017, Art. 305^{bis} Rz. 10; DONATSCH/THOMMEN/WOHLERS (Fn. 25), S. 502.

³² So auch BSK StGB II-PIETH (Fn. 23), Art. 305^{bis} Rz. 42; vgl. auch Appellationsgericht (BS) SB.2018.108 v. 2. November 2021 E. 4.5.1.2.

lung kann durch das Schaffen von persönlicher, örtlicher, zeitlicher sowie sachlicher Distanz oder bei Manipulationshandlungen vorliegen.³³ Handlungen, die persönliche Distanz bewirken, erschweren den Rückschluss auf die wirtschaftlich berechnete Person.³⁴ Unter die Schaffung von örtlicher Distanz fallen die physischen oder auch elektronischen Transfers der erlangten Vermögenswerte ins Ausland, sofern sie zur Unterbrechung der Papierspur führen.³⁵ Die dritte Fallgruppe beinhaltet die Erwirkung einer zeitlichen Distanz und verwirklicht sich durch das Verbergen, Verstecken oder Vergraben der Beute.³⁶ Mit dem Verändern des Wertträgers findet die Schaffung von sachlicher Distanz statt. Hierzu zählen auch das sogenannte Structuring und Smurfing, die sich dadurch auszeichnen, dass kontaminierte Geldbeträge gestückelt und auf Strohleute verteilt werden.³⁷ Auch die Vermischung von kontaminierten mit nicht deliktischen Vermögenswerten ist geeignet, die Herkunft von Geldern zu verschleiern.³⁸

Nicht erfasst wird das blosses Annehmen der Vermögenswerte sowie der reine Besitz bzw. die reine Aufbewahrung, sofern keine zusätzlichen Kaschierungshandlungen hinzutreten.³⁹ So erachtet die aktuelle Rechtsprechung die blosses Verlängerung der Papierspur, sofern keine Verschleierungshandlungen vorlie-

³³ ACKERMANN JÜRIG-BEAT, Geldwäschereistrafrecht, in: Jürg-Beat Ackermann (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht der Schweiz, Hand- und Studienbuch, 2. A., Bern 2021, § 15 Rz. 50; ACKERMANN/ZEHNDER (Fn. 23), Art. 305^{bis} StGB Rz. 412 ff.

³⁴ ACKERMANN/ZEHNDER (Fn. 23), Art. 305^{bis} StGB Rz. 416 ff.; BSK StGB II-PIETH (Fn. 23), Art. 305^{bis} Rz. 40; SUTER CHRISTOPH/REMUND CÉDRIC, Infractions fiscales, blanchiment et intermédiaires financiers, GesKR 1/2015, S. 54 ff., S. 58; vgl. auch BGer 6B_1201/2019 v. 1. Mai 2020 E. 3.4; 1B_711/2012 v. 14. März 2013 E. 4.4.2.

³⁵ ACKERMANN/ZEHNDER (Fn. 23), Art. 305^{bis} StGB Rz. 545 ff.; SUTER/REMUND (Fn. 34), S. 58; vgl. auch BGer 6B_88/2009 v. 29. Oktober 2009 E. 4.3; BStGer SK.2020.21 v. 15. Dezember 2021 E. 2.4.6.1; Angesichts der dezentralen Natur der Blockchain-Technologie ist die Relevanz der Tathandlungsgruppe der örtlichen Distanz gering, da die Struktur der Blockchain und die weltweite Verteilung der Netzwerkteilnehmenden nicht mit dem traditionellen Verständnis einer physischen Verortung der Vermögenswerte vereinbar ist.

³⁶ ACKERMANN/ZEHNDER (Fn. 23), Art. 305^{bis} StGB Rz. 483 ff.; SUTER/REMUND (Fn. 34), S. 58; vgl. auch Appellationsgericht (BS) SB.2018.108 v. 2. November 2021 E. 4.5.1.2.

³⁷ ACKERMANN/ZEHNDER (Fn. 23), Art. 305^{bis} StGB Rz. 524 ff.; EGGER TANNER CHRISTINE, Die strafrechtliche Erfassung der Geldwäscherei, Ein Rechtsvergleich zwischen der Schweiz und der Bundesrepublik Deutschland, Diss. Zürich 1998, Zürich 1999, S. 162 f.; vgl. auch MOLO/DRZALIC (Fn. 22), S. 46; BStGer SK.2020.21 v. 15. Dezember 2021 E. 2.4.6.1.

³⁸ ACKERMANN/ZEHNDER (Fn. 23), Art. 305^{bis} StGB Rz. 555; EGGER TANNER (Fn. 37), S. 103; Das Bundesgericht hat bislang offengelassen, wie mit der Einziehung bei Teilkontaminationen umzugehen ist (vgl. BGer 1B_711/2012 v. 13. März 2013 E. 4.1.1; AK StGB-GRAF (Fn. 23), Art. 305^{bis} StGB Rz. 10).

³⁹ Vgl. 128 IV 117 E. 7a S. 131; 127 IV 20 E. 3a S. 26; BGE 124 IV 274 E. 4 S. 278 f.; BGer 6S.595/1999 v. 24. Januar 2000 E. 2d/aa; OGer (ZH) SB120266 v. 24. September 2012 E. 2.6; ACKERMANN/ZEHNDER (Fn. 23), Art. 305^{bis} StGB Rz. 403 ff.; DONATSCH/THOMMEN/WOHLERS (Fn. 25), S. 504; BSK StGB II-PIETH (Fn. 23), Art. 305^{bis} Rz. 44; EGGER TANNER (Fn. 37), S. 129.

gen und nicht über die wirtschaftliche Berechtigung der Empfänger:innen getäuscht wird, nicht als taugliche Geldwäschereihandlung.⁴⁰

Die erste Phase des Mischprozesses besteht aus dem Pooling der Gelder. Dies könnte grundsätzlich mit einem Aufbewahren von Mitteln gleichgesetzt werden, da dadurch der Paper Trail auf der Blockchain erhalten bleibt. Allerdings muss die Vermischung der kontaminierten Kryptowährungseinheiten mit jenen von anderen Nutzer:innen bereits als zusätzliche Kaschierungshandlung einerseits in der Form des Schaffens von sachlicher Distanz gewertet werden, da die illegalen Vermögenswerte durch die Zusammenführung mit anderen, rechtmässig erworbenen Mitteln ihre individuelle Identifizierbarkeit verlieren. Andererseits wird dadurch gleichzeitig auch im Sinne der Herbeiführung von persönlicher Distanz die eindeutige Zuordnung der Vermögenswerte zur wirtschaftlich berechtigten Person erschwert.

Der darauffolgende eigentliche Mischvorgang i.e.S. beginnt mit der durch Smart Contracts initiierten Aufteilung der Vermögenswerte und deren Überweisung auf verschiedene Wallets. Dieses Structuring führt zu einer Schaffung sachlicher Distanz, indem der ursprüngliche Wertträger aufgespalten und dadurch die Einheitlichkeit der Vermögenswerte aufgehoben sowie die Nachvollziehbarkeit der Geldflüsse durch das Aufteilen und Verteilen auf zahlreiche Wallets erheblich erschwert wird. Die Schaffung persönlicher Distanz erfolgt, indem über die wirtschaftliche Berechtigung an den Vermögenswerten durch das Aufteilen der Gelder auf mehrere anonyme Wallets getäuscht wird. Dies gilt auch für die dritte Phase, welche in einer zeitlich gestaffelten und zersstückelten Rückübertragung der Kryptowährungseinheiten an eine andere Adresse der Nutzer:innen besteht und eine zusätzliche Ebene an Kaschierungseffekten bewirkt. In diesem letzten Schritt wird zugleich die Papierspur unterbrochen, da der Rückfluss der Vermögenswerte nicht mehr als zusammenhängender Vorgang erscheint, sondern als Vielzahl unkoordinierter Einzeltransaktionen, die keinen direkten Bezug zum ursprünglichen Zufluss erkennen lassen.

Bei einer Gesamtbetrachtung des Mischprozesses bestehen kaum Zweifel daran, die drei Stufen in ihrer Gesamtheit als taugliche Geldwäschereihandlung zu bewerten.⁴¹

⁴⁰ Vgl. BGE 144 IV 172 E. 7.2.2 S. 175; BGer 6B_217/2013 v. 28. Juli 2014 E. 3.4; 6B_88/2009 v. 29. Oktober 2009 E. 4.3; AK StGB–GRAF (Fn. 23), Art. 305^{bis} Rz. 15.

⁴¹ Vorliegend muss das Verhalten der Betreiber:innen gestützt auf die vorherrschende Subsidiaritätstheorie als Tun eingestuft werden (vgl. BGE 129 IV 119 E. 2.2; 122 IV 17 E. 2b/aa; 122 IV 145 E. 2 S. 146; 121 IV 109 E. 3b S. 120; 121 IV 10 E. 2b S. 14; DONATSCH/GODENZI/TAG (Fn. 19), S. 311; STRATENWERTH/BOMMER (Fn. 20), § 14 N 2.

Es stellt sich zudem die Frage, ob der Qualifikationsgrund der Gewerbsmässigkeit gegeben sein könnte. Dies kann aber wohl in den meisten Fällen bejaht werden: Einerseits wird die Erhebung von Mischgebühren (ca. 0.5% bis 5% der Mischsumme) regelmässig, die Schwelle eines erheblichen Gewinns von CHF 10'000 überschreiten.⁴² Darüber hinaus werden auch die Voraussetzungen der mehrfachen Begehung sowie der Bereitschaft zur Verübung einer Vielzahl von Delikten der fraglichen Art hinsichtlich der Funktionsweise eines Mixers in der Regel vorliegen.⁴³ So muss die Bereitstellung eines Kryptomixers, welcher die Anonymität von Transaktionen fördert und die Verschleierung der Herkunft von Vermögenswerten erleichtert, bereits als grundlegende Bereitschaft der Betreiber:innen erachtet werden, eine Plattform für die Verübung derartiger Delikte zur Verfügung zu stellen. Die allgemeine Zugänglichkeit des Mixers und die Fähigkeit, eine unbegrenzte Anzahl von Mischoperationen auszuführen, bekunden eine Bereitwilligkeit, bei der Durchführung zahlreicher, gleichgelagerter, geldwäschereirelevanter Transaktionen Unterstützung zu leisten.

D. (Eventual-)Vorsatz der Betreiber?

Die von der Blockchain-Natur bedingte Pseudonymität der Nutzer sowie der automatisierte Ablauf des Mischprozesses führen dazu, dass den Betreiber:innen im Einzelfall die Identität der Nutzer:innen unbekannt bleibt und ihnen keine Informationen zur Herkunft der transferierten Gelder vorliegen. Dies wirft die Frage auf, ob die Betreiber:innen vorsätzlich handeln oder ob gegebenenfalls eine im Kontext der Geldwäscherei straflose fahrlässige Begehung vorliegt.⁴⁴

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung geht davon aus, dass sowohl der eventualvorsätzlich wie auch der bewusst fahrlässig Handelnde um das Risiko der Tatbestandsverwirklichung wissen. Unterschiede ergeben sich auf der Willensseite, wo fahrlässige Täter:innen darauf vertraut, dass das Risiko der Tatbestandserfüllung ausbleibt, während der eventualvorsätzlich Handelnde mit dem Erfolgseintritt rechnet und sich mit ihm abfindet.⁴⁵ Zentral ist hierbei

⁴² Vgl. BGE 129 IV 253 E. 2.2 S. 255; BGer 6B_1013/2010 v. 17. Mai 2011 E. 6.2; 6S.293/2005 v. 24. Februar 2006 E. 5; GRABER CHRISTOPH, Geldwäscherei: Ein Kommentar zu Art. 305^{bis} und 305^{ter} StGB, Bern 1989, Bern 1990, S. 153; EGGER TANNER (Fn. 37), S. 214 f.; STRATENWERTH/BOMMER (Fn. 23), § 57 Rz. 39; DONATSCH/THOMMEN/WOHLERS (Fn. 25), S. 508.

⁴³ Vgl. BGE 119 IV 129 E. 3 S. 132 f.; DONATSCH ANDREAS, Strafrecht III, Delikte gegen den Einzelnen, 11. A., Zürich 2018, S. 109 f.; BSK StGB II-NIGGLI/RIEDO (Fn. 23), Art. 139 Rz. 89 ff.

⁴⁴ Vgl. ACKERMANN/ZEHNDER (Fn. 23), Art. 305^{bis} StGB Rz. 711 ff.

⁴⁵ Vgl. BGE 137 IV 1 E. 4.2.3 S. 4; 134 IV 26 E. 3.2.2 S. 28; 133 IV 222 E. 5.3 S. 225; 133 IV 9 E. 4.1 S. 16; 133 IV 1 E. 4.1 S. 3; 131 IV 1 E. 2.2 S. 4; 130 IV 58 E. 8.3 S. 61; 125 IV 243 E. 3c S. 251; 121

neben der Wahrscheinlichkeit der Tatbestandsverwirklichung auch das Gewicht der Sorgfaltspflichtverletzung.⁴⁶

Der Geldwäschereitattbestand verlangt einen doppelten Vorsatz.⁴⁷ Das heisst, der Vorsatz erstreckt sich über die verbrecherische Herkunft der Vermögenswerte (nach der Parallelwertung in der Laiensphäre) sowie die Verwirklichung des Vereitelungszusammenhangs.⁴⁸ Geldwäscher:innen muss hierbei nicht zwingend eine bestimmte Vorstellung über die Art der Vortat gehabt haben. Es reicht, wenn sie aus Gleichgültigkeit die Möglichkeit in Kauf genommen haben, die Mittel könnten aus einer verbrecherischen Vortat stammen und jede Nachforschung möglichst vermeidet, um die Wahrheit nicht erfahren zu müssen.⁴⁹

Die Betreiber:innen verfügen während des Mischvorgangs über die Kontrolle der eingezahlten Mittel. Ihre Informationen im Anonymisierungsprozess beschränken sich jedoch auf die Ausgangsadresse der zu mischenden Mittel, deren Zieladresse und die Höhe des zu transferierenden Betrags. Sie haben somit keine detaillierten Angaben zur Herkunft der Kryptowährungseinheiten oder zu einer möglichen verbrecherischen Herkunft und besitzen daher keine genaue Vorstellung von Art und Schwere der Vortat. Schätzungen zufolge stammen zwischen 24% und bis zu 90% der an Tumbler gesendeten Mittel aus kriminellen Quellen. Selbst bei konservativen Annahmen, bspw. den von Chainalysis für 2022 geschätzten 24%, bedeutet dies, dass jede vierte Transaktion in einem Kryptomixer mit einer deliktischen Herkunft in Verbindung steht.⁵⁰ Angesichts dieses erheblichen Geldwäschereirisikos zeigt das Fehlen

IV 249 E. 3 S. 253; 119 IV 1 E. 5a S. 3; 117 IV 186 E. 4c S. 192; 109 IV 147 E. 4 S. 151; 103 IV 65 E. 1.2 S. 68; 101 IV 42 E. 4 S. 46; 98 IV 65 E. 4 S. 66; 96 IV 99 S. 100; DONATSCH/GODENZI/TAG (Fn. 19), S. 124; HURTADO POZO/GODEL (Fn. 19), Rz. 432; NIGGLI MARCEL/MÄDER STEFAN, in: Marcel Niggli/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht I, Art. 1-136, Jugendstrafgesetz, 4. A., Basel 2019, Art. 12 Rz. 52; STRATENWERTH/BOMMER (Fn. 20), § 9 Rz. 102.

⁴⁶ BGE 135 IV 12 E. 2.3.2 S. 17; 134 IV 26 E. 3.2.2 S. 28 f.; 133 IV 9 E. 4.1 S. 16; BGer 6B_910/2019 v. 15. Juni 2020 E. 2.2.4.2.

⁴⁷ BGer 6B_95/2013 v. 10. Dezember 2013 E. 2.2; ACKERMANN/ZEHNDER (Fn. 23), Art. 305^{bis} StGB Rz. 762; vgl. auch Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches (Fn. 23), S. 1085; EGGER TANNER (Fn. 37), S. 183.

⁴⁸ BGE 119 IV 242 E. 2b S. 247.

⁴⁹ BGer 6B_627/2012 v. 18. Juli 2013 E. 1.2; ACKERMANN JÜRG-BEAT/ZEHNDER STEPHANIE, Praxis-taugliche Dogmatik und Beweisanforderungen, Geldwäscherei auf dem Prüfstand, forum-poenale 1/2014, S. 45 ff., 51; vgl. BGE 119 IV 242 E. 2b S. 248; BGer 6B_321/2010 v. 25. August 2010 E. 3.2; BGer, StrA, SK.2022.31 v. 29. März 2023 E. 2.1; DONATSCH/THOMMEN/WOHLERS (Fn. 25), S. 504 f.; EGGER TANNER (Fn. 37), S. 190; vgl. auch Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches (Fn. 23), S. 1085.

⁵⁰ Vgl. GRAUER KIM et al., Chainalysis, The 2023 Crypto Crime Report, S. 46; United States of America v. Roman Storm and Roman Semenov (Fn. 1).

jeglicher Nachforschungen vor dem Mischprozess eine Gleichgültigkeit gegenüber einer möglichen verbrecherischen Herkunft der Gelder.

Die Funktionsweise von Kryptomixern zielt darauf ab, die Nachverfolgbarkeit von Kryptowährungen erheblich zu erschweren oder gar zu verunmöglichen. Dies wird erreicht durch das gezielte Verwischen der Verbindungen (mittels Unterbrechung der Papierspur) zwischen illegal erworbenen Kryptowährungseinheiten und Wallet-Adressen. Insbesondere das methodische Transferieren, Segmentieren und zeitversetzte Rücküberweisen der Mittel an diverse Empfangsadressen fungiert dabei als wirkungsvolles Mittel zur Verschleierung von Spuren. Insofern bringt gerade der Zweck des Tumblers bzw. der *modus operandi* zwangsläufig mit sich, dass das Risiko der Einziehungsvereitelung erheblich gesteigert wird.⁵¹

Die dargelegten Argumente münden in der Schlussfolgerung, dass auch ohne präzise Vorstellung über die verbrecherische Vortat von einem eventualvorsätzlichen Handeln hinsichtlich des Herrührens der Mittel wie auch der Vereitelungshandlung auszugehen ist. Sowohl der Aufbau und die Funktionsweise der Kryptomixerplattformen wie auch der proportional übermäßige Anteil an Mitteln mit verbrecherischem Hintergrund und der mangelnde Nachforschungswille schliessen das Vorliegen der bewussten Fahrlässigkeit aus.

Der Fall von Tornado Cash liefert ein prägnantes Beispiel dafür, dass Betreiber:innen durchaus ein Bewusstsein über die Geldwäschereiaktivitäten auf ihrer Plattform haben. So nutzten die Betreiber vor der Eröffnung des Strafverfahrens verschlüsselte Kommunikationskanäle, in denen deutlich wurde, dass sie über diverse Hackerangriffe informiert waren, deren Erlöse über ihre Plattform gewaschen wurden. Insbesondere waren sie sich der Tatsache bewusst, dass die nordkoreanische Lazarus-Hackergruppe rund USD 455 Millionen in Ether auf ihrer Plattform gewaschen hatte sowie dass rund 90% der über Tornado Cash gemischten Gelder illegaler Herkunft waren. Trotz dieser Kenntnisse führten die Betreiber den Betrieb der Plattform weiterhin fort und stellten auch weiterhin keine Nachforschungen zur Identität der Nutzer:innen oder Herkunft der Gelder an. Zudem verstärkte das Bewusstsein um bereits in den USA ausgesprochene Freiheitsstrafen für ähnlich gelagerte Fälle ihre Befürchtungen vor einer möglichen strafrechtlichen Verfolgung.⁵²

⁵¹ Vgl. auch BGer 6P.125/2005 v. 23. Januar 2006 E. 11.2; AK StGB-GRAF (Fn. 23), Art. 305^{bis} Rz. 19.

⁵² Vgl. zum Ganzen United States of America v. Roman Storm and Roman Semenov (Fn. 1).

E. Täterschaft und Teilnahme im Betreiber-Nutzer-Verhältnis

Im Verhältnis zwischen Nutzer:innen und Betreiber:innen stellt sich die Frage, ob die Tatbeiträge von Betreiber:innen und Nutzer:innen (in der Rolle des Vortäters)⁵³ als Helferschaft oder Mittäterschaft zu qualifizieren sind.⁵⁴

Die bundesgerichtliche Formel umfasst als Mittäter:innen, «wer sogenannte <Tatherrschaft> ausübt, d.h. wer bei der Entschliessung, Planung oder Ausführung eines Deliktes vorsätzlich und in massgebender Weise mit anderen Tätern zusammenwirkt, so dass er als Hauptbeteiligter dasteht». Grundsätzlich müssen Mittäter:innen nicht in allen drei Stadien beteiligt sein, sondern es reicht wenn sie bei Beurteilung nach den gesamten Umständen in massgebender Weise mit den anderen Täter:innen zusammenwirken.⁵⁵ Gemäss dem Bundesgericht bemisst sich die Mitwirkung daran, «ob der Tatbeitrag nach den Umständen des konkreten Falles und dem Tatplan für die Ausführung des Deliktes so wesentlich ist, dass sie mit ihm steht oder fällt».⁵⁶ Erforderlich ist zudem ein gemeinsamer (ausdrücklicher oder konkludenter) Tatentschluss,⁵⁷ welchen sich die Täter:innen allerdings auch erst später zu eigen machen können.⁵⁸ Bei der Helferschaft, anders als bei der Mittäterschaft, ist ein «Stehen und Fallen» der Tat durch den Tatbeitrag der Gehilfen nicht erforderlich.⁵⁹ Es ist also nicht vorausgesetzt, «dass es ohne die Hilfeleistung nicht zur Tat

⁵³ Entgegen der herrschenden Lehre bejaht das Bundesgericht die mögliche Täterschaft bzw. Teilnahme des Vortäters (BGE 144 IV 172 E. 7.2 S. 174; 126 IV 255 E. 3a S. 261; 124 IV 274 E. 3 S. 276; a.M. ACKERMANN/ZEHNDER (Fn. 23), Art. 305^{bis} StGB Rz. 781; AK StGB-GRAF (Fn. 23), Art. 305^{bis} Rz. 4; BSK StGB II-PIETH (Fn. 23), Vor Art. 305^{bis} Rz. 2).

⁵⁴ Die mittelbare Täterschaft könnte in Betracht gezogen werden, wenn sich Betreiber:innen als unvorsätzlich handelnde Werkzeuge in einem Irrtum befände. Das Vorliegen eines Sachverhaltsirrtums ist jedoch im Hinblick auf die Ausführungen zum Eventualvorsatz abzulehnen (vgl. Abschnitt [III.D](#)).

⁵⁵ DONATSCH/TAG/GODENZI (Fn. 19), S. 178; vgl. BGE 133 IV 76 E. 2.7 S. 82; 130 IV 58 E. 9.2.1 S. 66; 126 IV 84 E. 2c/aa S. 87.

⁵⁶ BGE 135 IV 152 E. 2.3.1 S. 155; 133 IV 76 E. 2.7 S. 82; 130 IV 58 E. 9.2.1 S. 66; 120 IV 265 E. 2c/aa S. 271 f.; 118 IV 387 E. 2b S. 399, BGer 6B_1206/2018 v. 17 Mai 2019 E. 2.3.3; vgl. auch DONATSCH/TAG/GODENZI (Fn. 19), S. 178.

⁵⁷ BGE 143 IV 361 E. 4.10 S. 371; 135 IV 152 E. 2.3.1 S. 155; 125 IV 134 E. 3a S. 136; 118 IV 227 E. 5d/aa S. 270.

⁵⁸ BGE 130 IV 58 E. 9.2.1 S. 66; 120 IV 265 E. 2c/aa S. 271 f.; 118 IV 227 E. 5d/aa S. 270; BSK StGB I-FORSTER (Fn. 45), Vor Art. 24 Rz. 1; STEFAN TRECHSEL/PETER NOLL/MARK PIETH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, 7. A., Zürich 2017, S. 193; GETH CHRISTOPHER, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. A., Basel 2021, Rz. 417; STRATENWERTH/BOMMER (Fn. 20), § 13 Rz. 54.

⁵⁹ BSK StGB I-FORSTER (Fn. 45), Art. 25 Rz. 3; STRATENWERTH/BOMMER (Fn. 20), § 13 Rz. 118; vgl. BGE 135 IV 152 E. 2.3.1 S. 155; 133 IV 76 E. 2.7 S. 82; 130 IV 58 E. 9.2.1 S. 66.

gekommen wäre».⁶⁰ Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung genügt bereits «jeder irgendwie geartete kausale Beitrag», welcher «das Verbrechen fördert, so dass sich die Tat ohne seine Mitwirkung anders abgespielt hätte».⁶¹

In der Betrachtung der Phasen von Planung, Entschlussfassung und Deliktserführung zeigt sich, dass die Hauptbeteiligung der Betreiber:innen vor allem in der Tatausführung liegt, während Nutzer:innen massgeblich in der Entschluss- und Planungsphase aktiv ist.

Nutzer:innen initiieren den Prozess durch eine Transaktion der gewünschten Mittel, die anonymisiert werden sollen, an die Adresse des Tumblers, wodurch er seinen Entschluss nach aussen trägt. Zwar sind Betreiber:innen in diesem Anfangsstadium nicht direkt beteiligt, jedoch machen sie sich den Tatentschluss der Nutzer:innen zu eigen, indem sie die Gelder annehmen und den Mischvorgang im engeren Sinne einleiten. In Bezug auf die gemeinsame Tatausführung ist festzuhalten, dass die Vereitelungshandlung vollständig im technologischen Einflussbereich der Betreiber:innen liegt. Sie übernehmen die Kontrolle über die Gelder und führen den Mischvorgang durch, indem sie die erforderliche Infrastruktur bereitstellen und betreiben. Die Mitwirkung der Nutzer:innen ist in der Tatausführungsphase eher untergeordneter Natur, da sie nicht aktiv im Mischprozess im engeren Sinne mitwirken. Dennoch bildet das Bereitstellen und Annehmen durch eine Zweitadresse einen wesentlichen Teil der Tathandlung, indem persönliche und sachliche Distanz geschaffen wird. Der Tatbeitrag der Nutzer:innen geht dabei über eine blosser Förderung der Haupttat bzw. Hilfeleistung hinaus: Er stellt eine *conditio sine qua non* für die Durchführung der Verschleierungshandlung dar, da die Initiierung durch die Bereitstellung der Mittel an den Tumbler unerlässlich für den Beginn des Mischprozesses ist. Ohne die Entscheidung und aktive Handlung der Nutzer:innen, die anonymisierte Transaktion einzuleiten, könnte der Anonymisierungsprozess als solcher gar nicht stattfinden, wodurch die gesamte Tat im Sinne eines «Stehen und Fallens» mit dem Beitrag der Nutzer:innen untrennbar verknüpft ist.

In einer Gesamtbetrachtung lässt sich die Mittäterschaft von Betreiber:innen und Nutzer:innen durch ihr wechselseitiges Zusammenwirken in den verschiedenen Phasen des Delikts begründen. Nutzer:innen agieren schwerpunktmässig in der Entschluss- und Planungsphase, indem sie die Gelder an

⁶⁰ BGE 78 IV 6 S. 7; vgl. BGE 120 IV 265 E. 2c S. 272; 119 IV 289 E. 2c S. 292; 117 IV 186 E. 3 S. 188; Der Beitrag muss nicht als *conditio sine qua non* für die Verwirklichung der Haupttat gelten (BGE 121 IV 109 E. 3 S. 119).

⁶¹ BGE 121 IV 109 E. 3 S. 119; 120 IV 265 E. 2c S. 272; 119 IV 289 E. 2c S. 292; 117 IV 186 E. 3 S. 188; 113 IV 108 E. 1 S. 109; 111 IV 51 E. 1 S. 53; 109 IV 147 E. 3 S. 149.

den Mixer übertragen, während Betreiber:innen die Deliktsausführung übernehmen, indem sie die Gelder kontrolliert und den Mischvorgang durchführt.

IV. Fazit

Im Ergebnis lässt sich festhalten, dass die Betreiber:innen von Kryptomixern durch die gezielte Anonymisierung von Transaktionsspuren der Nutzer:innen systematisch ermöglichen, die Herkunft illegal erworbener Kryptowährungen zu verschleiern. Indem die Nutzung eines Tumblers zur Unterbrechung der Transaktionsspur führt und dadurch potenzielle Einziehungsbemühungen der Strafverfolgungsbehörden beeinträchtigt, erfüllt sie den Tatbestand der Geldwäscherei im Sinne von Art. 305^{bis} Ziff. 1 StGB. Hierbei ist der Eventualvorsatz der Betreiber:innen zu bejahen: Angesichts der hohen Anzahl an Transaktionen mit kriminellem Hintergrund und des Anonymisierungszwecks dieser Dienste nehmen die Betreiber:innen die verbrecherische Herkunft der Gelder sowie die Möglichkeit einer Einziehungsvereitelung bewusst in Kauf und finden sich mit diesen Konsequenzen ab. Schliesslich spricht die arbeitsteilige Umsetzung des Mischprozesses für eine mittäterschaftliche Begehung: Während der Tatbeitrag der Nutzer:innen primär in der Entschluss- und Einleitungsphase liegt, wird die Ausführungsphase, d.h. die Durchführung und Verschleierung des Mischprozesses, vollständig von den Betreiber:innen kontrolliert. Diese arbeitsteilige Zusammenarbeit beider Seiten ist entscheidend für die Umsetzung des Anonymisierungsprozesses, da der Mischvorgang ohne das wechselseitige Zusammenwirken von Nutzer:in und Betreiber:in nicht realisierbar wäre.

«ChatGPT, konzipiere mir eine neue Urheberrechtsordnung»

Die Funktion des Rechts in der technologischen Realität des 21. Jahrhunderts

Alexander B. Rom

Inhaltsübersicht

I.	Einleitende Bemerkungen und Ausgangslage	127
A.	Einleitung	127
B.	Was ist GenAI? Grundzüge und gesellschaftlicher Kontext der Technologie	129
II.	Anatomie einer Rechtsunsicherheit: Andersen v. Stability AI	132
A.	Zur Relevanz des Verfahrens	132
B.	Ein Rechtsstreit, viele Narrative	133
C.	Reaktionen auf das Verfahren aus der Wissenschaft und der weiteren Öffentlichkeit	135
III.	Soziale Adäquanz und gesellschaftliche Folgenabwägung statt Gesetz: Die Urteile Vorschaubilder I – III des BGH	138
A.	Das Suchmaschinenprivileg in den Urteilen Vorschaubilder des BGH	138
B.	Kritische Würdigung der Urteile	140
C.	Laufende Interessensabwägungen als Bestandteil des Urheberrechts	140
IV.	Systemtheoretische Beschreibung und Diagnose des Urheberrechts im 21. Jahrhundert	143
A.	Die funktionale Differenzierung sozialer Systeme als Antwort auf Komplexität	143
B.	Normative Erwartungen in der dynamischen Realität des Informationszeitalters	146
C.	Das Recht der Zukunft – hat die Normativität ausgedient?	148
V.	Ausblick	151

I. Einleitende Bemerkungen und Ausgangslage

A. Einleitung

Die komplexe Realität der Netzwerkgesellschaft des Informationszeitalters ist geprägt von gesellschaftlicher Fragmentierung und einem hohen Verän-

derungsmoment.¹ Das Potenzial technologischer Entwicklungen eröffnet der Gesellschaft des 21. Jahrhunderts Chancen und regulatorische Herausforderungen zugleich. Ein berüchtigtes Narrativ besagt, dass das Recht hinter der technologischen Realität zurückfällt.² Die Dynamik des digitalen Fortschritts birgt tatsächlich Ungewissheiten, die eine zukunftsorientierte Gesetzgebung und deren schwerfälligen Prozess komplizieren. Was heute gilt, ist morgen obsolet. Zum Zeitpunkt des Schreibens, Anfang des Jahres 2025, wird diese Problematik an der Proliferation der künstlichen Intelligenz (KI) sichtbar. KI-basierte Anwendungen dringen in alle Teilbereiche der Gesellschaft ein. Die Erschliessung intelligenter Technologie entlastet Arbeitskräfte und beschleunigt zeitgleich Forschungs- und Entwicklungsprozesse.

KI kommt aber nicht ohne gesellschaftliche Risiken: Die Verantwortlichkeit und Haftung im Falle des Versagens von KI-Systemen, algorithmische Diskriminierung und Verbreitung von Desinformation, Wettbewerbsverzerrung und Massenentlassungen infolge wirtschaftlicher Rationalisierung sowie mangelnde Transparenz hinter den Entscheidungsprozessen und dem Training der Modelle stellen nur Oberbegriffe einer Vielzahl von Hürden dar, die es zu meistern gilt. Es leuchtet deshalb ein, dass polarisierte Stimmen inkliniert sind, in KI entweder Heiligtum oder Sakrileg wiederzuerkennen. Die gesellschaftlichen Implikationen dieser Anwendungen tangieren zwangsweise das Recht, welches auf die rasanten Veränderungen reagieren muss. Während noch über viele der obengenannten Spannungsfelder in der Politik rege debattiert wird, sickern einzelne konkrete Problemstellungen in die Gerichtssäle. Insbesondere Streitigkeiten des Urheberrechts in Zusammenhang mit dem Training der populären Anwendungen generativer künstlicher Intelligenz (GenAI) beschäftigen die Justiz. Die ersten Klagen wurden bei US-amerikanischen Gerichten erhoben, doch auch die internationale Rechtsgemeinschaft über die Grenzen der Vereinigten Staaten hinaus verfolgt die Entwicklungen mit grossem Interesse. Scheinbar neuartige Sachverhaltskonstellationen stellen insbesondere das Urheberrecht, welches sich an der Intersektion von

¹ Zu den Begriffen des *Informationszeitalters* und der *Netzwerkgesellschaft*: CASTELLS MANUEL, *The Network Society: From Knowledge to Policy*, in: Castells Manuel/Cardoso Gustavo (Hrsg.), *The Network Society: From Knowledge to Policy*. Washington, D.C. 2005, 3 ff. Zur Vertiefung: CASTELLS MANUEL, *The Rise of the Network Society, The Information Age: Economy, Society and Culture Vol. I.*, 2. A., Cambridge MA 2010.

² Vgl. BENNETT MOSES LYRIA, *Recurring Dilemmas: The Law's Race to Keep Up With Technological Change* (April 11, 2007), UNSW Law Research Paper No. 2007-21; MCGINNIS JOHN O., *Laws for Learning in an Age of Acceleration*, Wm. & Mary L. Rev. 53 2011, 310; WADHWA VIVEK, *Laws and Ethics Can't Keep Pace with Technology: Codes we live by, laws we follow, and computers that move too fast to care*, MIT Technology Review vom 15. April 2014, abrufbar unter <<https://www.technologyreview.com/2014/04/15/172377/laws-and-ethics-cant-keep-pace-with-technology>>.

Recht und Innovation befindet, vor Herausforderungen und zwingen global Experten dazu, die Strukturen und Prämissen ihrer nationalen Urheberrechtsordnungen zu reflektieren. Fehlen realitätsgerechte Rechtsnormen, haben Richter:innen selbst in die Bresche zu springen: Sie werden gezwungen, die soziale Adäquanz der Folgen ihrer Urteile zu erwägen. Diese Überlegungen gehen weit über das Recht hinaus und haben einschneidende Auswirkungen auf die Gesellschaft.

Was ist eigentlich die Funktion des Rechts in der Gesellschaft? Folgt man dem systemtheoretischen Verständnis des Rechts, garantiert das Rechtssystem Erwartungssicherheit.³ Trifft dies allerdings noch zu in einem Rechtsgebiet wie dem Urheberrecht, welches von der wachsenden Komplexität und der Innovationsdynamik des Informationszeitalters besonders stark betroffen ist? Stellt das Recht dort nicht gerade mehr Fragen als Antworten bereit? Die Vermutung liegt nahe, dass zur Analyse dieser Problemstellungen ein isolierter, dogmatischer Zugang auf den jeweiligen nationalen Ebenen nicht ausreicht.

Nach einer kurzen Erläuterung der relevanten Technologie soll anhand eines richtungsweisenden US-amerikanischen Falls zu GenAI das dogmatische und soziale Spannungsfeld des KI-Trainings dargelegt werden (II). Ein Blick in Präzedenzurteile des deutschen Bundesgerichtshofs (BGH) und in die historische Entwicklung des Urheberrechts zum Ende des 20. Jahrhunderts soll sodann dokumentieren, wie das Recht und insbesondere Gerichte in der Vergangenheit vergleichbar neuartige Technologien zu absorbieren versuchten (III). Was folgt, ist ein methodischer Perspektivenwechsel: Der Umgang der Gerichte mit neuartigen Technologien soll aus einem rechtssoziologischen Blickwinkel anhand einer systemtheoretischen Analyse extern beobachtet und beschrieben werden. Mithilfe der Abstraktion kann ein klareres Verständnis, eine Art Diagnose, des Konkreten erarbeitet werden (IV).⁴ Ein Ausblick ordnet die Erkenntnisse schliesslich ein und soll den Weg ebnen von der Beschreibung des Seins der Rechtssoziologie zurück in das Sollen der Normativität (V).

B. Was ist GenAI? Grundzüge und gesellschaftlicher Kontext der Technologie

Als das Jahr 2022 sich schon dem Ende zuneigte, trat das US-amerikanische Softwareunternehmen OpenAI eine Lawine los. Mit der Veröffentlichung von ChatGPT platzte die generative künstliche Intelligenz, GenAI, auf die Weltbühne und wurde kostenfrei einer breiten Öffentlichkeit zugänglich gemacht.

³ Vgl. LUHMANN NIKLAS, Das Recht der Gesellschaft, 8. A., Frankfurt a.M. 2020, 124 ff.

⁴ LUHMANN NIKLAS, Liebe als Passion, 15. A., Frankfurt a.M. 2022, 10.

Obschon die Entwicklung und der Nutzen von GenAI in forschungsnahen Kreisen bereits länger thematisiert worden war und ähnliche Anwendungen bereits vor 2022 online verfügbar waren,⁵ verfestigte der sog. AI Boom zum Jahresende das Potenzial der Technologie im kollektiven Bewusstsein der globalen Gesellschaft.⁶

Entgegen der medialen Omnipräsenz wirkt KI im öffentlichen Diskurs enigmatisch, geprägt von Prozessen, die in Geheimnis gehüllt sind.⁷ In der Tat sind die Fragestellungen um KI mannigfaltig, vielschichtig und interdisziplinär. Jurist:innen fehlt oftmals das technische Verständnis, um die Abläufe und Algorithmen hinter KI-Innovationen wie GenAI vollumfänglich nachzuvollziehen. Dennoch muss auch die Rechtswissenschaft zum Zwecke der Verarbeitung und Einordnung dieser neuen Entwicklungen das nötige Verständnis aufweisen und darf sich gerade nicht von dieser Komplexität beirren lassen. Mit dieser Absicht werden einige Begrifflichkeiten, die zur Lektüre dieses Beitrags hilfreich sind, reduziert umrissen.

Die *künstliche Intelligenz* bezieht sich in diesem Beitrag auf die allgemeine Fähigkeit von Computern, die menschliche Intelligenz zu imitieren und zu übertreffen, indem komplexe automatisierte Aufgaben ohne menschliches Eingreifen ausgeführt werden.⁸ Ein sehr verbreiteter Weg zur KI ist die Implementierung von *Machine Learning*. Dieses Teilgebiet versucht mithilfe mathematischer Algorithmen aus grossen Mengen roher Daten Muster zu erkennen oder zu erlernen und auf deren Basis Entscheidungen zu treffen, Ergebnisse vorherzusagen und grosse Informationsmengen zu ordnen.⁹ *Deep Learning* ist ein fortgeschrittener Teilbereich des Machine Learning, bei welchem sogenannte neuronale Netzwerke genutzt werden, um komplexe Datendarstellungen zu modellieren und

⁵ Vgl. RUSSEL STUART J./NORVIG PETER, *Artificial Intelligence: A Modern Approach*, 4. A., Hoboken 2021, 17.

⁶ Zum Ganzen: VINCENT JAMES, ChatGPT proves AI is finally mainstream – and things are only going to get weirder, *The Verge* vom 8. Dezember 2022, abrufbar unter <<https://www.the-verge.com/2022/12/8/23499728/ai-capability-accessibility-chatgpt-stable-diffusion-commercialization>>.

⁷ LANIER JARON, There is no A.I., *The New Yorker* vom 20. April 2023, abrufbar unter <<https://www.newyorker.com/science/annals-of-artificial-intelligence/there-is-no-ai>>.

⁸ Vgl. HAO KAREN, What is AI? We drew you a flowchart to work it out, *MIT Technology Review* vom 10. November 2018, abrufbar unter <<https://www.technologyreview.com/2018/11/10/139137/is-this-ai-we-drew-you-a-flowchart-to-work-it-out>>. Für eine differenzierte Auseinandersetzung mit der Herleitung und Kontingenz der Definitionen von KI: RUSSEL/NORVIG, (Fn. 5), 1 ff.; Zum Vergleich menschlicher und künstlicher Intelligenz: CHOMSKY NOAM, The False Promise of ChatGPT, *New York Times* vom 8. März 2023, abrufbar unter <<https://www.nytimes.com/2023/03/08/opinion/noam-chomsky-chatgpt-ai.html>>.

⁹ Vgl. GOODFELLOW IAN/BENGIO YOSHUA/COURVILLE AARON, *Deep Learning*, Cambridge MA 2016, 2 f.

automatisch Korrelationen und Muster in umfangreichen Datensätzen zu erkennen.¹⁰ Die Techniken des Deep Learning bilden die Basis von GenAI-Modellen. GenAI geht über die Prognostik hinaus: Auf der Grundlage vorhandener Datensätze werden komplett neue, originäre Daten erzeugt. GenAI imitiert vorhandene Datenmuster, um neue zu erzeugen.¹¹ Sprachgeneratoren wie Chatbots und Bildgeneratoren sind Beispiele hierfür.¹² Erfolgreiche GenAI-Anwendungen beruhen deshalb grundsätzlich auf zwei Säulen – ausgeklügelte algorithmische Modelle und Unmengen an Daten.

Die erste Säule verlangt von den Entwicklern, dass sie ein mathematisches Fundament oder *Modelle* entwickeln, die in der Lage sind, produktabhängig erwünschte Ergebnisse (*output*) zu generieren, indem sie eingegebene Datenmengen (*input*) rechnerisch verarbeiten. Je nach Anwendung wird ein anderes Modell gefragt sein: *Sprachmodelle* werden implementiert, um statistische Muster in Texten zu lernen und Sprache auf der Grundlage von Eingabeaufforderungen (*prompts*) zu generieren. Demgegenüber kommen *Diffusionsmodelle* generell bei der Entfernung von Bildrauschen und der Generierung neuer Bilder zur Anwendung. Die Modelle enthalten interne Variablen, die als *Parameter* bezeichnet werden. Parameter repräsentieren die Vielfalt der Methoden, über die ein Modell verfügt, um Daten zu verarbeiten, sie zu generalisieren und gewünschte Ergebnisse vorherzusagen.¹³ Steht das Modell bereit, kann mit dem KI-Training begonnen werden: Dies besteht hauptsächlich darin, das Modell mit Daten zu füttern und dabei die Parameter anzupassen. Schrittweise wird der Output analysiert, um sich allmählich den gewünschten Ergebnissen zu nähern und das Modell iterativ mit neuen Eingaben abzustimmen.¹⁴ Die zweite Säule gilt den Unmengen an (im besten Fall) qualitativ hochwertigen Daten. Datenqualität bezieht sich auf die Genauigkeit, Vollständigkeit und Konsistenz der Daten. Gerade Entwickler von GenAI-Anwendungen, die umfassende Dienstleistungen anbieten sollen, benötigen zwingend eine Kombination aus Datenqualität und -quantität für das Training ihrer Modelle.¹⁵

Die gute Nachricht für KI-Entwickler lautet, dass das Internet einem unermesslichen Datenschatz gleicht. Dieser Schatz ist darüber hinaus leicht zugänglich und kann mit Hilfe von Computerprogrammen, sogenannten *Web-*

¹⁰ BANH LEONARDO/STROBEL GERO. (2023). Generative artificial intelligence, *Electronic Markets*, 33, 63, Essen 2023, 3.

¹¹ BANH/STROBEL (Fn. 10), 3 ff.

¹² KALOTA FAISAL, A Primer on Generative Artificial Intelligence, *Education Sciences*, 14, 172, Muncie 2024, 7.

¹³ BANH/STROBEL (Fn. 10), 4.

¹⁴ ZEWE ADAM, Explained: Generative AI, MIT News vom 9. November 2023, abrufbar unter <<https://news.mit.edu/2023/explained-generative-ai-1109>>.

¹⁵ Vgl. PEUKERT CHRISTIAN ET AL., Strategic Behavior and AI Training Data, Lausanne 2024, 3.

Crawlern, erlangt werden. Crawler durchforsten Webseiten, um relevante Daten zu indizieren, und kopieren diese. So stellen beispielsweise Non-Profit-Organisationen wie *Common Crawl* oder das *Large-scale Artificial Intelligence Open Network* (LAION) der Öffentlichkeit Petabytes an Daten kostenlos zur Verfügung.¹⁶ Die Krux, welche im Zentrum des nachfolgend aufgeführten US-amerikanischen Rechtsstreits steht und hier als analytische Grundlage dienen soll, liegt in der urheberrechtlichen Einordnung ebendieser Daten und deren Verwendung. Denn die Daten des einen sind oftmals die urheberrechtlich geschützten Werke des anderen.¹⁷

II. Anatomie einer Rechtsunsicherheit: *Andersen v. Stability AI*

A. Zur Relevanz des Verfahrens

Die Kontroverse um die urheberrechtliche Qualifikation des GenAI-Trainings eskalierte mit einer Klagewelle, die mit dem nachfolgend vorgestellten Fall *Andersen v. Stability AI* im Januar 2023 ins Rollen kam. Vorerst soll begründet werden, weshalb ein erstinstanzlich hängiges US-amerikanisches Rechtsverfahren für diesen Aufsatz von Relevanz ist.

Im Kontext der nachfolgenden Analysen ist die wegweisende Konstellation des Falls. Die dogmatische Frage, wie das Recht in diesem Fall konkret auszulegen sei und letztlich ausgelegt werde, ist hier zweitrangig. Beobachtet wird vielmehr die Auseinandersetzung mit der neuartigen Materie. Dabei stehen erste Wortmeldungen des Richters und der Gerichtsparteien im Fokus, darüber hinaus aber Reaktionen formell unbeteiligter Interessensvertretungen aus dem Inneren der Gesellschaft. Welche normativen Erwartungen sind aus der Gesellschaft heraus beobachtbar?

Bezüglich des anwendbaren Rechts ist die Bearbeitung eines US-Falls für die Problemerkennung schwer zu umgehen, denn die Mehrheit derjenigen Unternehmen, welche GenAI-Anwendungen entwickeln, hat ihren operativen Sitz in den USA (so auch i.c. *Stability AI*). Diese Unternehmen versuchen in der Regel auswärtige Gerichte zu meiden, und legen deshalb oftmals entsprechende Rechtswahlklauseln in ihren Verträgen und Geschäftsbedingungen fest. Im Einzelfall wird die Frage nach dem anwendbaren Recht von der spezifischen

¹⁶ Vgl. SCHUHMANN CHRISTOPH ET AL., LAION-5B: An open large-scale dataset for training next generation image-text models, München 2022. Vgl. auch BAACK STEFAN, A Critical Analysis of the Largest Source for Generative AI Training Data: Common Crawl, New York 2024.

¹⁷ LEMLEY MARK A./CASEY BRYAN, Fair Learning, Texas Law Review, 99, 4 2020, 754.

Sachverhaltskonstellation und den relevanten Kollisionsnormen abhängig sein. Darüber hinaus ist die US-Rechtspraxis nicht entscheidend, aber massgebend für die globale Entwicklung und Nutzung solcher Anwendungen: Zum einen, weil die Fair Use-Doktrin, die Ausnahmeregelung des Common-Law-Copyright welche die Nutzung geschützter Werke ohne Zustimmung des Rechteinhabers regelt, und die Schrankensysteme der kontinentaleuropäischen Urheberrechtstradition (*Droit d'auteur*-Staaten) trotz grundsätzlicher dogmatischer Unterschiede im Ergebnis oft Parallelen aufweisen.¹⁸ Zum anderen, da der Umgang mit bahnbrechenden Innovationen nicht nur technische und juristische Fragen aufwirft, sondern eine global angelegte wirtschaftliche, politische und somit gesellschaftliche Diskussion darstellt.¹⁹ Wegweisende amerikanische Verfahren können somit auch in der Schweiz nicht unbeachtet bleiben.

B. Ein Rechtsstreit, viele Narrative

Die Klägerschaft in *Andersen v. Stability AI*, eine Gruppe bildender Kunstschaffender, brachte mit Klage vom 13. Januar 2023 am United States District Court Northern District of California vor, dass die Unternehmen Stability AI (auf welches im Folgenden repräsentativ eingegangen wird), sowie DeviantArt und Midjourney, marktführende Anbieter von GenAI-Bildgeneratoren, in verschiedenen Formen im Zusammenhang mit der Entwicklung ihrer Anwendungen gegen das Urheberrecht verstossen haben sollen.²⁰ Während die Sammelklage breit aufgestellt ist, ragt ein Vorwurf heraus, auf den in diesem Beitrag besonders eingegangen wird: Stability AI habe mit Hilfe des LAION-Datensatzes fünf Milliarden Bilder aus dem Internet, mitunter die urheberrechtlich geschützten Werke der Kunstschaffenden, zum Training seines Diffusionsmodells *Stable Diffusion* vervielfältigt. Dieser Vorwurf, *Count I* der Klageschrift, lässt sich besonders herauskristallisieren, da es der einzige ist, der vom vorsitzenden Richter ohne Nachbesserungsaufforderung (*leave to amend*) in einem ersten richterlichen Beschluss vom 30. Oktober 2023 (*order*), entgegen einem Abweisungsantrag, gutgeheissen wurde. Das Gericht signalisiert damit die Notwendigkeit einer klaren urheberrechtlichen Bestimmung des KI-Trainings und ebnet den Weg für einen richtungsweisenden Präzedenzfall.²¹

¹⁸ Vgl. THOUVENIN FLORENT/PICHT PETER GEORG, AI & IP: Empfehlungen für Rechtsetzung, Rechtsanwendung und Forschung zu den Herausforderungen an den Schnittstellen von Artificial Intelligence (AI) und Intellectual Property (IP), sic! 2023, 519.

¹⁹ Vgl. MARMY-BRÄNDLI SANDRA/OEHRI ISABELLE, Das Training künstlicher Intelligenz, sic! 2023, 665.

²⁰ *Andersen v. Stability AI Ltd.*, 3:23-cv-00201, (N.D. Cal. Jan 13, 2023) ECF No. 1.

²¹ *Andersen v. Stability AI Ltd.*, 3:23-cv-00201, (N.D. Cal. Oct 30, 2023) ECF No. 117, 7.

Mit der Erkennung der urheberrechtlichen Problematik um das KI-Training wird die Rechtsunsicherheit jedoch noch nicht beseitigt. Vielmehr wird bestätigt, dass die Trainingspraxis einer Fair-use-Prüfung standhalten muss, die von Gerichten notorisch inkonsistent ausgelegt wird und deshalb von Rechtswissenschaftlern wie LAWRENCE LESSIG schon als «right to hire a lawyer»²² bezeichnet wurde.²³ Die Rechtsdoktrin dient als generelle urheberrechtliche Schrankenbestimmung des Common Law und besteht im US-amerikanischen Copyright Act aus vier Abwägungskriterien, die auf den jeweiligen Einzelfall anzuwenden sind:

- Art und Gegenstand der Werkverwendung und wie transformativ diese ist;
- Natur des ursprünglichen Werks;
- Umfang und Bedeutsamkeit des übernommenen Materials;
- Wirtschaftliche Auswirkungen der Übernahme auf das ursprüngliche Werk.²⁴

Der erste Punkt der transformativen Nutzung (*transformative use*) spielt im Kontext des Innovationsmoments des Informationszeitalters eine besonders grosse Rolle und trägt mit der Ambiguität seiner Auslegung zur Unvorhersehbarkeit der Entscheide bei.²⁵ Die Auslegungs- und Gewichtungsfreiheit des Fair Use schlägt sich auch in den bisherigen Wortmeldungen der Parteien nieder. Die Kunstschaffenden bringen vor, dass zur Entwicklung von *Stable Diffusion* unter anderem Kopien ihrer Werke in toto notwendig seien, da Stability AI die Metadaten der Werke von LAION zum Training ihres Modells in einem ersten Schritt lokal als Kopien fixieren müsse.²⁶ Dies entspräche der Verwendung der Kunstwerke in vollem Umfang ohne Einwilligung oder Lizenzierung und führe zu einem wirtschaftlichen Schaden auf Seiten der Kunstschaffenden.²⁷

Demgegenüber argumentiert Stability AI, dass das GenAI-Training weder ganze Bilder kopiere noch collagiere oder in komprimierter Form ablege. Vielmehr wird anhand von URLs von Milliarden von Bildern und raffinierten Pa-

²² LESSIG LAWRENCE, *Free Culture: The Nature and Future of Creativity*, New York 2004, 187.

²³ WEINSTOCK NETANEL NEIL, *Copyright's Paradox*, New York 2009, 66. NIMMER DAVID, «Fairness of Them All» and Other Fairy Tales of Fair Use, *Law & Contemporary Problems*, 66 2003, 263 ff. Vgl. BEEBE BARTON, *An Empirical Study of U.S. Copyright Fair Use Opinions Updated, 1978–2019*, *Journal of Intellectual Property and Entertainment*, 10, 1 2020, 4 f.

²⁴ Copyright Act of 1976, Title 17 of the United States Code, § 107.

²⁵ Vgl. LIU JIARUI, *An Empirical Study of Transformative Use in Copyright Law*, *Stanford Technology Law Review*, 22, 1 2019, 240.

²⁶ Andersen v. Stability AI Ltd., 3 23-cv-00201, (N.D. Cal. Nov 29, 2023) ECF No. 129, 13 f. mit Hilfe von Umwandlungssoftwares wie *img2dataset*.

²⁷ Andersen v. Stability AI Ltd., 3:23-cv-00201, (N.D. Cal. Nov 29, 2023) ECF No. 129, 51.

rametern dem Modell lediglich algorithmische Strukturen gelehrt, um neue Werke zu kreieren. Hierfür wäre eine Kopie des alten Werks nicht zielführend, denn der Zweck von *Stable Diffusion* sei gerade die Transformation und Kreation neuer Bilder, die kaum in Zusammenhang mit den ursprünglichen Werken stünden und daher eine transformative Verwendung darstelle.²⁸ Den von der Klägerschaft dargelegten Vervielfältigungsprozess kommentierte Stability AI (noch) nicht. Das Gericht lässt sich derweil Zeit und wartet wohl die konkrete Gegendarstellung des Kopiervorgangs ab, bevor es auf die Argumente eingeht.

C. Reaktionen auf das Verfahren aus der Wissenschaft und der weiteren Öffentlichkeit

Ebenfalls gespalten in der Einordnung des GenAI-Trainings ist die US-amerikanische Urheberrechtslehre. Die einen suchen Analogien in ähnlich gelagerten Fällen, bei welchen argumentiert und entschieden wurde, dass die alleinige Verwendung von Metadaten eines Werks statt deren originellem Inhalt zu einem neuen, transformativen Zweck (*transformative, non-expressive use*)²⁹ gerade Fair Use darstellt, a fortiori wenn der gesellschaftliche Nutzen der Werkverwendung gross ist und die Quantität der verwendeten Werke eine Lizenzierung unzumutbar macht.³⁰ In *Authors Guild v. Google* hielt das Gericht analog fest, dass die Tätigkeit von Google Books, ganze Buchpassagen ins Internet zu stellen, transformativ sei. Es werde ein wichtiger Beitrag zum öffentlichen Wissen geleistet und dies sei an sich transformativ, da die Transformativität kein wörtliches Kriterium sei, sondern lediglich «complex thought»³¹ symbolisiere. Die Öffentlichkeit, als «primary intended beneficiary»³² des Copyrights, wurde in der *Authors Guild v. Google*-Fallkonstellation privilegiert – entsprechend sollte diese Argumentationslinie auch im Kontext des grossen Nutzens von GenAI greifen.

Andere setzen ihr Augenmerk auf den technischen Prozess zu Beginn des Trainings und beharren auf der tiefen Fixierungsschwelle der Qualifikation der Kopie in anderen Präzedenzfällen. Ist die Zwischenkopie aus dem Datensatz trotz flüchtiger Fixierung im Rahmen eines technischen Vorgangs qualitativ wahrnehmbar, findet eine urheberrechtlich relevante Vervielfältigung des gesamten

²⁸ Andersen v. Stability AI Ltd., 3:23-cv-00201, (N.D. Cal. Apr 18, 2023) ECF No. 58, 1 f.

²⁹ Vgl. SAG MATTHEW, Copyright and Copy-Reliant Technology, Northwestern University Law Review, 103 2009, 36 ff.

³⁰ Authors Guild v. Google, Inc., 804 F.3d 202 (2d Cir. 2015); Authors Guild v. HathiTrust, 755 F.3d 87 (2d Cir. 2014).

³¹ Authors Guild v. Google, Inc., 804 F.3d 202 (2d Cir. 2015), 17.

³² Authors Guild v. Google, Inc., 804 F.3d 202 (2d Cir. 2015), 13.

Werks, nicht lediglich von Metadaten oder mathematischen Repräsentationen statt, die tendenziell nicht Fair Use darstellt.³³ Dies führt in der Lehre zu Differenzen, die gemäss Prognosen von Copyright-Koryphäen wie PAMELA SAMUELSON vermutlich nicht in der nahen Zukunft in Einklang gebracht werden.³⁴

In den Rechtsordnungen der Droit d'auteur-Staaten wird derweil, sogar unter expliziter Bezugnahme auf *Andersen v. Stability AI*, rege mitdiskutiert.³⁵ Nach Schweizerischem Urheberrecht ist in ähnlicher Weise noch vor der Schrankenprüfung strittig, wie die Vervielfältigung zu Trainingszwecken urheberrechtlich zu interpretieren sei und ob es zu einem Werkgenuss kommt, insbesondere wenn Bilder nur als Metadaten eingelesen³⁶ und diese unter Umständen nicht dauerhaft gespeichert werden.³⁷ Dem zu entgegen wäre der Wille des Gesetzgebers, der mit der Einführung von Artikel 24a des Schweizerischen Urheberrechtsgesetzes (URG)³⁸, gerade im digitalen Kontext flüchtige Vervielfältigungen im Rahmen technischer Abläufe erlauben musste.³⁹ Während das Fair Use von Ambiguität geprägt ist, sind die Schranken des URG für die Rechtfertigung des GenAI-Trainings wohl zu rigid – was wiederum Rechtsunsicherheit schafft statt abbaut.⁴⁰ Denn wenn es um die Gewährleistung bahnbrechender, in der Gesellschaft bereits arrivierter Technologien geht, wird es auch in der Schweiz immer einen Willen geben, unter allen Umständen (und teils ausdrücklich ergebnisorientiert) bestehende Gesetznormen so auszureizen, dass eine Praxis der ratio legis zum Trotz unter eine Schrankenbestimmung subsumiert wird.⁴¹ Wie also Schweizer Gerichte erste Urheberrechtsstreitigkeiten im Bereich des GenAI-Trainings entscheiden, wird, wie in den USA, vermutlich mehr als von der Rechtslehre im engeren Sinne von der gesellschaftlichen Realität geprägt sein – der sozialen Adäquanz.⁴²

³³ Sog. RAM-Doktrin aus *MAI Systems Corp. v. Peak Computer, Inc.*, 991 F.2d 511 (9th Cir. 1993) sowie *Cartoon Network LP v. CSC Holdings, Inc.*, 536 F.3d 121, (2d Cir. 2008); FOLEY STEVEN, *Buffering and the Reproduction Right: When is a Copy a Copy?*, *Cybaris*, 1, 4 2010. Zur Unterscheidung menschlicher und maschineller Urheberrechtsverletzungen: GRIMMELMANN JAMES, *Copyright for Literate Robots*, *Iowa Law Review*, 101 2016, 658 ff.

³⁴ SAMUELSON PAMELA, *Thinking About Possible Remedies in the Generative AI Copyright Cases*, *Communications of the ACM* 2024, 1.

³⁵ MARMY-BRÄNDLI/OEHRI (Fn. 19), 659 (Fn. 37 dort).

³⁶ CHERPILLOD IVAN, *Intelligence artificielle et droit d'auteur*, sic! 2023, 446.

³⁷ THOUVENIN/PICHT (Fn. 18), 506.

³⁸ Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte vom 9. Oktober 1992 (Urheberrechtsgesetz, URG; SR 231.1).

³⁹ MARMY-BRÄNDLI/OEHRI (Fn. 19), 658 (insb. Fn. 32 dort).

⁴⁰ MARMY-BRÄNDLI/OEHRI (Fn. 19), 664 f.

⁴¹ THOUVENIN/PICHT (Fn. 18), S. 507 ff., wo zugegeben wird, dass der Vorschlag der Ausweitung der Forschungsschranke unter Art. 24d URG eine weite Auslegung darstellt.

⁴² Vgl. in den USA: Pamela Samuelson am Harvard Law School Rappaport Forum, nachzulesen bei MILANO BRETT, *What is fair use in the age of AI?*, *Harvard Law Today* vom 2. November

Im Schatten der Unentschlossenheit des Rechts werden Stimmen aus Wirtschaft und Politik lauter. Zeitgleich mit dem laufenden Verfahren treffen sich Grössen aus dem Silicon Valley hinter verschlossenen Türen mit US-Abgeordneten, um die Umsetzung des Copyrights zu diskutieren.⁴³ Anderswo argumentieren KI-Entwickler und Investoren mit Mitteilungen beim US Copyright Office, welches in den Vereinigten Staaten Urheberrechte verwaltet und registriert, dass der gesellschaftliche Nutzen, investierte Milliarden sowie die Konkurrenz zu anderen Ländern im globalen KI-Rennen negative Prozessausgänge für GenAI-Anwendungen de facto verunmöglichen sollten.⁴⁴ In der Zwischenzeit und zur Vermeidung weiterer Klagen schliessen die grössten KI-Unternehmen mit Medienkonglomeraten Lizenzierungsverträge über die rechtmässige Verwendung ihrer Datensammlungen ab.⁴⁵ Die Datenlizenzierung entspricht jedoch einem teuren Privileg, welches nur den kapitalkräftigsten Marktteilnehmern vorenthalten bleibt, zu denen beispielsweise Stability AI nicht gehört.⁴⁶ Weiterhin melden sich Interessensvertretungen aus der Kreativ- und Medienbranche zu Wort und monieren die Gefährdung der Zukunft und Integrität ihrer Gewerbe.⁴⁷

Während die Rechtsdogmatik entschleunigt und fast schon statisch nach einer Einordnung und Entfaltung der neuen Problemstellungen des Urheberrechts bemüht ist, bleibt die gesellschaftliche Realität in Bewegung. KI-Unternehmen beschleunigen seit 2023 die Entwicklung ihrer GenAI-Anwendungen und

2023, abrufbar unter <<https://hls.harvard.edu/today/intellectual-property-experts-discuss-fair-use-in-the-age-of-ai>>. International verzichtet zudem die WIPO mit Blick auf die laufenden Verfahren auf eine Empfehlung zum Umgang mit GenAI, siehe WIPO Factsheet, Generative AI: Navigating Intellectual Property, abrufbar unter <<https://www.wipo.int/publications/en/details.jsp?id=4713>>.

⁴³ KANG CECILIA, In Show of Force, Silicon Valley Titans Pledge 'Getting This Right' With A.I., New York Times vom 13. September 2023, abrufbar unter <<https://www.nytimes.com/2023/09/13/technology/silicon-valley-ai-washington-schumer.html>>.

⁴⁴ Vgl. U.S. Copyright Office Notice of Inquiry on Artificial Intelligence & Copyright (Dkt. 2023–6), Comments of Meta Platforms, Inc. Sowie U.S. Copyright Office Notice of Inquiry on Artificial Intelligence & Copyright (Dkt. 2023–6), Comments of a16z (Andreessen Horowitz).

⁴⁵ LOPATTO ELIZABETH, OpenAI searches for an answer to its copyright problems, The Verge vom 30. August 2024, abrufbar unter <<https://www.theverge.com/2024/8/30/24230975/openai-publisher-deals-web-search>>.

⁴⁶ ROBERTSON ADI, Artists' lawsuit against Stability AI and Midjourney gets more punch, The Verge vom 13. August 2024, abrufbar unter <<https://www.theverge.com/2024/8/13/24219520/stability-midjourney-artist-lawsuit-copyright-trademark-claims-approved>>.

⁴⁷ So z.B. Statement des Société Suisse des Auteurs (SSA): Künstliche Intelligenz und Urheberrecht: was sind die Herausforderungen? vom 7. Dezember 2023, abrufbar unter <<https://ssa.ch/de/kuenstliche-intelligenz-und-urheberrecht-was-sind-die-herausforderungen>>; The New York Times Company v. Microsoft Corporation, 1:23-cv-11195 (S.D.N.Y.), 1 ff.

überschwemmen den Markt mit neuen Produkten. GenAI macht sich für die Gesellschaft unentbehrlich.⁴⁸ Angesichts des fehlenden Normmaterials und des externen Drucks, stehen Gerichte unter Zugzwang. Richter:innen stehen unter Druck, sozialadäquate Verfahrensausgänge anzustreben. Sie haben zu diesem Zwecke gesamtgesellschaftliche Interessensabwägungen vorzunehmen und eigenständig Recht zu schaffen, wo ihnen der Gesetzgeber keine passenden Rechtsnormen zur Verfügung stellt. Blickt man auf vergangene Urheberrechtsentscheide im Zusammenhang mit neuen Technologien zurück, wird jedoch klar, dass das richterliche Streben nach sozialadäquaten Entscheiden auf Kosten ihrer Normgebundenheit kein neues Phänomen darstellt.

III. Soziale Adäquanz und gesellschaftliche Folgenabwägung statt Gesetz: Die Urteile Vorschaubilder I – III des BGH

A. Das Suchmaschinenprivileg in den Urteilen Vorschaubilder des BGH

Die Einordnung und Möglichkeit des Richterrechts ist eine grundlegende Frage der Rechtstheorie, die in verschiedenen Zusammenhängen diskutiert wird.⁴⁹ Konkret stellte sich diese Frage auch an der Schnittstelle von Urheberrecht und Innovation in drei Urteilen, die als *Vorschaubilder I – III* Bekanntheit erlangten und das sogenannte Suchmaschinenprivileg hervorbrachten. Der deutsche Bundesgerichtshof hatte zwischen 2010 und 2017 die Frage zu bewältigen, ob Suchmaschinen wie Google berechtigt sind, urheberrechtlich geschützte Werke als Vorschaubilder (*thumbnails*) in ihrer Bildersuche anzuzeigen.

Im ersten Urteil vom 29. April 2010 gelangte eine Künstlerin an den BGH und rügte, dass Google Abbildungen ihrer Werke ohne ihre ausdrückliche Einwilligung als Vorschaubilder in der Bildersuche angezeigt hatte.⁵⁰ Der BGH kam in Ermangelung urheberrechtlicher Schrankenregelungen zum kreativen Entschluss,⁵¹ dass eine «schlichte Einwilligung»⁵² der Rechteinhaberin vorliegen

⁴⁸ Zum Ganzen: LIU YAN / WANG HE, Who on Earth is Using Generative AI?, Policy Research Working Paper 10870, World Bank Group 2024.

⁴⁹ So zum Beispiel: GREEN CRAIG, An Intellectual History of Judicial Activism (2009), Emory Law Journal, 58(5), 1195 ff.; HART HLA, The Concept of Law, 3. A., Oxford 2012, 96 ff.; SHAPIRO SCOTT J., Legality, Cambridge MA / London 2011, 259 ff.

⁵⁰ BGH I ZR 69/08, 29. April 2010 (*Vorschaubilder I*).

⁵¹ BGH I ZR 69/08, 29. April 2010 (*Vorschaubilder I*), 10.

⁵² BGH I ZR 69/08, 29. April 2010 (*Vorschaubilder I*), 15.

musste: Wer Inhalte ohne Einschränkungen im Internet frei zugänglich macht ohne diese gegen das Auffinden durch Suchmaschinen zu sichern, müsse mit dieser «üblichen Nutzungshandlung»⁵³ online rechnen. Damit werde dem allgemeinen Interesse an der Tätigkeit von Bildersuchmaschinen im Internet Rechnung getragen.⁵⁴ Das zu dem Zeitpunkt dem Deutschen Urheberrechtsgesetz (UrhG)⁵⁵ fremde Konzept der schlichten Einwilligung ebnete dem Suchmaschinenprivileg den Weg.

Mit dem zweiten Urteil vom 19. Oktober 2011 zementierte der BGH die schlichte Einwilligung als urheberrechtliches Argument und weitete diese aus: Erteilt die Urheberschaft, im vorliegenden Urteil ein Fotograf, einer Drittperson ohne Einschränkungen das Recht, die Abbildung eines Werkes ins Internet zu stellen, erteilt sie damit zugleich der Nutzung dieser Abbildung durch eine Bildersuchmaschine ihre Zustimmung.⁵⁶ Zu beachten blieb dennoch, dass Dritte, die ohne (schlichte) Einwilligung Inhalte ins Internet gestellt hatten, weiterhin vom Rechteinhaber belangt werden konnten.⁵⁷

Das Urteil *Vorschaubilder III* bestätigte am 21. September 2017 die Tendenz zur Privilegierung der Suchmaschinen im Lichte deren wachsender Wichtigkeit. Die Betreiberin einer Erotikseite rügte vor dem BGH, dass Inhalte ihrer Webpage, die nur gegen Entgelt und mit Eingabe eines Passworts den Kunden offenstanden, in der Bildersuche einer Suchmaschine angezeigt wurden. Gemäss Präzedenz aus *Vorschaubilder I* und *II* könne nicht von der schlichten Einwilligung ausgegangen werden, wenn Massnahmen zur Sicherung der Inhalte vor Crawlern getroffen wurden – wovon bei einem passwortgeschützten Portal ausgegangen werden könne. Hierzu stellte der BGH fest, dass trotz der Vorkehrungen und der folglich fehlenden schlichten Einwilligung der Rechteinhaberin eine vollumfängliche Unterbindung dieses automatisierten technischen Verfahrens und die Erkennung urheberrechtswidriger Anzeigen im Rahmen einer allgemeinen Kontrollpflicht der Suchmaschinenanbieterin nicht zumutbar seien.⁵⁸ Vielmehr müssten die Rechteinhaber ihre Werke selbst überwachen. Suchmaschinen seien zu exkulpieren, denn sie «gewährleisten im Interesse der Informationsgesellschaft die Funktionsfähigkeit des Internets. Ohne

⁵³ BGH I ZR 69/08, 29. April 2010 (*Vorschaubilder I*), 18.

⁵⁴ BGH I ZR 69/08, 29. April 2010 (*Vorschaubilder I*), 21.

⁵⁵ Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte vom 9. September 1965 (Urheberrechtsgesetz, UrhG, BGBl. I S. 1273).

⁵⁶ BGH I ZR 140/10, 19. Oktober 2011 (*Vorschaubilder II*), 12.

⁵⁷ BGH I ZR 140/10, 19. Oktober 2011 (*Vorschaubilder II*), 14.

⁵⁸ BGH I ZR 11/16, 21. September 2017, (*Vorschaubilder III*), 26 ff.

die Inanspruchnahme von Suchdiensten wäre die sinnvolle Nutzung der unübersehbaren Informationsfülle im Internet praktisch ausgeschlossen.»⁵⁹.

B. Kritische Würdigung der Urteile

Die gesetzlichen Schrankenbestimmungen sind in Droit d'auteur-Staaten weitgehend abschliessend geregelt, so auch in Deutschland.⁶⁰ In der Schweiz gewährt der Grundsatz der Technologieneutralität bei der Auslegung im Einzelfall mehr dogmatischen Spielraum. Dennoch zeigt die Notwendigkeit der Einführung des Artikel 24a URG für vorübergehende Vervielfältigungen die Grenzen gesetzesfremder Rechtfertigungen und den abschliessenden Charakter des Schrankenkatalogs trotz der Technologieneutralität auf.⁶¹ So überrascht Kritik an den Urteilen des BGH nicht, denn die gesetzgeberische Schrankenfestlegung ex ante ermöglicht den Gerichten prinzipiell keine Konzipierung neuer Rechtfertigungsschranken ex post.

Die Realität der Netzwerkgesellschaft drängte in *Vorschaubilder I – III* den BGH dazu, Recht zu schöpfen, wo das Gesetz keinen Spielraum erlaubte. Der Gesetzgeber hatte sich, so die Vermutung, nicht mit den urheberrechtlichen Folgen der Bildersuche im Internet auseinandergesetzt und hielt hierfür keine gesetzliche Lösung bereit. Die Erwartung, dass Suchmaschinen reibungslos im Internet zu funktionieren haben, widersprach dem geltenden Recht des UrhG. Diesen Widerspruch galt es zu lösen und das Gericht musste ex post eine sozialadäquate Lösung finden und ein Gesellschaftsinteresse fingieren. Technologische Entwicklungen, die in einer Geschwindigkeit voranschreiten, die dem Gesetzgeber kein Nachkommen erlauben, entblössen eine Paradoxie urheberrechtlicher Schrankensysteme: Wo die Schranken vom Gesetzgeber zu eng und rechtssicher gefasst sind, sehen sich Gerichte gezwungen, selbst schöpferisch tätig zu werden, was wiederum zu Rechtsunsicherheit bzw. Erwartungsunsicherheit führt.

C. Laufende Interessensabwägungen als Bestandteil des Urheberrechts

Das Urheberrecht ist konzeptionell das Produkt eines Spannungsfelds, welches sich seit seiner Entstehung aus den sozialen und wirtschaftlichen Interessenslagen von Schöpfung und Innovation im Kontext neuer Medien und

⁵⁹ BGH I ZR 11/16, 21. September 2017, (*Vorschaubilder III*), 24.

⁶⁰ MARMY-BRÄNDLI SANDRA, Die Flexibilität urheberrechtlicher Schrankensysteme, Bern 2017, 329 f.

⁶¹ MARMY-BRÄNDLI (Fn. 60), 334 ff.

Technologien herausgebildet hat.⁶² Es ist das Produkt und ein Spiegelbild der ökonomischen, politischen und kulturellen Entwicklung der Gesellschaft und muss dementsprechend regelmässig die Positionen seiner Marktteilnehmer – Schöpfer, Verwerter und Nutzer – neu verhandeln.⁶³ Die Konsequenz dieser stetigen Verhandlung ist, dass einschneidende technologische Veränderungen, die diese Positionen beeinflussen, zu einschneidenden Veränderungen des Urheberrechts führen müssen. Hielt sich der Takt disruptiver Innovation in der Vergangenheit in Grenzen, gelang es dem Gesetzgeber in zeitlicher Hinsicht, diesem Anspruch gerecht zu werden und die Gesetzesnormen den neuen technologischen Möglichkeiten anzupassen. So führte die Bundesrepublik Deutschland als Antwort auf die Proliferation privater Tonbandgeräte die Geräteabgabe ein, nachdem der BGH in seinen Entscheiden keine bestehende Urheberrechtsschranke auf die neue technische Vervielfältigungsmöglichkeit für anwendbar hielt und die Zulässigkeit privater Aufnahmen verneinen musste. Dabei konnte er sich bei der Ausarbeitung Zeit nehmen: Zwischen dem Urteil des BGH 1955⁶⁴ und der Annahme des Gesetzesentwurfs 1965 lagen zehn Jahre, stark geprägt von eingehenden Beratungen zwischen Vertretern aus Recht, Politik und Wirtschaft.⁶⁵

Parallel dazu erlangten in den USA Konsumenten dank der Entwicklung und Verbreitung der Xerox-Kopiermaschine in den 1960er Jahren die Möglichkeit, selbständig und mit geringem Aufwand Werke zu vervielfältigen. Wie bei der Geräteabgabe musste auch hier der Gesetzgeber diesen Innovationsschritt und seine potenziellen Folgen berücksichtigen, zumal die Xerox-Kopie schon seit Jahren in der Gesellschaft verbreitet war. Dies führte schliesslich zur Kodifizierung des Fair Use im Copyright Act von 1976. Während die deutsche Geräteabgabe eine ex ante Massnahme darstellte, delegierte der Copyright Act mit dem Fair Use die Einordnung neuer Technologien in eingeschränktem Ausmass an die Gerichte ex post. Das amerikanische Urheberrecht anerkannte damit das Potenzial der digitalen Revolution und die entsprechende Notwendigkeit eines flexiblen Urheberrechts, welches in den Händen der Richter:innen agiler umsetzbar sein sollte.⁶⁶

⁶² EGLOFF WILLI, *Geschichten vom Urheberrecht*, Bern 2017, 2. DOMMANN MONIKA, *Authors and Apparatus*, Ithaca 2019, 7.

⁶³ WANDTKE ARTUR-AXEL, *Urheberrecht*, Berlin 2016, 1.

⁶⁴ BGH I ZR 8/54, 18. Mai 1955.

⁶⁵ Vgl. EGLOFF (Fn. 62), 87 ff.

⁶⁶ Zum Ganzen: BREYER STEPHEN, *The Uneasy Case for Copyright: A Study of Copyright in Books, Photocopies, and Computer Programs*, Harvard Law Review, 84 1970.

Mit Anbruch des Informationszeitalters beschleunigte sich die digitale Innovationsrate exponentiell.⁶⁷ Gerade das Urheberrecht, welches sich im Spannungsfeld der Auswirkungen neuer Medien und Technologien befindet, sah sich mit einer Vielzahl von Umbrüchen konfrontiert. Neben den neuen technischen Reproduktionsmitteln erkannten Rechtsexperten schon früh im *Internet* den Katalysator eines Paradigmenwechsels, bei welchem der Zugang zu und die Verbreitung von Werken grenzenlos schienen.⁶⁸ Gerade die Innovation, die vom Urheberrecht geschützt werden sollte, und das kompetitive Marktumfeld, welches die Innovation vorantreibt, würden unter stärkeren Schrankenmassnahmen leiden, da sie nicht von den neuen Möglichkeiten profitieren könnten.⁶⁹ Es findet die Verschiebung und Verbreitung der Werknutzung in den privaten Bereich statt.⁷⁰ Zu dieser Zeit werden ausserhalb des Rechts der «mort de l'auteur» der Vorrang des Werknutzers gegenüber dem Urheber selbst proklamiert.⁷¹ Insbesondere der digitale User und die neuen Online-Plattformen brechen laufend Marktstrukturen auf, Werke werden zu *Daten*, die von Unternehmen nun in kompilierten Massen neue Wertschöpfung versprechen – so auch im Rahmen der Entwicklung von KI-Modellen.⁷²

Gesetzesrevisionen, die dem Gesetzgeber nur in mehrjährigen Abständen die Integration neuer Folgenabschätzungen im Zusammenhang mit neuen Technologien ermöglichen, haben bei der derzeitigen Innovationsrate einen schweren Stand. Geht man von *Amara's Law* aus, neigen wir dazu, die Auswirkungen neuer Technologien kurzfristig zu überschätzen und langfristig zu unterschätzen.⁷³ Ist die prospektive, folgenorientierte Rechtsetzung durch eine unberechenbare Zukunft stark erschwert, wird eine Verschiebung der Prüfung sozialer Adäquanz in den Bereich der eigentlich retrospektiven, normorientierten Rechtsanwendung notwendig. Die Steuerung gesellschaftlicher

⁶⁷ MOORE GORDON E., Cramming more components onto integrated circuits, *Electronics Magazine*, 38, 8 1965, Beobachtung, dass sich die Anzahl Transistoren auf integrierten Schaltkreisen alle zwei Jahre verdoppeln. Vgl. auch KOOMEY JONATHAN ET AL., Implications of Historical Trends in the Electrical Efficiency of Computing, *Annals of the History of Computing*, IEEE, 33, 46 ff., zur Steigerung der Rechenkapazität im Lauf der Zeit.

⁶⁸ Vgl. KAPLAN BENJAMIN, *An Unhurried View of Copyright*, New York 1967, 118 f.

⁶⁹ BREYER (Fn. 66), 348.

⁷⁰ EGLOFF (Fn. 62), 125.

⁷¹ BARTHES ROLAND, *La mort de l'auteur*, Manteia, 5 1968.

⁷² Vgl. QUINTAIS JOÃO PEDRO/DE GREGORIO GIOVANNI/MAGALHÃES JOÃO C., How platforms govern users' copyright-protected content: Exploring the power of private ordering and its implications, *Computer Law & Security Review*, 48 2023, 2 ff.

⁷³ Ratcliffe, *Oxford essential quotations*, 6. A., Oxford 2018, abrufbar unter <<http://www.oxfordreference.com>>.

Entwicklung, die Sache des Gesetzgebers ist,⁷⁴ muss sodann von Richtern vorgenommen werden.⁷⁵ Diese Tendenz ist sowohl in den Urteilen *Vorschaubilder* wie auch in der Entwicklung des Fair Use, welches, wie veranschaulicht, zu einem vagen Rechtsbehelf relegiert wurde,⁷⁶ durchaus beobachtbar. Was bedeutet diese Beobachtung für die Funktion des Rechtssystems im Kontext aufstrebender Technologien des 21. Jahrhunderts?

IV. Systemtheoretische Beschreibung und Diagnose des Urheberrechts im 21. Jahrhundert

A. Die funktionale Differenzierung sozialer Systeme als Antwort auf Komplexität

Entwicklungen der künstlichen Intelligenz tangieren nicht nur nationale Rechtsordnungen, sondern nahezu jeden Bereich der Gesellschaft des 21. Jahrhunderts in einem globalen Ausmass. Will man die komplexen Dynamiken und die disruptiven Auswirkungen neuer Technologien einbringlich verstehen, ist ein theoretisches Modell gefragt, welches diese Komplexität adäquat auflösen und beschreiben kann. In diesem Kapitel wird zunächst das systemtheoretische Modell in seinen Grundzügen ausgeführt, welches sodann zur Deskription der wahrgenommenen richterlichen Tendenz von der Normorientierung zur Prüfung sozialer Adäquanz und der gesamtgesellschaftlichen Auswirkungen ihrer Entscheide beigezogen wird. Auf die Beschreibung folgt eine Interpretation der Beobachtungen.

NIKLAS LUHMANN nimmt in seiner Theorie autopoietischer sozialer Systeme die Komplexität der Gesellschaft als oberstes Bezugsproblem seiner Analyse.⁷⁷ Er beschreibt die moderne Gesellschaft als umfassendes soziales System, geprägt von der Ausdifferenzierung einzelner Teilbereiche, sogenannter Subsysteme, die dieser Komplexität Rechnung tragen. Subsysteme unterscheiden sich nach ihrer jeweiligen Funktion für die Gesellschaft: Wirtschaft, Politik, Religion, Kunst, Wissenschaft und eben das Recht, erfüllen beispielsweise je unterschiedliche Aufgaben innerhalb des funktional differenzierten Gesellschafts-

⁷⁴ MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX/HÖFLER STEFAN, *Elemente einer Rechtssetzungslehre*, 4. A., Zürich 2024, 18 ff.

⁷⁵ MÜLLER/UHLMANN/HÖFLER (Fn. 74), 24.

⁷⁶ Siehe [ILC](#), in concreto NIMMER (Fn. 23), 281 ff.; QUANG JENNY, Does Training AI Violate Copyright Law?, *Berkeley Technology Law Journal*, 36 2021, 1415 ff. Vgl. *Authors Guild v. Google, Inc.*, 804 F.3d 202 (2d Cir. 2015).

⁷⁷ KNEER GEORG/NASSEHI ARMIN, *Niklas Luhmanns Theorie sozialer Systeme*, München 1993, 40. Vgl. auch LUHMANN NIKLAS, *Ausdifferenzierung des Rechts*, Frankfurt a.M. 1999, 283.

systems und haben sich gegenüber ihrer Umwelt verselbständigt. Systeme sind autopoietisch und operativ geschlossen. Durch Beobachtungen regeln Systeme laufend das Verhältnis zu ihrer Umwelt.⁷⁸ Dabei sind die Elemente eines sozialen Systems Kommunikationen und nicht etwa Handlungen individueller Akteure.⁷⁹ Damit Subsysteme effektiv die Komplexität der Gesellschaft reduzieren können, müssen sie selbst eine hohe Eigenkomplexität ausbilden.⁸⁰ Hierfür differenzieren sie sich intern zu weiteren Teilsystemen aus: Es findet die «Wiederholung der Systembildung in Systemen»⁸¹ statt. Die Reduktion von Komplexität ermöglicht die Erhaltung weiterer Komplexität.⁸² Demnach ist die Fähigkeit, systemintern kontinuierlich Komplexität aufzulösen, für das Fortbestehen der Autonomie des Systems geradezu entscheidend. Die operative Geschlossenheit der autopoietischen Systeme bedeutet, dass kein direkter Austausch zwischen Systemen bestehen kann. So ist es dem ausdifferenzierten Rechtssystem nicht direkt möglich, an die Logik des Wirtschaftssystems anzuknüpfen – sie operieren nicht in derselben Sprache.

Wie regeln also Systeme die Beziehungen zu ihrer Umwelt, wie reagieren sie auf Kommunikationen, sogenannte Irritationen, von aussen?⁸³ Der Begriff der strukturellen Kopplung beschreibt die notwendige, dauerhafte Verbindung eines Systems mit seiner Umwelt aufgrund externer Irritation. Strukturelle Kopplungen ermöglichen und beschränken Einflüsse aus der Umwelt auf das System.⁸⁴ Zur Veranschaulichung ein zirkuläres Beispiel: Der Vertrag, ein Rechtsinstrument, ermöglicht der Wirtschaft Transaktionen und die Bildung juristischer Personen. Es ist die wirtschaftliche Realität, aus der sich die Notwendigkeit und die Komponenten eines Vertrags ergeben; Das System der Politik wendet zur Durchsetzung seiner Macht unter anderem Lenkungssteuern und -abgaben an, Vehikel des Rechts, um Unternehmen zu regulieren; diese vollziehen anhand eines monetären (wirtschaftlichen) Effektes wiederum den Willen der Politik.⁸⁵ Die strukturelle Kopplung erlaubt uns, Interdependenzen zwischen Systemen zu beschreiben, ohne die Reproduktionsautonomie einzelner Systeme zu gefährden. Im Gegenteil: Sie ermöglicht Systemen dank der indirekten Aufnahme neuer Informationen eine Zunahme an Eigenkomplexi-

⁷⁸ LUHMANN, *Recht der Gesellschaft* (Fn. 3), 74.

⁷⁹ GRABER CHRISTOPH B., *Personalisierung im Internet, Autonomie der Politik und Service public*, i-call Working Paper, 2 2017, 12.

⁸⁰ KNEER/NASSEHI (Fn. 77), 41 f.

⁸¹ LUHMANN NIKLAS, *Soziale Systeme*, Frankfurt a.M. 1984, 37.

⁸² LUHMANN, *Ausdifferenzierung* (Fn. 77), 292.

⁸³ LUHMANN NIKLAS, *Einführung in die Systemtheorie*, 2. A., Heidelberg 2004, 118.

⁸⁴ LUHMANN, *Recht der Gesellschaft* (Fn. 3), 441.

⁸⁵ Vgl. NIKLAS LUHMANN, *Gesellschaft der Gesellschaft*, 11. A., Frankfurt a.M. 2021, 780 ff.

tät und somit auch deren systeminterne Reproduktion.⁸⁶ Digitale Medien und Technologien stellen der Gesellschaft einen Überschusssinn bereit,⁸⁷ dessen Bearbeitung nur mit Hilfe struktureller Interdependenzen möglich ist.

Im Fokus soll nun wieder das Recht stehen: Welches gesellschaftliche Problem hat zur Ausdifferenzierung des Rechtssystems geführt? Mit steigender gesellschaftlicher Komplexität ergibt sich ein temporales Problem, welches sich wie folgt ausdrückt: Womit kann, den Unmengen dynamischer Faktoren zum Trotz, zukünftig gerechnet werden? Die Gesellschaft braucht Erwartungssicherheit, denn nur so kann sie zukunftsorientiert operieren. Das laufende Verfahren *Andersen v. Stability AI* ist hierfür charakteristisch. Die Gesellschaft sucht nach Erwartungssicherheit im Umgang mit KI.

Mit der Stabilisierung normativer Erwartungen durch Regulierung ihrer zeitlichen, sachlichen und sozialen Generalisierung soll das Rechtssystem diese Sicherheit gewährleisten und Risiken minimieren. Das Recht ermöglicht es zu wissen, «mit welchen Erwartungen man sozialen Rückhalt findet, und mit welchen nicht»⁸⁸. Erwartungen, die sich ständig neuen Umständen anpassen (und damit keine Sicherheit garantieren), sind nicht als normativ, sondern als kognitiv zu bezeichnen. Sie sind das Ergebnis eines laufenden Lernprozesses. Demgegenüber zeichnen sich normative Erwartungen dadurch aus, dass auch im Enttäuschungsfall an ihnen festgehalten wird. Die *Norm* ist somit eine kontrafaktisch stabilisierte Verhaltenserwartung.⁸⁹ Rechtsnormen sind nichts anderes als ein Gefüge symbolisch generalisierter, stabilisierter Verhaltenserwartungen.⁹⁰ Es entsteht positives Recht, Gesetze werden erlassen als strukturelle Kopplung zwischen Recht und Politik. Die verschiedenen Gesetze symbolisieren das Rechtssystem und zukünftig erwartbares Handeln.⁹¹ Weiter findet der oben beschriebene Prozess der internen Differenzierung statt: Es bildet sich ein Entscheidungsapparat als Teilsystem des Rechts, das Gerichtswesen, welches die Gesetze interpretiert, auslegt und schliesslich Recht zu sprechen hat. Dabei offeriert die Rechtsdogmatik der Rechtsanwendung Entscheidungsprämissen.⁹² In diesem Rahmen wird dem Recht die Aufgabe anvertraut, Konflikte anderer gesellschaftlicher Teilsysteme nach Massgabe der systemeigenen Logik zu lösen.⁹³

⁸⁶ LUHMANN (Fn. 83), Einführung, 132 f.

⁸⁷ BAECKER DIRK, Wie verändert die Digitalisierung unser Denken und unseren Umgang mit der Welt?, in: Gläss Rainer/Leukert Bernd (Hrsg.) *Handel 4.0.*, Heidelberg 2017, 4.

⁸⁸ LUHMANN, *Recht der Gesellschaft* (Fn. 3), 131.

⁸⁹ LUHMANN, *Recht der Gesellschaft* (Fn. 3), 134.

⁹⁰ LUHMANN, *Recht der Gesellschaft* (Fn. 3), 130.

⁹¹ LUHMANN NIKLAS, Normen in soziologischer Perspektive, *Soziale Welt*, 20, 1 1969, 47.

⁹² LUHMANN NIKLAS, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, Stuttgart 1974, 44.

⁹³ AMSTUTZ MARC, Das Gesetz, in: Gauch Peter/Pichonnaz Pascal, *Figures juridiques / Rechtsfiguren*, Zürich 2003, 160 f.; LUHMANN, *Recht der Gesellschaft* (Fn. 3), 157.

B. Normative Erwartungen in der dynamischen Realität des Informationszeitalters

Die für das Rechtssystem zentralen normativen Erwartungen trifft man, insbesondere im Kontext neuer technologischer Entwicklungen, nicht nur in Form von Rechtsnormen an. Sie entstehen oftmals aus der Gesellschaft heraus, als sogenannte soziale Normen, bevor sie als Rechtsnormen stabilisiert und verallgemeinert werden. Konsumenten müssen regelmässig ihre normativen Erwartungen an neue Tech-Produkte anpassen, da mit jedem Update Nutzern neue technische Optionen ermöglicht werden.⁹⁴ Es ist die Aufgabe der Gerichte, Rechtsfragen einzuordnen, die durch solche sozialen Normen – Veränderungen in der gesellschaftlichen Realität – aufgeworfen werden.⁹⁵ Bei der Rechtsanwendung haben Gerichte durchaus auch die Folgen zu bewerten, die bei der Annahme unterschiedlicher Regeln eintreten würden.⁹⁶

Systemtheoretisch findet hier aber eine wichtige Unterscheidung statt: Der autonome, systeminterne Entscheidungsapparat, das Gericht, kann operativ nur Rechtsfolgen berücksichtigen. Wenn über die Anwendung von Normen entschieden wird, ist es unabdingbar, die Auswirkungen eines Entscheids auf andere Rechtsszenarien und bestehendes Recht zu prüfen.⁹⁷ Auch der Durchgriff in andere Subsysteme im Einzelfall, beispielsweise beim Beizug Sachverständiger, um systemexterne Fakt(or)en einzubeziehen, stellt eine typische Operation des Rechtssystems dar. Das Recht benutzt dabei Verarbeitungen anderer Subsysteme.⁹⁸ Fraglich ist allerdings, inwiefern die direkte, normunabhängige Orientierung an systemexternen Folgen, beispielsweise an den Auswirkungen eines Entscheids auf wirtschaftliche Abläufe oder soziopolitische Zielsetzungen, vorwiegend eine Operation des Rechtssystems darstellen kann.⁹⁹ Sind Gerichte mangels Gesetzesgrundlage gezwungen, sich auf grundsätzliche Weise systemextern zu orientieren, sprechen sie weniger Recht als Wirtschaft oder Politik.

Ziehen wir diesem Vorbringen die Beobachtungen aus den Verfahren *Vorschaubilder I – III* bei. Der BGH äussert explizit, dass die Gesellschaft die Inanspruchnahme von Suchmaschinen braucht, um das Internet sinnvoll nutzen

⁹⁴ Vgl. GRABER CHRISTOPH B., Copyright Insight Out: A Legal Sociologist's Perspective, in: Ullrich Hanns/Draho Peter/Ghidini Gustavo, *Kritika: Essays on Intellectual Property* Volume 6, Cheltenham 2024, 137.

⁹⁵ GRABER, Copyright Insight Out (Fn. 94), 133.

⁹⁶ LUHMANN, *Recht der Gesellschaft* (Fn. 3), 378.

⁹⁷ LUHMANN, *Recht der Gesellschaft* (Fn. 3), 380.

⁹⁸ LUHMANN, *Recht der Gesellschaft* (Fn. 3), 89 f.

⁹⁹ LUHMANN, *Ausdifferenzierung* (Fn. 77), 47 f.

zu können. Erwägungen eines Gerichts darüber, wie sich das Internet oder die Gesellschaft tatsächlich ohne Suchdienste entwickeln könnten, fassen allerdings nicht im Recht. Die Prognose des Gerichts stellt somit hier keine Prüfung von Rechtsfolgen dar und entspricht auch nicht einem untergeordneten Beizug systemexterner Fakten, vielmehr handelt es sich um gesellschaftspolitische Imagination.¹⁰⁰ Indem die abschliessenden Schranken des UrhG vom BGH in eklatanter Weise gänzlich unbeachtet blieben, kann kaum argumentiert werden, dass dies dem üblichen subsidiären Rückgriff des Rechts auf Verarbeitungen anderer Subsysteme entspricht. Diese Einsicht muss gleichermaßen auf *Andersen v. Stability AI* übertragen werden: Stützt das kalifornische Gericht seinen Entscheid überwiegend auf Erwägungen wie Abschätzungen über die wirtschaftlichen Implikationen des Entscheids für das zukünftige Geschäftsmodell von KI-Unternehmen oder auf die Wichtigkeit von GenAI für die Gesellschaft und die Position der USA im globalen KI-Wettrennen, stellt der Durchgriff in fremde Subsysteme den Kern der Operation dar. Diese Form der Folgenorientierung würde dann in erster Linie keine Operation des Rechts darstellen, da vorwiegend externe Komplexität gebraucht wurde, um den Fall zu entscheiden.

Es ist hier keine Einordnung oder Bewertung vorgesehen, ob der BGH in *Vorschaubilder* die *richtige*, sprich, sozialadäquate Entscheidung getroffen hat – schliesslich kann man gut argumentieren, dass Suchmaschinen im unübersichtlichen Internet unentbehrlich sind und ein Verbot kaum praktikabel gewesen wäre.¹⁰¹ Vielleicht konnte der BGH wirklich nur mit diesem Ausgang der Realität des Informationszeitalters gerecht werden. Orientiert sich jedoch die Rechtsanwendung nicht am Gesetz, sondern an rechtsexternen Faktoren, die den Richtern nicht geläufig und der Gesellschaft nicht a priori bekannt sind, ist Erwartungssicherheit nicht garantiert. Im Gegenteil: Unberechenbare Rechtsausgänge führen (mindestens bei einem Teil der Akteure) zu Handlungsunfähigkeit, sie wirken lähmend, wie im Falle des Abwartens auf eine urheberrechtliche Einordnung des KI-Trainings. In Konstellationen dieser Art wird deutlich, dass die Realität des positiven Urheberrechts nicht der technologischen Realität des 21. Jahrhunderts entspricht. Wie kommt es dazu und was könnte das für die Funktion des Rechts bedeuten?

Die Bedingung für die Ausdifferenzierung des Rechtssystems war die zunehmende Komplexität der Gesellschaft. Im Informationszeitalter sind charakteristische Eigenschaften dieser Komplexität gesellschaftliche Fragmentierung

¹⁰⁰ LUHMANN, *Recht der Gesellschaft* (Fn. 3), 382.

¹⁰¹ Vgl. SAG (Fn. 29), 10 f.

und ein hohes Veränderungsmoment.¹⁰² Das Urheberrecht, als Produkt und Spiegelbild der ökonomischen, politischen und kulturellen Entwicklung der Gesellschaft im Spannungsfeld neuer Medien und Technologien, kann diesem Veränderungsmoment nicht entkommen. Betrachtet man die Tendenzen aus den Fallbeispielen, in denen gesetzesfremde Erwägungen bei der Entscheidungsfindung massgebend waren, scheint es so, als würden die systeminternen Möglichkeiten des Rechts derzeit nicht ausreichen. Gerichte entscheiden mit der Logik der Wirtschaft oder der Politik. Soll das System stattdessen weiter Recht produzieren, muss es eine höhere Eigenkomplexität entwickeln, die fähig ist, diese Dynamik zu absorbieren. Versucht man das funktionale Spannungsfeld zu benennen, welches sich anhand der Fallbeispiele herauskristallisiert, entblösst sich eine Paradoxie: Die Dynamik und Schnellebigkeit neuer Technologien und ihre Effekte auf die Gesellschaft verlangen dem Recht funktional Erwartungssicherheit und Adaptabilität zugleich ab. Es besteht eine «duale Erwartungshaltung» der Gesellschaft an das Rechtssystem: Einerseits sucht die Gesellschaft im Lichte der Vielzahl technologischer Entwicklungen und Unklarheiten erst recht Sicherheit in Form normativer Erwartungen. Andererseits müssen Erwartungen lernfähig, also kognitiv sein, um den sich entfaltenden neuen gesellschaftlichen Möglichkeiten anpassen zu können und diese laufend ins bestehende Recht einzuordnen. Das Feste muss auf das Bewegliche gegründet werden.¹⁰³

C. Das Recht der Zukunft – hat die Normativität ausgedient?

Im 20. Jahrhundert forderten bahnbrechende Innovationen wie private Aufnahme- und Kopiergeräte das Urheberrecht nur unregelmässig heraus. Wie in Kapitel III ausgeführt, hatte der Gesetzgeber jeweils über mehrere Jahre Zeit, Veränderungen zu beobachten und Gesetze anzupassen. Der Entscheidungsapparat sah sich seltener gezwungen, über Sachverhaltskonstellationen und Rechtsfragen zu urteilen, die fundamental neu waren. Disruptive Innovation trat nicht nur seltener auf, ohne das Internet verbreitete sie sich deutlich langsamer. Ein starker Kontrast zum ChatGPT-Auftakt im November 2022, als GenAI prompt allgegenwärtig schien und sofort ubiquitär verfügbar war. Das Zeitproblem und die Erwartungsunsicherheit, welche zur Ausdifferenzierung des Rechtssystems führten, verschärfen sich weiter. Zunehmender Entscheidungsdruck bei zunehmender Komplexität führt zu einer Kluft zwischen positiver Rechtssicherheit und gesellschaftsadäquater Entscheidungskonsistenz.

¹⁰² Verweis auf CASTELLS (Fn. 1).

¹⁰³ LUHMANN, Ausdifferenzierung (Fn. 77), 145.

Dieses Spannungsfeld muss schliesslich von Richter:innen als letzte Bastion des Rechts überbrückt werden, denn sie repräsentieren den Entscheidungsapparat des Systems und sind gezwungen zu entscheiden – ob eine treffende Norm anwendbar ist oder nicht. Fehlt es an rechtsinternen Lösungen, haben Gerichte keine andere Wahl: Sie müssen gesetzgeberische Aufgaben übernehmen und Gesellschaftsteuerung betreiben.

Diese Überstrapazierung des Entscheidungsapparats wirkt entdifferenzierend für das Rechtssystem und das System baut seine Eigenkomplexität ab statt aus. Das Recht als autonomer Konfliktlösungsmechanismus der Gesellschaft bewährt sich nur, wenn es ihm gelingt, die Konflikte anderer gesellschaftlicher Teilsysteme nach Massgabe der eigenen Logik souverän zu lösen. Urteilt ein Gericht in der Logik des betroffenen Teilsystems, kann nur von der willenslosen Fortsetzung rechtsexterner Operationen die Rede sein – und dafür hat die Gesellschaft keinen Bedarf, denn das kann das jeweilige Teilsystem selbst.¹⁰⁴ Hätte die Wirtschaft beispielsweise das Problem des KI-Trainings systemintern abschliessend zu lösen, wäre der Ausgang klar: Jede Praxis, die profitabel ist, müsste ermöglicht werden und die Berücksichtigung der Kreativbranche wäre ökonomisch wohl vernachlässigbar. Das Recht verzichtet zwangsweise auf die systeminternen Entscheidungsprämissen seiner Dogmatik und ersetzt diese mit «folgenorientierten Scheinkriterien ausserjuristischer Provenienz und dogmatisch nicht spezifizierbaren Inhalts»¹⁰⁵.

Ohne Normen sind Gerichte, wie das Beispiel *Vorschaubilder* zeigt, gezwungen, auf Faktoren anderer Systeme zurückzugreifen. Fehlt es dem Rechtssystem an Eigenkomplexität, kann es Konflikte nicht autonom zu Ende lösen. Praktisch führt diese teilweise Entdifferenzierung in Form von Verwirtschaftlichung und/oder Politisierung des Rechts zu einer Subjektivierung der Rechtsprechung, denn die Richter, die nun als interdisziplinäre Gesellschaftskundige agieren müssen, sind exponiert und fehleranfällig,¹⁰⁶ die juristische Entscheidungsbasis tritt in die Randlage. Diese Entwicklung schadet dem öffentlichen Vertrauen in die Justiz und würde, ungebremst, die Gerichtspraxis verändern: Die Urteilsfindung im Lichte gesamtgesellschaftlicher Abwägungen entspräche nicht mehr der juristischen Entscheidungslogik. Sie könnte von Jurist:innen nicht mehr nachvollzogen werden. Prozessierende könnten sich unter solchen Umständen nicht mehr auf Präzedenz und bewährte Beweis- und Argumentationstechniken berufen.¹⁰⁷

¹⁰⁴ AMSTUTZ (Fn. 92), 161 ff.

¹⁰⁵ LUHMANN, Rechtssystem und Rechtsdogmatik (Fn. 92), 47.

¹⁰⁶ LUHMANN, Ausdifferenzierung (Fn. 77), 48.

¹⁰⁷ LUHMANN, Ausdifferenzierung (Fn. 77), 47 ff.

Im Spannungsfeld der dualen Erwartungshaltung der Gesellschaft scheint gegenwärtig die Lernfähigkeit und Anpassungsfähigkeit von Erwartungen deren Sicherheit zu überwiegen. Die Rechtssicherheit wird aufgesprengt, damit das Recht auf unmittelbare Problemstellungen reagieren kann. Folgt man dieser Interpretation, muss die Entdifferenzierungstendenz, also die Aufweichung der Subsystemgrenzen, in Form der Subjektivierung der Gerichte als Teil des Verschiebungsprozesses von normativen zu kognitiven Erwartungen verstanden werden: Das Recht ermöglicht demnach mit einer starken kognitiven Prägung die gegenseitige Adaptation aller Subsysteme aneinander.¹⁰⁸ Infolgedessen würden Gerichte mit direktem Bezug auf Wirtschaft oder Politik urteilen, da die Gesellschaft des 21. Jahrhunderts dies schlichtweg verlangt. Man müsse demnach von einer klaren Priorisierung kognitiver Erwartungen ausgehen.

Eine abweichende, in diesem Beitrag vertretene Deutung interpretiert diese Tendenz nicht als Abkehr von der Normativität des Rechts. Die Innovations- und Disruptionsgeschwindigkeit neuer Technologien nimmt zu. Dabei kann tatsächlich nicht mehr allein von normativen Erwartungen in Form von Gesetzesartikeln ausgegangen werden. Der Gesetzgebungsprozess ist zu schwerfällig, Gesetzesänderungen wirken wie ein Tropfen auf den heissen Stein. Dies wird auch durch die Entwicklung des schweizerischen Urheberrechtsgesetz veranschaulicht: Artikel 24a URG ermöglicht spezifisch das *Caching*, das Zwischenspeichern von Daten zur Ermöglichung reibungsloser Websitenutzung. Andere technische Vervielfältigungsprozesse, wie etwa im Rahmen des Trainings von GenAI, passen indes nicht unter den enggefassten Wortlaut des Artikels. Die Kadenz neuer urheberrechtsrelevanter Entwicklungen lässt neue Gesetzgebung schnell alt aussehen.

Das Urheberrecht der Zukunft braucht deshalb ein Zusammenspiel normativer und kognitiver Erwartungen.¹⁰⁹ Von einer «Dominanz von kognitiven Mechanismen»¹¹⁰ auszugehen, erweist sich dennoch als semantisch unpräzis. Die Bedingungen, unter denen sich das Rechtssystem in der Moderne ausdifferenzierte, bestehen mit grösserer Dringlichkeit im 21. Jahrhundert weiter. Erwartungssicherheit in der komplexen Gesellschaft ist gefragter als je zuvor. Das Risiko der Unsicherheit, die mit dem adaptiven kognitiven Erwartungsstil einhergeht, verschwindet nicht. Dies wirft die Frage auf, wie sich überwiegend kognitive Erwartungen ohne normative Leitlinien institutionalisieren lassen, denn nur was sich nicht ständig transformiert, kann festgehalten werden. Nor-

¹⁰⁸ VIELLECHNER LARS, The Network of Networks: Karl Heinz Ladeur's Theory of Law and Globalization, German Law Journal, 10, 4 2009, 521.

¹⁰⁹ LUHMANN NIKLAS, Die Weltgesellschaft, in: Soziologische Aufklärung 2, Wiesbaden 1991, 56.

¹¹⁰ VIELLECHNER LARS, Das Recht der Weltgesellschaft, in: Amstutz Marc/Fischer-Lescano Andreas (Hrsg.) Kritische Systemtheorie, Bielefeld 2013, 287.

mative Erwartungen sind «leichter institutionalisierbar»¹¹¹ als kognitive. Gerade strukturtragende Rechtsgrundsätze und Grundrechte verlangen deshalb Normativität, da der kognitive Erwartungsstil im Enttäuschungsfall keinen Schutz bietet. Besonders wenn die Maschinerie der technologischen Akzeleration und deren Fortschrittsverständnis in Gang gesetzt werden, muss die *Dominanz normativer Mechanismen* gesellschaftliche Erwartungen stabilisieren, bevor kontrollierte Fluidität und Lernfähigkeit möglich sind.

Die Tendenz der gerichtlichen Folgenorientierung und deren Prüfung sozialer Adäquanz läuten weder zwingend die Entdifferenzierung des Rechts noch das Primat der kognitiven Erwartungen ein. Vielmehr stellt sie erstmal eine Irritation dar: eine Anregung dafür, dass das Recht mit seiner derzeitigen Eigenkomplexität an eine Grenze stösst, die besonders im Urheberrecht, welches sich am Puls technologischer Entwicklung befindet, zutage tritt. Diese Diagnose des Rechtssystems, die in Zusammenhang mit dessen Fassung des positiven Rechts steht, gilt es zu untersuchen. Dabei werden normative Erwartungen – ob als Rechtsnormen oder als soziale Normen – eine tragende Rolle spielen. Methodisch findet hier der Übergang von der rechtssoziologischen Deskription zur rechtstheoretischen Präskription statt: Wie muss eine normative Ordnung im 21. Jahrhundert neugedacht werden, um Rechtssicherheit und Adaptabilität in der komplexen Realität des Informationszeitalters nachhaltig synthetisieren zu können?

V. Ausblick

«Man kann nicht zweimal in denselben Fluss steigen»¹¹², meinte Heraklit. Das Wasser im Fluss fließt und ändert sich, der Fluss bleibt dennoch derselbe.¹¹³

So verhält es sich auch mit dem Recht: Die Technologien des 21. Jahrhunderts verändern laufend die Gesellschaft. Das Recht, als funktionales Teilsystem dieser Gesellschaft, muss zwangsläufig auf Entwicklungen wie die Verbreitung des Internets oder die Ankunft generativer künstlicher Intelligenz im Alltag reagieren. Das Recht fließt mit der Realität mit – und dennoch bleibt es das Recht.

Wer in diesem Beitrag unmittelbare Antworten für die derzeitige Rechtsunsicherheit um das KI-Training suchte, wurde wohl enttäuscht. Schnelle dogmatische Lösungen scheinen für Fallkonstellationen wie diejenige in *Andersen*

¹¹¹ LUHMANN, Weltgesellschaft (Fn. 109), 56.

¹¹² DIELS HERMANN/KRANZ WALTHER (Hrsg.): Die Fragmente der Vorsokratiker, 6. A., Berlin 1960, DK 22B91.

¹¹³ DE GENNARO IVO, Logos – Heidegger liest Heraklit, Freiburg im Breisgau 1999, 29 (Fn. 8 dort).

v. *Stability AI* zu fehlen. Wie in den Fällen *Vorschaubilder* werden die Gerichte wohl nicht nur das Gesetz, sondern auch ihre Interpretation sozialer Adäquanz anwenden müssen, um gesellschaftsverträgliche Lösungen zu finden. Die Diagnose der gegenwärtig mangelnden Eigenkomplexität des Rechtssystems zwingt Richter:innen weiterhin dazu, rechtsexterne Erwägungen in den Gerichtssaal unverarbeitet zu importieren. Dies hat das Potenzial, die Rechtssicherheit, die Rechtspraxis sowie das Vertrauen in die Justiz als solche auf Dauer zu beschädigen.

Unser Verständnis von Rechtsordnungen, gerade im Urheberrecht als metaphorische Frontlinie des Eintritts technologischer Innovation ins Recht, muss sich der komplexen Realität des Informationszeitalters angleichen, um dieser Tendenz entgegenwirken zu können. Nun sind weder fatalistische Schwanengesänge vom Ende der Normativität noch das Beharren auf altbewährte Formen des Rechtspositivismus gewinnbringend. Der Ball liegt bei den Rechtsforschenden. Es ist an uns, die Eigenschaften dieser Realität weiter zu beobachten, zu eruieren und sodann in unsere Forschung zu integrieren, indem das Recht nicht nur inhaltlich, sondern auch strukturell hinterfragt wird. Dabei kann gerade die rechtssoziologisch informierte Rechtstheorie in diesem Prozess einen grossen Beitrag leisten: Die Rechtssoziologie ermöglicht eine Beobachtung des Rechts und der gesamten Gesellschaft von aussen. Die Beobachtungen können so bezeichnet und in einem zweiten Schritt reflexiv verarbeitet und ins Recht in Form normativer Fortbildung implementiert werden, vom *Sein* zum *Sollen*.¹¹⁴ Dafür sind kritische, interdisziplinäre Auseinandersetzungen mit dem Recht gefragt, die ein traditionelles Verständnis von Normen herausfordern. Es könnten Formen der Rechtsordnung angestrebt werden, in welchen soziale Normen, die aus der Gesellschaft heraus entstehen und die normativen Erwartungen der Gesellschaft realitätsnäher abbilden, effizienter und auf einer globalen Ebene ins Recht aufgenommen werden.¹¹⁵ Am Beispiel des Urheberrechts wäre in diesem Zusammenhang wiederum zu reevaluieren, was es überhaupt zu schützen gilt: Wie wollen wir fundamentale urheberrechtliche Konzepte wie das *Werk* und dessen *Verwendung* in der Gesellschaft des 21. Jahrhunderts, zwischen künstlicher Intelligenz und Datenökonomie, eigentlich verstehen? Innerhalb von welchen normativen Prinzipien kann das nachhaltige, adaptive Urheberrecht der Zukunft kon-

¹¹⁴ GRABER CHRISTOPH B., *Legal Sociology*, in: Thommen Marc (Hrsg.), *Introduction to Swiss Law*, 2. A., Zürich 2022, 108.

¹¹⁵ Weiterführende Literatur: TEUBNER GUNTHER, *Global Bukowina: Legal Pluralism in the World-Society*, in: *Global Law Without a State*, Brookfield 1997; GRABER, CHRISTOPH B., *Bottom-up constitutionalism: the case of net neutrality*, *Transnational Legal Theory*, 7, 4 2016; GOLIA ANGELO JR./TEUBNER GUNTHER, *Societal Constitutionalism: Background, Theory, Debates*, *ICL Journal*, 15, 4 2021; TEUBNER GUNTHER, *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*, Oxford Constitutional Theory 2012.

zipiert werden?¹¹⁶ Die kritische Reflexion, die eigentliche Aufhebung des Status quo zum Zwecke der Synthese eines fortgebildeten Rechts, mag einer Herkulesaufgabe gleichen – Nachwuchsforschende werden aber wohl noch träumen dürfen.

¹¹⁶ Weiterführende Literatur zur Normativität des Rechts und der Konzeption einer Rechtsstruktur: HART, (Fn. 49); SHAPIRO, (Fn. 49); DWORKIN RONALD, *Law's Empire*, 3. A., Cambridge MA 1998.

Recht und Realität der digitalen Identitätskonstruktion in EU-Informationssystemen

Hanna Stoll

Inhaltsübersicht

I.	Einleitung	155
II.	Konstruktion digitaler Identitäten im europäischen Migrationsrecht	157
	A. Die Informationssysteme der EU	157
	B. Opakes System statt Selbstverwaltung	163
III.	Bilden digitale Identitäten die Realität ab?	165
	A. Identitätskonstruktion durch Technologie	165
	B. Wandelbarkeit von digitalen Identitäten durch technische Erweiterungen	166
	C. Verlässlichkeit von Daten	168
IV.	Rechtliche Gefahren digitaler Identitätskonstruktion	170
	A. Ungleichbehandlung und Diskriminierung	170
	B. Rechtsunsicherheit	172
	C. Erschwerte Verfahren	175
V.	Wie kann das Recht auf diese Herausforderungen reagieren?	176

I. Einleitung

Die Digitalisierung stellt uns in vielen Bereichen vor die Frage, was Realität ist. Ist Realität stets konstruiert? Gibt es «parallele» Realitäten? Und wie wirkt die Digitalisierung auf die nicht-digitale(n) Realität(en)? Diese Fragen stellen sich auch mit Bezug auf das Recht. Besonders in der Verwaltung, die seit einigen Jahren immer stärker digitalisiert wird, stellt sich etwa die Frage, ob durch die Erhebung und Verarbeitung von Daten ein genaueres Tatsachenbild geschaffen werden kann.¹ Erkennt etwa die digitalisierte Steuerverwaltung die finanziellen Verhältnisse der Steuerzahler besser als dies vor der Digitalisierung möglich war?

¹ Siehe z.B. United Nations Department of Economic and Social Affairs, E-Government Survey 2024, Accelerating Digital Transformation for Sustainable Development. With the addendum on Artificial Intelligence, New York, 2024; KADELBACH STEFAN et al. (Hrsg.), Digitalisierung im Recht der EU, 1. A., Nomos 2023; GLASER ANDREAS, Einflüsse der Digitalisierung auf das schweizerische Verwaltungsrecht, SJZ-RSJ 8/2018, 181 ff.

Im Bereich der Migrationsverwaltung in der EU – und aufgrund der Schengen-/Dublin-Assoziierung auch in der Schweiz – zeigt sich seit vielen Jahren eine grosse Bereitschaft, digitalisierte Systeme zu entwickeln und zu nutzen.² Dies in der Hoffnung, Verfahren effizienter zu gestalten, Migration zu steuern und irreguläre Migration zu verhindern sowie mehr Sicherheit im Schengen-Raum schaffen zu können.³ Eines der ambitioniertesten Projekte im Rahmen dieser Bemühungen ist die Schaffung und Erneuerung von sechs EU-Informationssystemen, die migrations- und sicherheitsbezogene Daten speichern und verarbeiten. Drei dieser Informationssysteme laufen bereits, drei weitere werden dazukommen.⁴ Diese Informationssysteme sollen biografische und, bis auf eines, biometrische Daten von allen Reisenden, arbeits- oder fluchtsuchenden Personen, die den Schengen-Raum betreten wollen, erfassen.⁵ Damit werden digitale Identitäten von Millionen von Menschen erstellt und teilweise über Jahre gespeichert und weiterverarbeitet. Hinzu kommt, dass die sechs Systeme interoperabel sein sollen. Das heisst, dass gewisse Daten aller Systeme zentral gespeichert und verarbeitet werden, und Datenabfragen und -abgleiche über mehrere oder alle Systeme hinweg möglich sein sollen.⁶ Die so geschaffene, digitale Realität soll Migrationsbewegungen nach

² Siehe z.B. GLOUFTSIOS GEORGIOS/SHEEL STEPHAN, An Inquiry into the Digitisation of Border and Migration Management: Performativity, Contestation and Heterogeneous Engineering, *Third World Quarterly* 42 (1) 2020, S. 123 ff.; Für einen Überblick über die Entstehung der EU-Informationssysteme siehe: VAVOULA NIOVI, *Immigration and Privacy in the Law of the European Union. The Case of Information Systems*, Brill 2022.

³ Vgl. Europäische Kommission, Fragen und Antworten, Erläuterungen zum Migrations- und Asylpaket, Brüssel, 14. Mai 2024, <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/qanda_24_1865>; Europäische Kommission, Brüssel den 13.6.2018, COM(2018) 480 final, 2017/0352 (COD), Geänderter Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Errichtung eines Rahmens für die Interoperabilität zwischen EU-Informationssystemen, Brüssel den 13.6.2018, COM(2018) 480 final, 2017/0352 (COD).

⁴ DUMBRAVA COSTICA, Briefing June 2017, European Parliamentary Research Service, Members' Research Service ENPE 607.256, *Interoperability of European information systems for border management and security*; siehe auch: VAVOULA NIOVI, *Digitalising the EU migration and asylum policy: a case study on information systems*, in: Tsourdi Evangelia/De Bruycker Philippe (Hrsg.), *Research Handbook on EU Migration and Asylum Law*, Elgar online 2020, 114 ff.

⁵ Vgl. JONES CHRIS, *Data Protection, Immigration Enforcement and Fundamental Rights: What the EU's Regulations on Interoperability Mean for People with Irregular Status*, Picum & Statewatch 2019.

⁶ Siehe Verordnung (EU) 2019/817 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2019 zur Errichtung eines Rahmens für die Interoperabilität zwischen EU-Informationssystemen in den Bereichen Grenzen und Visa und zur Änderung der Verordnungen (EG) Nr. 767/2008, (EU) 2016/399, (EU) 2017/2226, (EU) 2018/1240, (EU) 2018/1726 und (EU) 2018/1861 des Europäischen Parlaments und des Rates, der Entscheidung 2004/512/EG des Rates und des Beschlusses 2008/633/JI des Rates, ABI L 135/27 vom 22.5.2019; Verordnung (EU) 2019/818 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2019 zur

und innerhalb Europas abbilden; die digitalen Identitäten sollen Aufschluss über den Hintergrund und die Motive der Reisenden geben und Schlüsse über das Gefahrenpotenzial der Ankömmlinge zulassen.

Ein solches System birgt offenkundig rechtliche Chancen und Gefahren.⁷ Dieser Aufsatz beleuchtet einige der potenziellen Gefahren dieser Art der Identitätsverwaltung aus der Perspektive «Recht und Realität». Es wird untersucht, wie Identitäten in den EU-Informationssystemen konstruiert werden, welche Daten erhoben und verarbeitet werden und welchen Konzepten bei der Entwicklung der Informationssysteme gefolgt wurde. Danach wird erörtert, wie und wo allenfalls Abweichungen der digitalen von der «sachlichen» Realität entstehen können, um in einem nächsten Schritt aufzuzeigen, welche rechtlichen Konsequenzen und Gefahren sich daraus ergeben können. Im Schlussteil wird schliesslich adressiert, wie das Recht auf diese neuen Herausforderungen reagieren kann.

II. Konstruktion digitaler Identitäten im europäischen Migrationsrecht

A. Die Informationssysteme der EU

Wie einleitend erwähnt, sind drei der sechs EU-Informationssysteme bereits operabel und werden auch in der Schweiz genutzt. Dazu gehören das Schen-

Errichtung eines Rahmens für die Interoperabilität zwischen EU-Informationssystemen (polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit, Asyl und Migration) und zur Änderung der Verordnungen (EU) 2018/1726, (EU) 2018/1862 und (EU) 2019/816, ABI L 135 vom 22. Mai 2019; DUMBRAVA COSTICA, Briefing June 2017.

⁷ Verordnung (EU) 2019/817 und Verordnung (EU) 2019/818; DUMBRAVA COSTICA, Briefing June 2017; Über Ziele und Chancen wird auch in den Erwägungen der jeweiligen Verordnungen geschrieben; Für mehr zu den Gefahren über diesen Artikel hinaus siehe: Europäischer Datenschutzbeauftragter, Formelle Bemerkungen des EDSB zum Entwurf einer Durchführungsverordnung der Kommission über Anforderungen an die Interoperabilität der Energiedienstleistungen und diskriminierungsfreier, transparenter Verfahren für den Zugang zu Mess- und Verbrauchsdaten, Brüssel, den 24. August 2022; Europäischer Datenschutzbeauftragter, Opinion 1/2023 on the Proposal for an Interoperable Europe Act, 13. Januar 2023.

gen Informationssystem (SIS II)⁸, das Visa Informationssystem (VIS)⁹ und Eurodac.¹⁰

Das SIS II wird als die grösste Strafverfolgungsdatenbank der Welt bezeichnet.¹¹ Zuletzt wurde es 2023 durch Änderungen, die in den letzten Jahren verabschiedet wurden, ausgebaut.¹² Das SIS II enthält Millionen sogenannter

⁸ Verordnung (EU) 2018/1860 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. November 2018 über die Nutzung des Schengener Informationssystems für die Rückkehr illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger, ABl L 312/1 vom 7. Dezember 2018; Verordnung (Eu) 2018/1861 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. November 2018 über die Einrichtung, den Betrieb und die Nutzung des Schengener Informationssystems (SIS) im Bereich der Grenzkontrollen, zur Änderung des Übereinkommens zur Durchführung des Übereinkommens von Schengen und zur Änderung und Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1987/2006, ABl L 312/1 vom 7. Dezember 2018, Verordnung (EU) 2018/1862 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. November 2018 über die Einrichtung, den Betrieb und die Nutzung des Schengener Informationssystems (SIS) im Bereich der polizeilichen Zusammenarbeit und der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen, zur Änderung und Aufhebung des Beschlusses 2007/533/JI des Rates und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1986/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates und des Beschlusses 2010/261/EU der Kommission, ABl L 312/1 vom 7. Dezember 2018; siehe dazu: Europäische Union, Ein gestärktes Schengener Informationssystem <<https://eur-lex.europa.eu/DE/legal-content/summary/a-strengthened-schengen-information-system.html>>.

⁹ Verordnung (EG) Nr. 767/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. Juli 2008 über das Visa-Informationssystem (VIS) und den Datenaustausch zwischen den Mitgliedstaaten über Visa für einen kurzfristigen Aufenthalt (VIS-Verordnung), ABl L 218/60 vom 13. August 2008; siehe dazu: Europäische Kommission, Visa Information System (VIS) <https://home-affairs.ec.europa.eu/policies/schengen-borders-and-visa/visa-information-system_en>.

¹⁰ Verordnung (EU) Nr. 603/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 über die Einrichtung von Eurodac für den Abgleich von Fingerabdruckdaten zum Zwecke der effektiven Anwendung der Verordnung (EU) Nr. 604/2013 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen in einem Mitgliedstaat gestellten Antrags auf internationalen Schutz zuständig ist und über der Gefahrenabwehr und Strafverfolgung dienende Anträge der Gefahrenabwehr- und Strafverfolgungsbehörden der Mitgliedstaaten und Eurodops auf den Abgleich mit Eurodac-Daten sowie zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 1077/2011 zur Errichtung einer Europäischen Agentur für das Betriebsmanagement von IT-Grosssystemen im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts (Neufassung), ABl L 180/1 vom 29. Juni 2013; siehe dazu: Europäische Union, Eurodac: Europäisches System für den Abgleich der Fingerabdruckdaten von Asylbewerbern <<https://eur-lex.europa.eu/DE/legal-content/summary/eurodac-european-system-for-the-comparison-of-fingerprints-of-asylum-applicants-until-2026.html>>.

¹¹ JONES CHRIS, Data Protection, Immigration Enforcement and Fundamental Rights: What the EU's Regulations on Interoperability Mean for People with Irregular Status, Picum & Statewatch 2019, S. 47.

¹² Verordnung (EU) 2018/1860; Verordnung (EU) 2018/1861; Verordnung (EU) 2018/1862; und die dazu verabschiedeten Erweiterungen in Verordnung (EU) 2019/817 und Verordnung (EU) 2019/818; Verordnung (EU) 2021/1150 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. Juli 2021 zur Änderung der Verordnungen (EU) 2018/1862 und (EU) 2019/818 hinsicht-

«alerts», d.h. Ausschreibungen u.A. zu vermissten und gestohlenen Gegenständen, gesuchten oder vermissten Personen, Personen, die einer verdeckten Überwachung und Kontrolle unterliegen, oder Personen, denen die Einreise in den Schengen-Raum untersagt ist.¹³ Das Informationssystem enthält biografische Daten wie Name(n), Geburtsdatum, Geschlecht sowie eine Bezugnahme auf die Entscheidung, die der Ausschreibung zugrunde liegt, und die zu ergreifende Massnahme.¹⁴ Es werden aber auch biometrische Daten, wie Licht- und Gesichtsbilder, Finger- und Handflächenabdrücke, Finger- und Handflächenabdruckspuren, sowie unter gewissen Umständen DNA-Profile erfasst.¹⁵ Zugriff auf das SIS II haben in erster Linie polizeiliche, Asyl- und Migrationsbehörden.¹⁶ Doch auch EU Agenturen, wie Europol, Eurojust und Frontex, können unter gewissen Umständen Daten abfragen.¹⁷

Im VIS werden Informationen über alle Anträge auf Schengen-Kurzzeitvisa gespeichert.¹⁸ Mit den 2021 beschlossenen Änderungen des VIS, werden zukünftig auch Informationen für einen Antrag auf längerfristigen Aufenthalt erfasst.¹⁹ Dies, um zu prüfen, ob die Voraussetzungen für die Einreise und

lich der Festlegung der Bedingungen für den Zugang zu anderen EU-Informationssystemen für die Zwecke des Europäischen Reiseinformations- und -genehmigungssystems, ABl L 249/1 vom 14. Juli 2021; Verordnung (EU) 2021/1152 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. Juli 2021 zur Änderung der Verordnungen (EG) Nr. 767/2008, (EU) 2017/2226, (EU) 2018/1240, (EU) 2018/1860, (EU) 2018/1861 und (EU) 2019/817 hinsichtlich der Festlegung der Bedingungen für den Zugang zu anderen EU-Informationssystemen für die Zwecke des Europäischen Reiseinformations- und -genehmigungssystems, ABl L 249/15 vom 14. Juli 2021 und Verordnung (EU) 2022/1190 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. Juli 2022 zur Änderung der Verordnung (EU) 2018/1862 in Bezug auf die Eingabe von Informationsausschreibungen zu Drittstaatsangehörigen im Interesse der Union in das Schengener Informationssystem (SIS), ABl L 185/1 vom 12. Juli 2022. Besonders letztere Verordnung (EU) 2022/1190 hat eine nochmalige Ausweitung der im SIS erfassten Personen mit sich gebracht.

¹³ Siehe Verordnung (EU) 2018/1860; Verordnung (EU) 2018/1861; Verordnung (EU) 2018/1862.

¹⁴ Siehe Art. 4 Verordnung (EU) 2018/1860; Art. 20 Verordnung (EU) 2018/1862; Für einen Überblick, siehe auch: Europäische Kommission, Ausschreibungen und Daten im SIS <https://home-affairs.ec.europa.eu/policies/schengen-borders-and-visa/schengen-information-system/alerts-and-data-sis_de>.

¹⁵ Art. 4 Verordnung (EU) 2018/1860; Art. 20, 47 Verordnung (EU) 2018/1861; Art. 20 Verordnung (EU) 2018/1862.

¹⁶ Siehe Verordnung (EU) 2018/1860; Verordnung (EU) 2018/1861; Verordnung (EU) 2018/1862.

¹⁷ Art. 17 Verordnung (EU) 2018/1860; Art. 35 Verordnung (EU) 2018/1861; Art. 48 ff. Verordnung (EU) 2018/1862.

¹⁸ Art. 1 Verordnung (EG) Nr. 767/2008.

¹⁹ Art. 1 Verordnung (EU) 2021/1134 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. Juli 2021 zur Änderung der Verordnungen (EG) Nr. 767/2008, (EG) Nr. 810/2009, (EU) 2016/399, (EU) 2017/2226, (EU) 2018/1240, (EU) 2018/1860, (EU) 2018/1861, (EU) 2019/817 und (EU) 2019/1896 des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Entscheidung 2004/512/EG und des Beschlusses 2008/633/JI des Rates zur Reform des Visa-In-

den Aufenthalt in einem Mitgliedstaat erfüllt sind.²⁰ Das VIS speichert biografische Daten, Fotos, Fingerabdrücke und Verknüpfungen zu anderen Visaanträgen von allen Antragstellern ab 12 Jahren.²¹ Die Hauptnutzer des VIS sind die nationalen Behörden, die für Visumsanträge zuständig sind und die Grenzkontrollbehörden; unter gewissen Voraussetzungen können aber auch Europol²² und unter den neuen Regelungen nationale Strafverfolgungsbehörden²³ Zugang haben.

Auch Eurodac, das dritte bereits operable EU-Informationssystem, wird derzeit ausgebaut. Heute werden in Eurodac primär das Geschlecht und die Fingerabdrücke von Asylsuchenden und gewisse Kategorien von irregulären Migrant*Innen erfasst.²⁴ Die Erfassung und der Vergleich von Fingerabdrücken ermöglicht es den nationalen Behörden festzustellen, welcher Mitgliedstaat für die Bearbeitung eines Asylantrags zuständig ist.²⁵ Mit Beschluss des EU-Asylpaktes im Mai 2024 wurde eine neue Eurodac Verordnung in Kraft gesetzt, welche die Erfassung von einem ausführlichen Katalog biografischer Daten, Passkopien, Fingerabdrücken und Gesichtsbildern, sowie Einträge zu gewissen Verfahrensschritten und potenziell gefährlichen Personen vorsieht.²⁶ Daten werden von allen Asylsuchenden, etwa auch solche in einem Resettlement-Verfahren, sowie allen irregulären MigrantInnen, ab einem Alter von 6 Jahren abgenommen.²⁷ Zudem werden die Zugangsrechte für nationale Strafverfolgungsbehörden und Europol ausgebaut.²⁸

formationssystem, ABl L 248/11 vom 13. Juli 2021; das Informationssystem wird zudem interoperable gemacht. Siehe dazu Verordnung (EU) 2021/1133 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. Juli 2021 zur Änderung der Verordnungen (EU) Nr. 603/2013, (EU) 2016/794, (EU) 2018/1862, (EU) 2019/816 und (EU) 2019/818 hinsichtlich der Festlegung der Voraussetzungen für den Zugang zu anderen Informationssystemen der EU für Zwecke des Visa-Informationssystems, ABl L 248/1 vom 13. Juli 2021.

²⁰ Art. 20 Verordnung (EG) 767/2008; Art. 1 Verordnungen (EU) 2021/1134.

²¹ Art. 5 Verordnung (EG) 767/2008; siehe auch: Verordnung (EG) Nr. 810/2009.

²² Beschluss 2008/633/JI des Rates vom 23. Juni 2008 über den Zugang der benannten Behörden der Mitgliedstaaten und von Europol zum Visa-Informationssystem (VIS) für Datenabfragen zum Zwecke der Verhütung, Aufdeckung und Ermittlung terroristischer und sonstiger schwerwiegender Straftaten.

²³ Art. 3 Verordnung (EG) 767/2008.

²⁴ Art. 11 Verordnung (EU) Nr. 603/2013.

²⁵ Erwägung 1 Verordnung (EU) 603/2013; Erwägung 29 und Art. 7 ff. Verordnung (EU) 604/2013.

²⁶ Art. 17 Verordnung (EU) 2024/1358.

²⁷ Siehe: Verordnung (EU) 2024/1358.

²⁸ Damit wurde Eurodac zu einem umfassenden Informationssystem, das «erweiterten Migrations- und Sicherheitszwecken» dient ausgebaut, siehe: Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über die Einrichtung von Eurodac für den Abgleich von Fingerabdruckdaten zum Zwecke der effektiven Anwendung der [Verordnung (EU) Nr. 604/2013 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mit-

Wie erwähnt kommen zu diesen bereits laufenden Informationssystemen, weitere hinzu. Als erstes soll das Einreise-/Ausreisensystem (EES) operabel werden – wobei die Inbetriebnahme bereits mehrfach verschoben wurde.²⁹ Der zuletzt geplante Start im November 2024 wurde wiederum auf 2025 verschoben.³⁰ Das EES wird zur Überwachung grenzüberschreitender Bewegungen im Schengen-Raum und zur automatischen Berechnung der zulässigen Aufenthaltsdauer gewisser Personen eingesetzt.³¹ Das System wird automatisch Listen von Personen erstellen und an die zuständigen nationalen Behörden übermitteln, die ihr Visum überzogen haben, so dass diese «geeignete Massnahmen» treffen können.³² Das EES soll auch die Automatisierung der Grenzkontrollen durch die Speicherung biometrischer Daten und den Einsatz von «E-Gates» an den Grenzübergängen erleichtern.³³ EES-Dateien enthalten ein Gesichtsbild, vier Fingerabdrücke (von visumbefreiten Reisenden; von visumpflichtigen Reisende wurde bereits ein Scan von zehn Fingerabdrücken während des Visumsverfahrens abgenommen) und biografische Daten, wie Name(n), Geburtsdatum, Staatsangehörigkeit sowie

gliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen in einem Mitgliedstaat gestellten Antrags auf internationalen Schutz zuständig ist], für die Feststellung der Identität illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger oder Staatenloser und über der Gefahrenabwehr und Strafverfolgung dienende Anträge der Gefahrenabwehr- und Strafverfolgungsbehörden der Mitgliedstaaten und Europol auf den Abgleich mit Eurodac-Daten (Neufassung)Brüssel den 4.5.2016, COM(2016) 272 final, 2016/0132(COD); auf die Ausweitung und mögliche Gefahren der Systemausweitung wurde bereits in Erwägung 13 Erwägung 1 Verordnung (EU) 603/2013 hingewiesen; siehe auch: Vavoula Niovi, Transforming Eurodac from 2016 to the New Pact. From the Dublin System's Sidekick to a Database in Support of EU Policies on Asylum, Resettlement and Irregular Migration, Ecre Working Paper 13, 2020.

²⁹ GRAUE OLIVER, Verschiebt die EU ihr Einreise-System EES erneut? fwv vom 20. September 2024, <<https://www.fvw.de/touristik/destination/probleme-in-drei-laendern-verschiebt-die-eu-ihre-einreise-system-etias-erneut-246442>>.

³⁰ Schengen Visum Info, Das Einreise-Ausreise-System (EES) verzögert sich erneut, 24. Juli 2024, <<https://schengenvisum.info/de/entry-exit-system-ees-opnieuw-vertraagd/>>; European Union, New requirements to travel to Europe, <https://travel-europe.europa.eu/ees_en>.

³¹ Erwägungen 11 und 12 Verordnung (EU) 2017/2226 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. November 2017 über ein Einreise-/Ausreisensystem (EES) zur Erfassung der Ein- und Ausreisedaten sowie der Einreiseverweigerungsdaten von Drittstaatsangehörigen an den Aussengrenzen der Mitgliedstaaten und zur Festlegung der Bedingungen für den Zugang zum EES zu Gefahrenabwehr- und Strafverfolgungszwecken und zur Änderung des Übereinkommens zur Durchführung des Übereinkommens von Schengen sowie der Verordnungen (EG) Nr. 767/2008 und (EU) Nr. 1077/2011, ABl L 327/20 vom 9. Dezember 2017.

³² Art. 12 Abs. 3 Verordnung (EU) 2017/2226; Das manuelle Abstempeln der Pässe wird durch individuelle Dateien in einer Datenbank ersetzt (Erwägung 7 Verordnung (EU) 2017/2226).

³³ Erwägung 32, Art. 6(1) lit. e, Art. 3(1) Nr. 29, Art. 15(7) Verordnung (EU) 2017/2226 und Art. 2 Nr. 24 Verordnung (EU) 2016/399 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. März 2016 über einen Gemeinschaftskodex für das Überschreiten der Grenzen durch Personen (Schengener Grenzkodex) (kodifizierter Text), ABl L 77/1 vom 23. März 2016.

Informationen über Reisedokumente.³⁴ Datensätze sind mit Angaben zu jeder Ein- und Ausreise in den und aus dem Schengen-Raum versehen.³⁵ Die im EES gespeicherten Daten werden unter bestimmten Bedingungen auch Strafverfolgungsbehörden und Frontex zugänglich sein.³⁶

Das Europäische Reiseinformations- und Genehmigungssystem (ETIAS) soll sechs Monate nach Einführung des EES zu laufen beginnen. Es gilt für Personen, die für die Einreise in den Schengen-Raum kein Visum benötigen.³⁷ Es wird verwendet, um zu prüfen, ob Personen ein Sicherheits-, Migrations- oder Gesundheitsrisiko darstellen, indem Reisegenehmigungsanträge mit EU-Informationssystemen, Europol- und Interpolaten verglichen werden.³⁸ Ausserdem werden eine «Überwachungsliste» und ein automatisiertes Profiling-System genutzt, bei dem die Daten aus dem Antragsformular einer Person mit einer Reihe von «Risikoindikatoren» verglichen werden.³⁹ Anders als bei den anderen Informationssystemen werden keine biometrischen Daten verarbeitet. Zu den vom System erfassten biografischen Daten gehören u. A. Name(n), Geburtsort und -datum sowie Angaben zu Reisedokumenten, die Vornamen der Eltern, die Wohnanschrift, die Ausbildung, der Beruf und der Mitgliedstaat des ersten geplanten Aufenthalts.⁴⁰ AntragstellerInnen müssen zudem Fragen beantworten, ob sie sich in den letzten 10 Jahren in einem bestimmten Kriegs- oder Konfliktgebiet aufgehalten haben und die Gründe für diesen Aufenthalt.⁴¹

Das Europäische Strafregisterinformationssystem für Drittstaatsangehörige (ECRIS-TCN) soll es schliesslich den Behörden eines Mitgliedstaats erleichtern, Strafregistrauszüge von Nicht-EU-Bürgern zu erhalten, die in einem anderen Mitgliedstaat verurteilt wurden.⁴² Die zentrale Datenbank wird bio-

³⁴ Art. 15-20 Verordnung (EU) 2017/2226.

³⁵ «Kapitel II – Eingabe und Verwendung von Daten durch zuständige Behörden», Verordnung (EU) 2017/2226. Dateien werden auch von Personen gespeichert, denen die Einreise verweigert wurde (Art. 18 Verordnung (EU) 2017/2226).

³⁶ Art. 63 Abs. 1 Verordnung (EU) 2017/2226.

³⁷ Art. 1 Verordnung (EU) 2018/1240 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. September 2018 über die Einrichtung eines Europäischen Reiseinformations- und -genehmigungssystems (ETIAS) und zur Änderung der Verordnungen (EU) Nr. 1077/2011, (EU) Nr. 515/2014, (EU) 2016/399, (EU) 2016/1624 und (EU) 2017/2226, ABl L 236/1 vom 19. September 2018.

³⁸ Art. 11 und 12 Verordnung (EU) 2018/1240.

³⁹ Art. 33 und 34 Verordnung (EU) 2018/1240.

⁴⁰ Art. 17 Abs. 2 Verordnung (EU) 2018/1240.

⁴¹ Art. 17 Abs. 4 lit. b Verordnung (EU) 2018/1240.

⁴² Art. 1 Verordnung (EU) 2019/816 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. April 2019 zur Einrichtung eines zentralisierten Systems für die Ermittlung der Mitgliedstaaten, in denen Informationen zu Verurteilungen von Drittstaatsangehörigen und Staatenlosen (ECRIS-TCN) vorliegen, zur Ergänzung des Europäischen Strafregisterinformationssystems und zur Änderung der Verordnung (EU) 2018/1726, ABl L 135/1 vom 22. Mai 2019.

grafische Daten, Fingerabdrücke und in bestimmten Fällen Gesichtsbilder enthalten.⁴³ Wenn eine Suche im ECRIS-TCN einen «Treffer» ergibt, wird die abfragende Behörde das bestehende ECRIS-Netz nutzen, um weitere Informationen anzufordern.⁴⁴ Die Behörden der Mitgliedstaaten können Informationen zur Verwendung in strafrechtlichen und nicht strafrechtlichen Verfahren anfordern. In Bezug auf letztere gibt es sieben mögliche Verfahren, für die Anträge gestellt werden können.⁴⁵ Auch EU-Agenturen, d.h. Europol, Eurojust und die Europäische Staatsanwaltschaft (EuStA) werden für bestimmte Zwecke Zugriff auf das ECRIS-TCN haben.⁴⁶

Hinzu kommt schliesslich, dass auf der Grundlage von zwei Verordnungen zur «Interoperabilität»⁴⁷ die Voraussetzungen für die Verlinkung dieser sechs Systeme geschaffen wurden. Dies, indem etwa ein gemeinsamer Speicher für Identitätsdaten⁴⁸ und ein gemeinsamer Speicher für biometrische Datentemplates⁴⁹ sowie ein gemeinsames Suchportal⁵⁰, via dem auf alle Datenbanken gleichzeitig zugegriffen werden kann, geschaffen werden. Auch Datenabgleiche über alle Systeme hinweg sind in Zukunft möglich.⁵¹

B. Opakes System statt Selbstverwaltung

Schaut man sich die Konstruktion der oben vorgestellten EU-Informationssysteme und die Geschichte ihrer Entstehung an, wird klar, welche Grundgedanken diesen zugrunde liegen. «Solidere und intelligentere Informationssysteme für Grenzen und Sicherheit»⁵² heisst ein Bericht, den die Europäische Kommission 2016 dem Europäischen Rat und Parlament vorlegte. Darin schlägt sie den heute verwirklichten Ausbau der EU-Informationssysteme und deren Vernetzung miteinander, die genannte Interoperabilität, vor. Die Notwendigkeit für diesen Ausbau fand die EU in der damals zunehmenden Migration und der

⁴³ Art. 5 Verordnung (EU) 2019/816.

⁴⁴ Art. 7 Verordnung (EU) 2019/816.

⁴⁵ Art. 7(1) Verordnung (EU) 2019/816.

⁴⁶ Art. 14 Verordnung (EU) 2019/816.

⁴⁷ Verordnung (EU) 2019/817 und Verordnung (EU) 2019/818.

⁴⁸ Central Identity Repository (CIR) gemäss Art. 17 ff. Verordnung (EU) 2019/817 und Verordnung (EU) 2019/818.

⁴⁹ Shared Biometric Matching Service (sBMS) gemäss Art. 12 ff. Verordnung (EU) 2019/817 und Verordnung (EU) 2019/818.

⁵⁰ European Search Portal (ESP) gemäss Art. 6 ff. Verordnung (EU) 2019/817 und Verordnung (EU) 2019/818.

⁵¹ Z.B. für die Zwecke des Multiple-Identity Detectors (MID) gemäss Art. 25 ff. Verordnung (EU) 2019/817 und Verordnung (EU) 2019/818, der im nächsten Abschnitt beschrieben wird.

⁵² Europäische Kommission, «Solidere und intelligentere Informationssysteme für das Grenzmanagement und mehr Sicherheit», 6. April 2016, COM (2016) 205 final.

abnehmenden Sicherheit. «In den letzten drei Jahren hat die EU einen Anstieg der illegalen Grenzübertritte in die EU erlebt, und die innere Sicherheit ist, wie eine Reihe von Terroranschlägen gezeigt hat, einer wachsenden und anhaltenden Bedrohung ausgesetzt».⁵³

Dieser Hintergrund spiegelt sich etwa in der zentralen Verwaltung aller Daten durch EU- und mitgliedstaatliche Behörden. Die Datensubjekte selbst haben keinen Zugriff auf die Systeme, in denen ihre Daten verarbeitet werden. Auskunft über die gespeicherten Daten wird nur auf Gesuch hin gewährt.⁵⁴ Er zeigt sich auch in den weiten Zugriffsrechten für Strafverfolgungsbehörden oder in der Verwendung von sicherheitsbezogenen Algorithmen wie den ETIAS-Überprüfungsregeln⁵⁵ oder dem Detektor für Mehrfachidentitäten,⁵⁶ einem System, das über alle Datenbanken hinweg versucht, Mehrfachidentitäten zu identifizieren. Dadurch unterscheiden sich EU-Informationssysteme von anderen europäischen Daten- und Identitätsverwaltungssystemen, die – zumindest für EU-Bürger:innen – Autonomie und Selbstverwaltung als zentral ansehen. Zeitgleich zur Entwicklung der EU-Informationssysteme, hat die EU z.B. die Voraussetzungen für eine «EU Digital Identity Wallet» geschaffen.⁵⁷ Dies ist ein Instrument, mit dem eine Person persönliche Daten sicher ablegen und selbst verwalten, d.h. etwa den Zugriff auf ihre Daten bestimmen kann. Die Europäische Kommission schreibt dazu: «Ihre persönlichen Daten erzählen die Geschichte Ihres Lebens: Sie sollten derjenige sein, der sie kontrolliert.»⁵⁸ Digitale Identitätsverwaltung zu Sicherheits- und Kontrollzwecken unterscheidet sich stark von der Verwaltung als Akt der Autonomie. Wie im Folgenden zu sehen sein wird, bringt dies gewisse rechtliche Risiken mit sich.

⁵³ Europäische Kommission, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Schaffung eines Rahmens für die Interoperabilität zwischen EU-Informationssystemen (polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit, Asyl und Migration), Brüssel 12. Dezember 2017, COM (2017) 794 final, 2017/0352(COD).

⁵⁴ Art. 25 Verordnung (EU) 2019/816; Art. 43 Verordnung (EU) 2024/1358; Art. 64 Verordnung (EU) 2018/1240; Art. 52 Verordnung (EU) 2017/2226; Art. 37 f. Verordnung (EG) Nr. 767/2008; Art. 53 Verordnung (EU) 2018/1861; Art. 67 Verordnung (EU) 2018/1862.

⁵⁵ Art. 33 Verordnung (EU) 2018/1240.

⁵⁶ Art. 25 ff. Verordnung (EU) 2019/817 und 2019/818.

⁵⁷ Siehe: Verordnung (EU) 2024/1183 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. April 2024 zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 910/2014 im Hinblick auf die Schaffung des europäischen Rahmens für eine digitale Identität, ABl Reihe L vom 30. April 2024.

⁵⁸ European Commission, «Your personal data tells your life's story: you should be the one to control it», <<https://ec.europa.eu/digital-building-blocks/sites/display/EUDIGITAL-IDENTITYWALLET/EU+Digital+Identity+Wallet+Home>>.

III. Bilden digitale Identitäten die Realität ab?

A. Identitätskonstruktion durch Technologie

Registrierungs- und Eintragungspraktiken sowie die technische Infrastruktur, die für die Aufnahme von Daten in EU-Informationssystemen vorgesehen sind, sind konstitutiv für die digitalen Identitäten. Oder anders gesagt: Durch Infrastrukturen, Praktiken und bürokratische Verfahren, werden unbekannte Bevölkerungsgruppen in «europäisch lesbare» Identitäten übersetzt.⁵⁹ Personen werden so als «Arbeitsmigrant:innen», «Tourist:innen», «Flüchtlinge» oder «potenzielle Gefahr» identifiziert. In diesem Prozess werden Subjekte zu Datenkategorien (und Verwaltungssubjekten) geformt. Er geht zudem oftmals mit der prozeduralen Unterordnung einer Kette von Akteuren einher, wie etwa medizinischen Fachpersonen, die Daten über eine bestimmte Person produzieren (müssen).⁶⁰

So produzierte Identitäten widerspiegeln häufig die Realität derjenigen Autoritäten, die diese sammeln, in casu der EU, und nicht in jedem Fall auch diejenige der Datensubjekte. Welche Personen z.B. in eine Kategorie «Familienangehörige» aufgenommen werden, entspricht in der Regel der europäischen Idee von Blutsverwandtschaft nach bestimmten Nähe-Graden. Ein Verständnis, dass Familie zwischen Personen entsteht, die gemeinsam geflüchtet oder Jahre zusammen gereist sind, zwischen weit verzweigten Verwandten oder Stammesangehörigen, wird dadurch negiert. Für die Erfassung einer realitätsnahen Identität, ist entscheidend, ob Personen die Kategorisierung und Konstituierung ihrer Identität verstehen und die Möglichkeit haben, zusätzlich Daten zu liefern, die Datenkategorien potenziell erweitern oder aufweichen.⁶¹

Die Erhebung von Identitätsdaten in EU-Informationssystemen gestaltet zudem die Art und Weise, wie Mobilität und Sicherheit in der EU gedacht und steuerbar gemacht werden, neu.⁶² Dies insbesondere durch den Ausbau der

⁵⁹ PELIZZA ANNALISA, Processing Alterity, Enacting Europe: Migrant Registration and Identification as Co-construction of Individuals and Politics, *Science, Technology, & Human Values* 45(2) 2020, S. 264.

⁶⁰ Vgl. PELIZZA, 271.

⁶¹ Vgl. PELIZZA, 277.

⁶² Siehe: DIJSTELBLOEM HUUB/BROEDERS DENNIS, Border surveillance, mobility management and the shaping of non-publics in Europe, *European Journal of Social Theory* 18(1) 2015, S. 21 ff.; BELLANOVA ROCCO/DUEZ DENIS, A different view on the 'making' of European security: The EU passenger name record system as a socio-technical assemblage, *European Foreign Affairs Review* 17(2)/1 2012, S. 109 ff.

statistischen Verwertung von individuellen Datensets.⁶³ Dies wiederum kann zurückwirken auf die Identitätskonstruktion: Zeigt etwa eine Statistik, dass z.B. plötzlich viele junge Frauen aus einem bestimmten Land in den Schengen-Raum einreisen, werden diese möglicherweise strengeren Abklärungen unterworfen.⁶⁴ Die Mobilität dieser Personenkategorie bzw. dieser Identitäten kann so eingeschränkt werden.

B. Wandelbarkeit von digitalen Identitäten durch technische Erweiterungen

Bei der digitalen Identitätskonstruktion muss das sich ständig wandelnde technische Umfeld, in dem diese Identitäten produziert werden, beachtet werden. Wie einleitend bemerkt, wurden die bestehenden EU-Informationssysteme alle in den letzten Jahren ausgebaut. Dabei wurden die Systeme nicht nur an gesellschaftliche Bedürfnisse oder technische Entwicklungen angepasst. Es wurden Möglichkeiten antizipiert und teilweise ruhende Funktionen eingebaut, die zu einem späteren Zeitpunkt aktiviert werden können.⁶⁵ Auch wurden neue Zwecke, die weit über die ursprünglichen, migrationsrechtlichen hinausgehen in den Systemen verankert.⁶⁶ Im Fachjargon wird diese Erweiterung von (meist) technischen Systemen über ihren ursprünglichen Sinn hinaus «creep» oder «function creep», d.h. schleichende Funktion, genannt.⁶⁷

⁶³ Das wird insbesondere durch das Central Repository for Reporting and Statistics (CRRS) erreicht, welches seine rechtliche Grundlage in Art. 39 Verordnung (EU) 2019/817 und 2019/818 hat. Die Aufnahme von biometrischen Daten und algorithmischen biometrischen Daten hat auch die Überwachungs- und Kontrollmöglichkeiten durch neue Möglichkeiten der Identifizierung von Personen verbessert, wie etwa DIDIER BIGO, «Interoperability: A political technology for the datafication of the field of EU internal security?», in: BIGO DIDIER, *Interoperability: A political technology for the datafication of the field of EU internal security?*, in Bigo Didier et al. (Hrsg.), *The Routledge Handbook of Critical European Studies*, London: Routledge 2021, S. 400 ff., erklärt.

⁶⁴ Gemäss Art. 62 Abs. 2 lit. b (EU) 2019/817 und Verordnung (EU) 2019/818 werden z.B. Statistiken über die Staatsangehörigkeit, Geschlecht und Geburtsjahr der Person deren Daten im CIR erfasst sind, geführt. Daraus kann sich etwa ergeben, dass plötzlich viele junge Frauen aus einem Bestimmten Land in die EU einreisen, worauf die Mitgliedstaaten ihre Praxis, z.B. bei der Vergabe von Visa oder der Prüfung von Asylanträgen anpassen.

⁶⁵ Vgl. LEESE MATTHIAS/UGOLINI VANESSA, *Politics of Creep: Latent Development, Technology Monitoring, and the Evolution of the Schengen Information System*, *European Journal of International Security* 9(3) 2024, S. 340 ff.

⁶⁶ Siehe nächste Fussnote.

⁶⁷ KOOPS BERT-JAAP, *The Concept of Function Creep*, *Law, Innovation and Technology* 13 (1) 2021. Als Beispiel für die Verwendung des Begriffs in einem juristischen Kontext kann, JENTZSCH NICOLA, *Financial Privacy: An International Comparison of Credit Reporting Systems*, Springer 2007, S. 139, genannt werden, der «purpose creep» als die Tendenz beschreibt, Informationen für immer mehr Zwecke zu verwenden – auch für solche, die nichts mit den Zwecken zu tun haben, für die die Informationen ursprünglich erhoben wurden.

Ein Beispiel dafür ist die Erfassung von Gesichtsbildern, die mittlerweile in fast allen EU-Informationssystemen vorgesehen ist.⁶⁸ Dazu ist zu bemerken, dass etwa im Zusammenhang mit Eurodac, trotz Ankündigung der EU, bislang keine Machbarkeitsstudie, die auch hätten prüfen können, ob die Nutzung von Gesichtsbildern verhältnismässig ist, in Auftrag gegeben wurde.⁶⁹ Auch beim Ausbau des SIS II haben sich vorgängige Studien nicht mit der Frage befasst, ob diese Erweiterung verhältnismässig ist, sondern die Implementierung der Technologie als gegeben angesehen.⁷⁰ In den Bestimmungen zu Gesichtsbildern werden die (noch) beschränkten Nutzungsmöglichkeiten der Gesichtserkennungstechnologie teilweise statuiert, ein weiterer Ausbau aber dennoch antizipiert und teilweise bereits vorweg die rechtliche Grundlage dafür geschaffen.⁷¹ Als Verwendungszwecke für diese Daten sind zudem teilweise

⁶⁸ Eurodac wird in Zukunft Gesichtsbilder aller Datensubjekte speichern (Art. 17 Eurodac Verordnung (EU) 2024/1358); unter den neuen SIS II Verordnungen im Bereich Rückkehr von Drittstaatenangehörigen, Grenzkontrolle, polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit können ebenfalls Gesichtsbilder abgenommen werden (Art. 4 Abs. 2 SIS Verordnung (EU) 2018/1860 und Art. 20 Abs. 2 SIS Verordnung (EU) 2018/1861, 2018/1862); im VIS werden Fotos abgelegt (Art. 5 Abs. 1 VIS Verordnung (EG) Nr. 767/2008); im EES werden Gesichtsbilder gespeichert (Art. 15 EES Verordnung (EU) 2017/2226); im ECRIS-TCN können Gesichtsbilder gespeichert werden (Art. 5 Abs. 3 und Art. 6 ECRIS-TCN Verordnung (EU) 2019/816). Nur im ETIAS werden keine Gesichtsbilder oder Fotos gespeichert.

⁶⁹ Vorschlag für eine VERORDNUNG DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES über die Einrichtung von Eurodac für den Abgleich von Fingerabdruckdaten zum Zwecke der effektiven Anwendung der [Verordnung (EU) Nr. 604/2013 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen in einem Mitgliedstaat gestellten Antrags auf internationalen Schutz zuständig ist], für die Feststellung der Identität illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger oder Staatenloser und über der Gefahrenabwehr und Strafverfolgung dienende Anträge der Gefahrenabwehr- und Strafverfolgungsbehörden der Mitgliedstaaten und Europol auf den Abgleich mit Eurodac-Daten (Neufassung), Brüssel 4.5.2016, COM(2016) 272 final, 2016/0132(COD): «Die Erfassung von Gesichtsbildern wird die Grundlage für die geplante Einführung einer Gesichtserkennungssoftware schaffen und Eurodac an die anderen Systeme (z. B. das Einreise-/Ausreisensystem) angleichen. Bevor eine solche Software in das Zentralsystem eingespielt wird, sollte eu-LISA jedoch eine Studie zum Thema Gesichtserkennungssoftware durchführen, um die Genauigkeit und Zuverlässigkeit dieser Methode zu bewerten.»

⁷⁰ Joint Research Centre, JRC science for policy report: Study on face identification technology for its implementation in the Schengen Information System, Brüssel 2019.

⁷¹ Z.B. Art. 57 Abs. 4 Eurodac Verordnung (EU) 2024/1358: Bis zum 12. Juni 2027 untersucht eu-LISA anhand einer Studie, ob es technisch möglich ist, Eurodac um eine Gesichtserkennungssoftware zu ergänzen, mit der Gesichtsbilder – auch von Minderjährigen – abgeglichen werden können. Mit der Studie sollen die Zuverlässigkeit und Genauigkeit der Ergebnisse einer solchen Software für die Zwecke von Eurodac bewertet und Empfehlungen im Hinblick auf die Einbindung der Gesichtserkennungstechnologie in Eurodac formuliert werden; oder Art. 6 Abs. 2 ECRIS-TCN Verordnung (EU) 2019/816: Der Kommission wird die Befugnis übertragen, gemäss Artikel 37 zur Ergänzung dieser Verordnung delegierte Rechtsakte über die Verwendung von Gesichtsbildern zur Identifizierung von Dritt-

sicherheitsbezogene und nicht bloss migrationsrechtliche vorgesehen.⁷² Das Phänomen des «function creep» führt also zu einem stetigen Ausbau der Verwendung und Verarbeitung von digitalen Identitäten. Damit wandelt und verändert sich auch die digitale Identität selbst.

C. Verlässlichkeit von Daten

2020 schrieb der Europäische Rat in seiner Zusammenfassung des Europäischen Datenqualitätstages mit Bezug auf SIS-Daten, dass sich gezeigt habe, dass die Qualität und der Erfassungsbereich der erhobenen Daten verbessert werden müssten.⁷³ Angeregt durch solche Berichte über fragwürdige Datenqualität in EU-Informationssystemen und entsprechende ungenaue Sicherheitsmassnahmen, untersuchten Forscher wie Daten, die in Strafverfolgungs- und Grenzkontrollsystemen auf EU-Ebene gespeichert werden, produziert, bereinigt und konsolidiert werden. Sie fanden, dass die Datenqualität in diesen Systemen von den Personen, die damit arbeiten, teilweise als stark ungenügend qualifiziert wird.⁷⁴ So gaben 14% der befragten Personen an, dass sie sehr besorgt seien, dass Daten, die in EU-Informationssysteme eingespeist würden, nicht die Realität abbilden. 19% waren zumindest teilweise besorgt.⁷⁵ Als Grund dafür wurde von jeweils 12-20% der Befragten angegeben, dass Daten unter Verletzung von semantischen Regeln erhoben würden, nicht von verlässlichen Quellen stammten, nicht aktuell seien oder Bilder und biometrische Daten keine genügende Auflösung hätten.⁷⁶

staatsangehörigen zu erlassen, um – sobald das technisch möglich ist – auf der Grundlage dieses biometrischen Identifikators festzustellen, in welchen Mitgliedstaaten Informationen über frühere Verurteilungen dieser Personen vorliegen. Bevor die Kommission diese Befugnis ausübt, bewertet sie unter Berücksichtigung der Notwendigkeit und Verhältnismässigkeit sowie der technischen Entwicklungen im Bereich der Gesichtserkennungssoftware die Verfügbarkeit und Einsatzfähigkeit der erforderlichen Technik.

⁷² Siehe Art. 32 Abs. 3 Verordnung (EU) 2024/1358: «Für Zwecke der Gefahrenabwehr und Strafverfolgung kann ein Abgleich eines Gesichtsbilds nach Artikel 28 Absatz 1 mit anderen Gesichtsbilddaten in Eurodac durchgeführt werden, [...]».

⁷³ Council of the European Union, 11825/20: European Data Quality Day – Summary of the Replies, Brüssel 11. November 2020; dazu auch: Council of the European Union, 10422/20: Questionnaire Preparing the First European Data Quality Day (EDQD), Brüssels 9. September 2020; dazu auch: European Union Agency for Fundamental Rights (FAR), Fundamental rights and the interoperability of EU information systems: borders and security, 7. Juli 2017, S. 31.

⁷⁴ Siehe LEESE MATTHIAS/MARUGG FINTAN, Data quality in European law enforcement and border control cooperation Findings from survey research, CURATE Report No. 1, Juni 2023.

⁷⁵ LEESE/MARUGG, 5.

⁷⁶ LEESE/MARUGG, 5f.

Diese Erkenntnisse sind insofern nicht erstaunlich, wenn man bedenkt, unter welchen Bedingungen gewisse Daten in EU-Informationssystemen erhoben werden. Eurodac-Daten etwa, werden auch von Asylsuchenden erhoben, die nicht das lateinische Alphabet nutzen, traumatisiert und gestresst sind. Sie werden oft in sehr schnellen Verfahren erhoben und manchmal mit ungenügender Übersetzung oder gar in Anwendung von Gewalt.⁷⁷ Im Zusammenhang mit dem EES wurde festgestellt, dass zu wenig geschultes Personal für die Abnahme von biometrischen Daten vorhanden ist.⁷⁸

Auch technische Probleme stellen immer wieder eine Herausforderung bei der Erhebung und Verarbeitung von Daten dar.⁷⁹ Der Prozess der Datenerhebung hat aufgrund von menschlichen und technischen Faktoren einen starken Einfluss auf die Datenqualität. Hinzu kommt, dass nach Abnahme der Daten, deren Qualität teilweise ungenügend geprüft wird. So gaben 36% der befragten Personen in der oben genannten Studie an, dass es in ihrer Organisation oder Behörde keinen speziellen Datenqualitätsbeauftragten oder eine andere Person gebe, die offiziell für die Datenqualität verantwortlich sei.⁸⁰

In der Praxis herrscht häufig ein sehr grosses Vertrauen in die Richtigkeit von Daten, selbst wenn Gerichte und Behörden wissen, dass Erhebungsverfahren

⁷⁷ Vgl. European Union Agency for Fundamental Rights (FRA), *Under watchful eyes: biometrics, EU IT systems and fundamental rights*, 27. März 2018, S. 31 f. und 44; European Union Agency for Fundamental Rights (FRA), *Fundamental rights implications of the obligation to provide fingerprints for Eurodac*, 22. Oktober 2015, S. 5 und 8.

⁷⁸ Questionnaire on the entry into operation of the Entry-Exit System – Preparation of border crossing points – main conclusions of the consultation Council, doc. 7087/22, LIMITE, 14. März 2022, S. 12; Statewatch, EU: Biometric borders: half the member states see «high risks» for Entry/Exit System plans, 11. April 2022 <<https://www.statewatch.org/news/2022/april/eu-biometric-borders-half-the-member-states-see-high-risks-for-entry-exit-system-plans/>>.

⁷⁹ Ganz allgemein kann es etwa zu Zuordnungsfehlern kommen, gemäss der Netzwerk Datenschutzwertung, Staatliche Identifizierung mit Fingerabdrücken und biometrischen Lichtbildern. Von der analogen Ermittlungsmethode zum globalen Personenkennzeichen, 08.03.2021, S. 7: «Bei der Identifizierung wird unterschieden zwischen dem 1:1-Vergleich und der Identifikation durch Abgleich mit einer grossen Datenbank (1:n-Vergleich). Insbesondere beim Datenbankabgleich (Matching) mit Templates, also einer codierten Darstellung, kann es zu Zuordnungsfehlern kommen. Dies kann eine fälschliche Nichtübereinstimmung (false NonMatch) oder eine fälschliche Übereinstimmung (false Match) sein. Aus unterschiedlichen Gründen lässt sich eine hundertprozentige Trefferquote in der Praxis kaum erreichen, weshalb regelmässig mit Toleranzwerten gearbeitet wird (False Acceptance Rate – FAR, False Rejection Rate – FRR)»; siehe auch Benoît Otjacques/Hitzelberger Patrik/Feltz Fernand, *Interoperability of E-Government Information Systems: Issues of Identification and Data Sharing*, Journal of Management Information Systems 23(4) 2007, S. 29 ff. und allgemeiner: KINDT ELS J., *Privacy and Data Protection Issues of Biometric Applications: A Comparative Legal Analysis*, Springer 2013.

⁸⁰ LEESE/MARUGG, 9.

und technische Prozesse zu Fehlern führen können.⁸¹ Dies kann zu einer Diskrepanz zwischen der digitalen und in der Folge auch der rechtlichen und der «sachlichen» Realität führen.

IV. Rechtliche Gefahren digitaler Identitätskonstruktion

Wie wir gesehen haben, ist die Identitätskonstruktion innerhalb der EU-Informationssysteme durch die technische Konstruktion der Datenbanken und Datenkategorien limitiert. Zudem kann sich die Art der Verwendung von Datenprofilen wandeln, d.h. die Identitätskonstruktion ist nichts Statisches – und zwar über die Veränderungen hinaus, welche sich durch den permanenten Abgleich von Datenprofilen, dem Transfer von Daten und dem Einspeisen neuer und Löschen alter Daten ergeben. Und schliesslich muss damit gerechnet werden, dass Daten in einigen Fällen mangelhaft oder fehlerhaft sind. Es stellt sich die Frage, welche rechtlichen Folgen bzw. Gefahren dadurch entstehen können.

A. Ungleichbehandlung und Diskriminierung

Die Eingliederung in Datenkategorien wie «Tourist:innen», «sich irregulär im Schengenraum aufhaltende Person» etc. bestimmt den rechtlichen Status und die Menge an Daten, die über eine Person gespeichert werden. Visumsbefreite Reisende müssen keine biometrischen Daten abgeben, Asylsuchende hingegen Fingerabdrücke, Gesichtsbilder und einen ganzen Katalog von alphanumerischen und biografischen Daten. In jedem Fall aber, werden mehr Daten von Drittstaatenangehörigen als von EU-Bürger:innen und Bürger:innen aus Schengen/Dublin-assoziierten Staaten erhoben. Gerade im Zusammenhang mit der strafrechtlichen Verwertung von Daten, wirft dies Fragen der Gleichbehandlung auf. Ein Beispiel etwa, ist die Aufnahme von Fingerabdrücken in das ECRIS-TCN. Diese beruht auf zwei Kriterien.⁸² Das erste Kriterium ist das geltende einzelstaatliche Recht, sofern es derartige Fragen regelt. Ist dies nicht der Fall, müssen die Fingerabdrücke von jeder/m Nicht-EU-Bürger:in erfasst und gespeichert werden, der oder die «zu einer Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten» oder wegen einer Straftat verurteilt wurde, die nach

⁸¹ FRA, Fundamental rights and the interoperability of EU information systems, S. 29 ff. Die Verlässlichkeit von biometrischen Daten wurde aber etwa durch den EuGH mehrfach bestätigt. Siehe dazu: Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 17. Oktober 2013 in der Rechtssache C-291/12, ECLI:EU:C:2013:670 – Michael Schwarz v Stadt Bochum; Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 21. März 2024 in der Rechtssache C-61/22 – RL v Landeshauptstadt Wiesbaden.

⁸² Art. 5 Abs. 1 lit. b Verordnung (EU) 2019/816.

nationalem Recht «mit einer Freiheitsstrafe im Höchstmass von mindestens 12 Monaten» geahndet wird.⁸³ Dieses neue Kriterium wird in vielen Mitgliedstaaten dazu führen, dass verurteilten Nicht-EU-Bürger:innen die Fingerabdrücke abgenommen werden müssen, in Fällen, in denen für EU-Bürger:innen keine solche Verpflichtung besteht.

Ein weiteres Beispiel ergibt sich aufgrund des weiten Zugriffs auf EU-Informationssysteme durch Strafverfolgungsbehörden. In den meisten EU-Mitgliedstaaten und der Schweiz kann vom Grundsatz ausgegangen werden, dass Strafverfolgungsbehörden nur dann Zugriff auf, insbesondere, biometrische Daten wie Fingerabdrücke einer Person haben, wenn diese für bestimmte Verbrechen und Vergehen vorbestraft ist und es strafrechtlich verankerte Gründe für die Entnahme und Speicherung der entsprechenden Daten gab.⁸⁴ Von Drittstaatenangehörigen hingegen werden ohne strafrechtlichen Zusammenhang biometrische Daten gesammelt und gespeichert und in gewissen Fällen den Strafverfolgungsbehörden zur Verfügung gestellt.⁸⁵

Diese Ungleichbehandlungen zwischen EU- bzw. Schweizer Bürger:innen und Drittstaatenangehörigen erscheinen nicht gerechtfertigt. Ein sachlicher Grund für den Datenzugriff, wenn dieser bei EU- bzw. Schweizer Bürger:innen nicht möglich und/oder erlaubt ist, ist nicht erkennbar. Selbst wenn sich erheben liesse, dass Drittstaatenangehörige generell und im gesamten Schen-

⁸³ Art. 5 Abs. 1 lit. b i.i. Verordnung (EU) 2019/816. Zudem werden Gesichtsbilder den Dateien in der zentralen Datenbank hinzugefügt, wenn gemäss dem «nationalen Recht des Urteilsmitgliedstaats die Aufnahme und Speicherung von Gesichtsbildern verurteilter Personen zulässig ist.» (Art. 5 Abs. 3 Verordnung (EU) 2019/816). Innerhalb der interoperablen EU-Informationssysteme heisst dies aber wiederum, dass diese für weit mehr Zwecke verwendet werden als Gesichtsbilder von verurteilten EU-Bürger:innen.

⁸⁴ Für die Schweiz siehe: Art. 8 Verordnung über die Bearbeitung biometrischer erkennungsdienstlicher Daten vom 6. Dezember 2013, gestützt auf Artikel 354 Absatz 4 des Strafgesetzbuches; für Deutschland: §§ 9, 29, 30 Gesetz über das Bundeskriminalamt und die Zusammenarbeit des Bundes und der Länder in kriminalpolizeilichen Angelegenheiten (Bundeskriminalamtgesetz – BKAG) vom 01. Juni 2017. Siehe dazu auch: Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit, Datenschutz bei der Polizei, November 2020 <https://www.bfdi.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/Flyer/DatenschutzBeiDerPolizei.pdf?__blob=publicationFile&v=14>; auf der EU-Ebene siehe Richtlinie (EU) 2016/680 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die zuständigen Behörden zum Zwecke der Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung oder Verfolgung von Straftaten oder der Strafvollstreckung sowie zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung des Rahmenbeschlusses 2008/977/JI des Rates, ABl L 119/89 vom 4. Mai 2016; siehe auch Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 21. März 2024 in der Rechtssache C-61/22, ECLI:EU:C:2024:251 – RL gegen Landeshauptstadt Wiesbaden, worin erwägt wird, dass EU-Bürger:innen Fingerabdrücke für Identitätspapiere abgeben müssen, jedoch keine Gesichtsbilder.

⁸⁵ Z.B. Art. 20 Verordnung (EU) 2019/817 und Verordnung (EU) 2019/818; oder Art. 33 f. Verordnung (EU) 2024/1358.

gen-Raum mehr Straftaten begehen, wäre diese pauschale Ungleichbehandlung einer so heterogenen und grossen Gruppe kaum als sachlich zu erachten.⁸⁶ Die Ungleichbehandlung knüpft zudem an ein verpöntes Merkmal, die Nationalität einer Person, an, weshalb sie eine Diskriminierung darstellt. Sie müsste deswegen nach Schweizer Recht qualifiziert, d.h. ernsthaft und sachlich, begründbar sein.⁸⁷ Gemäss dem EGMR liegt eine Diskriminierung vor, wenn eine objektive und vernünftige Rechtfertigung für die Ungleichbehandlung fehlt, sie kein legitimes Ziel verfolgt und/oder sie – insbesondere in Hinblick auf die Zweck-Mittel-Relation – unverhältnismässig ist.⁸⁸ Auch wenn die Strafverfolgung ein legitimes Ziel ist, erscheint die Ungleichbehandlung nicht objektiv und vernünftig gerechtfertigt und aufgrund des staken Eingriffs in die Privatheit der Betroffenen nicht verhältnismässig.

Hinzu kommt, dass durch das Vorhandensein von Daten über bestimmte Kategorien von Drittstaatenangehörigen potenziell die Aufklärungsrate von durch diese Personengruppe begangene Verbrechen und Vergehen höher ist als bei europäischen Bürger:innen. Dies wiederum kann Statistiken darüber verzerren, wie viele Verbrechen oder Vergehen von «Ausländer:innen» begangen werden.⁸⁹

B. Rechtsunsicherheit

Ruhende Funktionen und Daten, die zu einem späteren Zeitpunkt verwendet werden (können), sind sowohl für die Rechtsunterworfenen als auch aus einer rechtsstaatlichen Perspektive potenziell problematisch. Werden Gesichtsbilder von Personen in einem EU-Informationssystem gespeichert und zu einem späteren Zeitpunkt damit ein Abgleich gemacht, kann dies Auswirkungen auf den Rechtsstatus einer Person haben. Diese könnte z.B. plötzlich als Gefahr eingestuft werden, wenn der Abgleich neue sicherheitsrelevante Erkenntnisse

⁸⁶ Schaut man sich die Eurostat Statistiken zu Kriminalität und Strafverfolgung an, lässt sich dies nicht belegen, besonders nicht über alle Kategorien von Drittstaatenangehörigen und alle Straftaten hinweg. Siehe dazu <<https://ec.europa.eu/eurostat/de/web/crime/overview>>.

⁸⁷ SCHWEIZER RAINER J./FANKHAUSER KIM, in: Ehrenzeller et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar, Die schweizerische Bundesverfassung, 4. A., Zürich/St. Gallen 2023, Art. 8 Abs. 2 Rz. 59; RHINOW RENÉ A./SCHEFER MARKUS/UEBERSAX PETER, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3. erweiterte und aktualisierte A., Basel 2016, Rz. 1891; BGE 138 I 265 E. 4.3, 268 f.; BGE 131 II 393 E. 7.2 f., 406; BGE 130 I 352 E. 6.1.3, 356 f.; BGE 129 I 392 E. 3.2.3, 396 f.; BGE 123 I 152 E. 4c/cc, 163 und weitere.

⁸⁸ SCHWEIZER/FANKHAUSER (Fn. 87), Art. 8 Abs. 2 Rz. 59 Rz. 59; EGMR, Khamtokhu et Aksenchik c. Russie [GC], 60367/08 et 961/11 [2017], Rz. 64; Fabris c. France [GC], 16574/08 [2013], Rz. 56; Zeman c. Autriche, 23960/02 [2006], Rz. 32.

⁸⁹ Vgl. dazu VAVOULA, Transforming Eurodac, 20.

bringt.⁹⁰ Umgekehrt kann die zusätzliche Verwertung von Daten, wie einem Gesichtsbild, etwa bei Verwechslungen helfen, wenn z.B. Personen denselben Namen und dasselbe Geburtsdatum haben.

Aus rechtsstaatlicher Sicht löst der schleichende Ausbau von Funktionen in Informationssystemen Bedenken über die Rechtssicherheit aus. Die Vorhersehbarkeit des Rechts gilt als Kriterium für Rechtsstaatlichkeit.⁹¹ Die Venedig-Kommission schreibt dazu, dass Vorhersehbarkeit nicht nur bedeutet, dass das Gesetz nach Möglichkeit vor seiner Anwendung verkündet werden und in seinen Wirkungen vorhersehbar sein muss, sondern auch, dass es hinreichend genau und klar formuliert sein muss, damit die Rechtssubjekte ihr Verhalten danach ausrichten können.⁹² Ein schleichender Ausbau von technischen Funktionen und Daten, die zwar bereits gesammelt aber erst zu einem späteren Zeitpunkt verwendet werden, können die Rechtssicherheit gefährden.

Datensubjekte müssen wissen, dies ist ein Grundsatz des Datenschutzes in der Schweiz und der EU, für welche Zwecke ihre Daten verwendet werden.⁹³ Sie müssen wissen, wer Zugriff auf ihre Daten hat⁹⁴, und haben ein Recht darauf, vor der Datenabgabe über diese Umstände informiert zu werden.⁹⁵ Es ist fraglich, ob etwa eine allgemeine Information, dass Strafverfolgungsbehörden unter gewissen Umständen auf die in den EU-Informationssystemen gespeicherten Daten zugreifen dürfen, genügt, um alle Folgenutzungen, also auch etwa spätere Gesichtsbildabgleiche, abzudecken.

Gemäss der EU-Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) müssen die Zwecke, zu denen die personenbezogenen Daten verarbeitet werden, eindeutig und rechtmässig sein und zum Zeitpunkt ihrer Erhebung feststehen.⁹⁶ Dies ergibt sich aus

⁹⁰ Z.B. bei einem Datenabgleich von EES oder Eurodac-Daten mit Europol Daten, gemäss Art. 33 Verordnung (EU) 2017/2226 oder Art. 32 Verordnung (EU) 2024/1358 in Verbindung mit Verordnung (EU) 2016/794 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2016 über die Agentur der Europäischen Union für die Zusammenarbeit auf dem Gebiet der Strafverfolgung (Europol) und zur Ersetzung und Aufhebung der Beschlüsse 2009/371/JI, 2009/934/JI, 2009/935/JI, 2009/936/JI und 2009/968/JI des Rates, ABL L 135/53 vom 24. Mai 2016.

⁹¹ Rule of Law Checklist, adopted by the Venice Commission at its 106th Plenary Session (Venice, 11–12 March 2016), CDL-AD(2016)007-e, Rz. 58 ff.

⁹² Rule of Law Checklist, Rz. 58.

⁹³ Art. 5 Abs. 1 lit. b, Art. 6 und insbesondere Art. 13 Abs. 1 lit. c und Art. 15 Abs. 1 lit. a Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung) (Text von Bedeutung für den EWR), ABL L 119/1 vom 4. Mai 2016; Art. 6 Abs. 3, Art. 25 Abs. 2 lit. c Bundesgesetz über den Datenschutz vom 25. September 2020 (DSG, SR 235.1).

⁹⁴ Art. 13 Abs. 1 lit. e Verordnung (EU) 2016/679; Art. 19 Abs. 2 lit. c DSG.

⁹⁵ Art. 13 f. Verordnung (EU) 2016/679; Art. 19 DSG.

⁹⁶ DSGVO, Erwägung 39.

dem Prinzip der Zweckbindung, welches auch in der Schweiz als datenschutzrechtlicher Grundsatz verankert ist.⁹⁷ Trotzdem dürfen aber personenbezogene Daten für andere Zwecke als die, für die sie ursprünglich erhoben wurden, weiterverwendet werden. Dies wenn die späteren mit den ursprünglichen Zwecken vereinbar sind oder diese einem allgemeinen öffentlichen Interesse dienen und verhältnismässig sind.⁹⁸ Bei ruhenden und schleichenden Funktionen innerhalb der EU-Informationssysteme, wie der späteren Verwendung von Gesichtserkennungssoftwares, muss also zumindest das öffentliche Interesse und deren Verhältnismässigkeit geprüft und bestätigt werden.

Der EuGH hat zudem klargestellt, dass die Abgabe von Informationen zum Zeitpunkt der Datenerhebung die Verpflichtung, einer betroffenen Person Zugang zu den Informationen im Rahmen ihres Auskunftsrechts zu gewähren, nicht aufhebt.⁹⁹ Um dieses effektiv ausüben zu können, müssen die Datensubjekte aber wissen, wozu ihre Daten verwendet werden. Es erscheint deswegen aus rechtsstaatlicher Perspektive als sinnvoll, wenn erstens möglich wenig schleichende oder ruhende Funktionen in Informationssysteme eingebaut werden, und zweitens die Datensubjekte über neue Verwendungszwecke im Zeitpunkt ihrer Inbetriebnahme informiert werden, um ihre Rechte effektiv ausüben zu können. Auch die Venedig-Kommission hat das Datensammeln und die Überwachung als besondere Herausforderungen für die Rechtsstaatlichkeit identifiziert.¹⁰⁰ Sie betont auch, dass genügend rechtliche Garantien gegen Willkür und Machtmissbrauch durch öffentliche Behörden vorhanden sein müssen.¹⁰¹

⁹⁷ Art. 5 Abs. 1 lit. b DSGVO; Art. 6 Abs. 3 DSG.

⁹⁸ DSGVO, Erwägung 50: «Die Verarbeitung personenbezogener Daten für andere Zwecke als die, für die die personenbezogenen Daten ursprünglich erhoben wurden, sollte nur zulässig sein, wenn die Verarbeitung mit den Zwecken, für die die personenbezogenen Daten ursprünglich erhoben wurden, vereinbar ist. [...] Hat die betroffene Person ihre Einwilligung erteilt oder beruht die Verarbeitung auf Unionsrecht oder dem Recht der Mitgliedstaaten, was in einer demokratischen Gesellschaft eine notwendige und verhältnismässige Massnahme zum Schutz insbesondere wichtiger Ziele des allgemeinen öffentlichen Interesses darstellt, so sollte der Verantwortliche die personenbezogenen Daten ungeachtet der Vereinbarkeit der Zwecke weiterverarbeiten dürfen. In jedem Fall sollte gewährleistet sein, dass die in dieser Verordnung niedergelegten Grundsätze angewandt werden und insbesondere die betroffene Person über diese anderen Zwecke und über ihre Rechte einschliesslich des Widerspruchsrechts unterrichtet wird.»; sieh auch: Art. 6 Abs. 5 DSGVO; in der Schweizer Lehre wird ebenfalls vertreten, dass Daten für andere als die ursprünglichen Zwecke verwendet werden können, wenn dafür ein Rechtfertigungsgrund besteht, gemäss SHK zum DSG – BAERISWYL BRUNO, 2. A. 2023, Art. 6 Rz. 40 und OFK zum DSG – FANGER RETO, 2023, Art. 6 Rz. 9.

⁹⁹ In EuGH, Urteil vom 7. Mai 2009 in der Rechtssache C-553/07, ECLI:EU:C:2009:293 – RUKBOER, Rz. 69.

¹⁰⁰ Rule of Law Checklist, 52 ff.

¹⁰¹ Rule of Law Checklist, Rz. 61.

C. Erschwerte Verfahren

Gerade wenn Daten fehlerhaft oder falsch aufgenommen und in ein EU-Informationssystem eingespeist werden, müssen Datensubjekte effektive Möglichkeiten haben, diese zu berichtigen. Dazu müssen sie wissen, dass eine Berichtigung möglich ist, wie und in welchem Verfahren diese erreicht werden kann und sie müssen allenfalls Zugang zu RechtsvertreterInnen haben. Dasselbe gilt aber auch, wenn eine Person eine Diskriminierung erfährt, oder sich gegen eine bestimmte Verwendung ihrer Daten wehren möchte.

In der Praxis ist die Berichtigung von falschen oder mangelhaften Daten schwierig. Für die Unrichtigkeit der Daten trägt grundsätzlich das Datensubjekt die Beweislast,¹⁰² ohne jedoch Zugang zu den technischen und Kontrollmechanismen hinter der Datenverarbeitung zu haben. In einem Bericht der Agentur der Europäischen Union für Grundrechte berichtet ein schwedischer Anwalt: «Wir haben nur geringe Chancen, zu beweisen, dass wir Recht haben, dass ein Datenabgleich falsch ist. Wir sind in den Händen der Behörden, die über die Mittel verfügen, diese Art von Dingen zu kontrollieren. Und es ist schwierig für uns, an die Unterlagen heranzukommen und uns Gehör zu verschaffen, weil wir niemanden haben, den wir um Rat in technischen Fragen bitten können.»¹⁰³ Während sich alphanumerische Daten mit dem Beibringen von z.B. Ausweisdokumenten berichtigen lassen, ist dies bei biometrischen Daten nicht der Fall. Solche Daten können in der Praxis häufig nur durch die erneute Abnahme von biometrischen Daten berichtigt werden.¹⁰⁴ Besonders

¹⁰² Für die EU siehe: Datenschutz-Grundverordnung | Bundesdatenschutzgesetz – PEUKER PAUL, 3. A., NOMOS 2022, Art. 16 Rz. 15; DS-GVO: Datenschutz-Grundverordnung, Kommentar – KAMANN HANS-GEORG/BRAUN MARTIN, 3. A., CH Beck 2024, Art. 16–21, Rz. 21; für die Schweiz: OFK zum DSG – DAUAG APOLLO/OBRECHT LILIANE, 2023, Art. 32 Rz. 16.

¹⁰³ FRA, Fundamental rights and the interoperability of EU information systems: borders and security, S. 33.

¹⁰⁴ In den Verordnungen der EU-Informationssystem ist vorgesehen, dass ein Antrag zur Berichtigung die notwendigen Informationen zur Identifikation einer Person enthält, wobei teilweise explizit biometrische Daten verlangt werden, z.B. Art. 43 Abs. 6 Verordnung (EU) 2024/1358: «Jeder Antrag nach den Absätzen 1 und 2 auf Zugang zu personenbezogenen Daten sowie auf Berichtigung, Ergänzung, Löschung und Einschränkung der Verarbeitung dieser Daten enthält die zur Identifizierung der betroffenen Person erforderlichen Angaben einschliesslich der biometrischen Daten»; Art. 52 Abs. 6 Verordnung (EU) 2017/2226: «Jeder Antrag nach den Absätzen 1 und 2 enthält die zur Identifizierung des betroffenen Drittstaatsangehörigen notwendigen Mindestangaben. Fingerabdrücke können für diesen Zweck nur in hinreichend begründeten Fällen und bei erheblichen Zweifeln an der Identität des Antragstellers verlangt werden»; Art. 25 Abs. 6 Verordnung (EU) 2019/816: «Jeder Antrag nach Absatz 1 muss die zur Identifizierung der betroffenen Person notwendigen Informationen enthalten.».

komplex ist deswegen die Situation, wenn eine Person sich ausserhalb des Schengen-Raumes befindet.

Komplexe Berichtigungsverfahren können sich aber auch direkt auf die Verfahren zur Abnahme von biometrischen Daten auswirken. Griechische Beamte haben etwa berichtet, dass die Korrektur von Eurodac-Daten nach dem Hochladen in das System äusserst mühsam ist und die Beteiligung sowohl des griechischen Migrationsministeriums als auch des griechischen Polizeiministeriums erfordert. Um ein derartig aufwändiges Verfahren zu vermeiden, wurden die internen Verfahren umgestaltet und die Abnahme von Fingerabdrücken verschoben, um die Altersüberprüfung abzuwarten.¹⁰⁵ Die Umgestaltung von nationalen Verfahrensabläufen kann wiederum die Rechte der Datensubjekte gefährden.¹⁰⁶ Dies, obgleich der EuGH bereits 2008 festgehalten hat, dass in allen Mitgliedstaaten ein gleichwertiges Schutzniveau hinsichtlich der Rechte und Freiheiten von Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten herzustellen sei.¹⁰⁷ Innerhalb der interoperablen EU-Informationssysteme ist es zudem schwer herauszufinden, in welcher Datenbank Daten gespeichert und verarbeitet werden.¹⁰⁸ Häufig werden zudem Daten von einem Mitgliedstaat gesammelt, jedoch von einem anderen als Grundlage für einen Entscheid verwendet, was zu weiteren prozessualen Herausforderungen führen kann.¹⁰⁹

V. Wie kann das Recht auf diese Herausforderungen reagieren?

Die obige Untersuchung weist auf Gefahren hin, die sich aus der digitalen Konstruktion von Identitäten in den EU-Informationssystemen ergeben. Diese sind überblicksartig beschrieben und könnten vertieft untersucht und erwei-

¹⁰⁵ PELIZZA, 272.

¹⁰⁶ Dies ist etwa denkbar, wenn die Pflicht zur Informationsabgabe von Staaten (gemäss Art. 13 DSGVO oder im konkreten Zusammenhang mit Eurodac, gemäss Art. 42 Verordnung (EU) 2024/1358) durch mündliche Information statt der Abgabe eines Informationsblattes ausgeübt wird, und diese bei der späteren Abnahme von Fingerabdrücken nicht mehr wiederholt wird.

¹⁰⁷ EuGH, Urteil vom 16. Dezember 2008 in der Rechtssache C-524/06, ECLI:EU:C:2008:724 – Heinz Huber v. Bundesrepublik Deutschland, Rz. 50.

¹⁰⁸ FRA, Fundamental rights and the interoperability of EU information systems: borders and security, S. 33 f.

¹⁰⁹ Zum Problem von sogenannten «composite administrative procedures» siehe: VAVOULA, Transforming Eurodac 4 Fn. 8; HOFMANN HERWIG C.H., Multi-Jurisdictional Composite Procedures – The Backbone to the EU's Single Regulatory Space', University of Luxembourg Law Working Paper No. 003 2019; ELIANTONIO MARIOLINA, Judicial Review in an Integrated Administration: The Case of «Composite Procedures», Review of European Administrative Law 65 (7) 2015.

tert werden. Was dennoch deutlich wird: Die rechtliche Realität wird potenziell stark durch die digitale beeinflusst – und die Effekte davon sind nicht in jedem Fall wünschenswert. Das Recht wird in Zukunft mehr auf diese Herausforderung reagieren müssen. Dabei wird es wichtig sein, gewisse (Grund-)Rechte, denen bis anhin weniger Aufmerksamkeit geschenkt wurde als anderen, zu stärken und auszubauen. So ist etwa das Recht auf Information im Zusammenhang mit digitalen Datensammlungen von grosser Bedeutung. Auch die Rechte auf Zugang zu und Berichtigung und Löschung von Daten müssen so ausgestaltet sein, dass sie von Datensubjekten effektiv durchgesetzt werden können. Verfahren, in denen diese Ansprüche geltend gemacht werden können, müssen die spezifischen beweisrechtlichen Herausforderungen im Zusammenhang mit biometrischen und algorithmisch verarbeiteten Daten berücksichtigen. Hürden, die sich aus der länderübergreifenden Datenverarbeitung sowie den entsprechenden Zugangs- oder Berichtigungsansprüchen ergeben, müssen so abgebaut werden, dass die Durchsetzung letzterer effektiv möglich ist. Die Technik sollte das Recht nicht seinem Entwicklungstempo und Innovationshunger unterwerfen, sondern umgekehrt, das Recht der Technik gewisse Standards auferlegen – besonders in grundrechtssensiblen Bereichen. Zugleich müssen die Diskrepanzen, die sich zwischen der digitalen, der «sachlichen» und der rechtlichen Realität ergeben, im Auge behalten und dem Recht genügend Spielraum eingeräumt werden, um darauf in angemessener Weise reagieren zu können. All dies ist machbar, wird aber die weitere aufmerksame Verfolgung der Implementierung der EU-Informationssysteme verlangen.

Recht und Staat

Der mögliche Einfluss von Art. 12 Abs. 1 KIG auf die Umsetzung der Klimaziele in der Schweiz

Alexandra Glarner

Inhaltsübersicht

I.	Einleitung	181
II.	Ziele des KIG	184
III.	Ausgestaltung	185
A.	Kantonales Recht	185
1.	Bedeutung der Vorschrift	185
2.	Potenzielle Konflikte	186
3.	Durchsetzung	188
B.	Bundesrecht	189
1.	Bedeutung der Vorschrift	189
2.	Potenzielle Konflikte	190
3.	Durchsetzung	191
a.	Bundesgesetze	191
b.	Verordnungen auf Bundesebene	192
IV.	Anwendung	193
A.	Verfügungen	193
B.	Realakte	195
V.	Fazit	198

I. Einleitung

Am 18. Juni 2023 hat das Stimmvolk den indirekten Gegenvorschlag zur Gletscherinitiative – das Bundesgesetz über die Ziele im Klimaschutz, die Innovation und die Stärkung der Energiesicherheit (KIG) – angenommen.¹ Dieses ist am 1. Januar 2025 in Kraft getreten. Gemäss der Kommission für Umwelt, Raumplanung und Energie des Nationalrats präzisiert das KIG die Ziele des

¹ Bundesgesetz über die Ziele im Klimaschutz, die Innovation und die Stärkung der Energiesicherheit vom 30. September 2022 (KIG, SR 814.310).

Übereinkommens von Paris (PA)² und soll so einen Rahmen für die zukünftige Ausgestaltung der Klima- und Energiepolitik schaffen.³

Beim KIG handelt es sich um ein Rahmengesetz, welches nur wenige, zielgerichtete Massnahmen enthält, die ein Erreichen des Netto-Null-Ziels ermöglichen würden, wobei dieses Ziel erstmals in einem Bundesgesetz verankert wurde.⁴ Die Umsetzung des Gesetzes soll gemäss Art. 11 Abs. 2 KIG primär durch Anpassungen des CO₂-Gesetzes⁵ erfolgen. Auch Massnahmen in anderen Erlassen sollten jedoch zur Umsetzung der Ziele des KIG beitragen, so hält Art. 12 Abs. 1 KIG Folgendes fest:

Vorschriften anderer Bundeserlasse und kantonaler Erlasse, insbesondere in den Bereichen CO₂, Umwelt, Energie, Raumplanung, Finanz-, Land-, Wald- und Holzwirtschaft, Strassen- und Luftverkehr sowie Mineralölbesteuerung, sollen so ausgestaltet und angewendet werden, dass sie zur Erreichung der Ziele dieses Gesetzes beitragen.⁶

Die Formulierung «insbesondere» legt nahe, dass mit dieser Norm eine mit den Zielen dieses Gesetzes konforme Ausgestaltung und Anwendung der gesamten Rechtsordnung angestrebt wird.⁷ Da Bestimmungen und Rechtsanwendungsakte in verschiedenen Bereichen Konsequenzen für den Klimaschutz haben können, besteht jedoch Konfliktpotenzial zwischen dem KIG und anderen Erlassen.⁸ Ausserdem ist zu beachten, dass sich diese Gesetzesbestimmung mit der Formulierung «sollen so ausgestaltet und angewendet werden» sowohl an den Gesetzgeber als auch an die rechtsanwendenden Behör-

² Übereinkommen von Paris vom 12. Dezember 2015, für die Schweiz in Kraft getreten am 5. November 2017 (Klimaübereinkommen, SR 0.814.012).

³ Bericht der Kommission für Umwelt, Raumplanung und Energie des Nationalrates vom 25. April 2022 über den indirekten Gegenentwurf zur Gletscher-Initiative. Netto-Null-Treibhausgasemissionen bis 2050, BBl 2022 1536, 9.

⁴ BBl 2022 1536 (Fn. 3), 9 f. Die Initiative, dessen Gegenvorschlag das KIG ist, sah eine Einführung eines Verfassungsartikels (Art. 74a BV) vor, der das Ziel, die Treibhausgasemissionen bis ins Jahr 2050 auf Netto-Null abzusenken, festschrieb. Vgl. die Botschaft des Bundesrates vom 11. August 2021 zur Volksinitiative «Für ein gesundes Klima (Gletscher-Initiative)» und zum direkten Gegenentwurf (Bundesbeschluss über die Klimapolitik), BBl 2021 1972, 7.

⁵ Bundesgesetz über die Reduktion der CO₂-Emissionen vom 23. Dezember 2011 (CO₂-Gesetz, SR 641.71).

⁶ Art. 12 Abs. 1 KIG.

⁷ KNEUBÜHLER LORENZ, Klimarechtsprechung in der Schweiz: Möglichkeiten und Grenzen, ZSR 143/5 I (2024), 535 ff., 554.

⁸ Überschneidungen mit anderen Erlassen kommen im Umweltrecht häufig vor, vgl. MORELL/VALLENDER/HETTICH, in: Ehrenzeller et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar, Die schweizerische Bundesverfassung, 4. A., Zürich/St. Gallen 2023, Art. 74 BV, N 12 (zit. SGK BV-BEARBEITER/IN, Art. XX, N YY).

den richtet. Davon sind einerseits die Verwaltung im weitesten Sinn – also alle Träger:innen öffentlicher Aufgaben – und andererseits die Gerichte erfasst.⁹

Eine Verpflichtung, Normen zu erlassen und wirksam anzuwenden, die geeignet sind, die bereits bestehenden und zukünftigen Auswirkungen des Klimawandels abzumildern, ergibt sich gemäss dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) bereits aus Art. 8 EMRK.¹⁰ Der Fokus des vorliegenden Beitrags liegt jedoch nicht auf einer Analyse der staatlichen Pflichten, die sich aus den Menschenrechten ergeben, sondern zielt darauf ab, die konkrete Pflicht des Gesetzgebers und der rechtsanwendenden Behörden, die aus Art. 12 Abs. 1 KIG resultiert, genauer zu untersuchen.¹¹ Zudem wird diskutiert, wie diese Verpflichtungen durchgesetzt werden können. Dabei wird ein Fokus auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts gelegt.

Dieser Beitrag ist in drei Teile geteilt: Zuerst werden die Ziele des KIG besprochen – diese sind zentral für das Verständnis der potenziellen Tragweite von Art. 12 Abs. 1 KIG, da die Ausgestaltung und Anwendung der Erlasse an diesen Zielen gemessen werden (II). Im Folgenden wird die Ausgestaltung der Erlasse diskutiert, wobei zwischen Bundesrecht und kantonalem Recht unterschieden werden muss (III). Danach wird eine potenzielle Anwendung der Vorschrift der KIG-konformen Anwendung von Erlassen untersucht (IV). In den beiden letzten Kapiteln stehen die jeweiligen Anfechtungsobjekte im Zentrum – insbesondere wird auf den Aspekt der Beschwerdelegitimation nicht weiter eingegangen.¹²

⁹ KNEUBÜHLER (Fn. 7), 554.

¹⁰ *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz und Andere gegen die Schweiz*, Urteil vom 9. April 2024 (Grosse Kammer), Nr. 53600/20, § 545.

¹¹ In Art. 4 Abs. 2 CO₂-Gesetz findet sich ebenfalls eine Bestimmung, die Massnahmen in anderen Gesetzen verlangt, diese ist jedoch nicht Gegenstand dieses Beitrags.

¹² Die Beschwerdelegitimation stellt bei Rechtsstreitigkeiten im Klimabereich oft ein Hindernis für die Erhebung einer Beschwerde dar. In diesem Zusammenhang forderten mehrere Autor:innen eine Erweiterung des Verbandsbeschwerderechts. KNEUBÜHLER LORENZ/HÄNNI DOMINIQUE, *Umweltschutz, Klimaschutz, Rechtsschutz*, Ein Plädoyer für eine Verbandsbeschwerde im schweizerischen Klimarecht, ZBl 122/2022, 479 ff., 495 ff.; ROUILLER FÉLISE, *Le contentieux climatique contre l'État*, Aspects procéduraux de droit public suisse et américain, Diss. Freiburg, Zürich/Genf 2023, Rz. 379 ff. Im Fall der KlimaSeniorinnen wurde ausschliesslich die Beschwerdelegitimation des Vereins bejaht (*Verein KlimaSeniorinnen Schweiz und Andere gegen die Schweiz* [Fn. 10] § 521 ff.). Eine Erweiterung des Verbandsbeschwerderechts auf Klimafragen wird vom Bundesrat zwar abgelehnt, dennoch hat das Eidgenössische Polizei- und Justizdepartement den Auftrag erhalten, dem Bundesrat bis Ende 2025 zu berichten, inwiefern sich das Urteil auf die Praxis ausgewirkt hat (Medienmitteilung vom 28. August 2024, Bundesrat klärt seine Haltung zum EGMR-Urteil über den Klimaschutz, abrufbar unter: <<https://www.news.admin.ch/de/nsb?id=102244>>). Vgl. zum Ganzen: KELLER HELEN/SCHALLER CORA, *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and Others*

II. Ziele des KIG

Die in Art. 1 KIG festgehaltenen Ziele des Gesetzes widerspiegeln diejenigen des PA¹³ und werden in Art. 3 bis 9 KIG sowie der dazugehörigen Verordnung¹⁴ konkretisiert. Sie umfassen erstens die Verminderung der Treibhausgasemissionen und die Anwendung von Negativemissionstechnologien (vgl. Art. 1 lit. a KIG i.V.m. Art. 3 bis Art. 7 KIG). Um das in Art. 3 Abs. 1 KIG enthaltene Netto-Null-Ziel zu erreichen, werden in Abs. 3 desselben Artikels Zwischenziele festgelegt, die soweit möglich durch Emissionsvermindierungen in der Schweiz erreicht werden sollen (Art. 3 Abs. 4 KIG) und in Art. 4 KIG für die Sektoren Gebäude, Verkehr und Industrie konkretisiert werden. Gemäss Art. 5 Abs. 1 KIG müssen Unternehmen spätestens im Jahr 2050 Netto-Null-Emissionen aufweisen. Dazu können die Unternehmen und Branchen Fahrpläne erarbeiten und werden bei der Anwendung von neuartigen Technologien und Prozessen, die der Umsetzung dieser Fahrpläne dienen, durch den Bund finanziell unterstützt (Art. 6 Abs. 1 KIG sowie Art. 3 ff. KIV).¹⁵ Das zweite Ziel des Gesetzes ist die Anpassung an und den Schutz vor den Auswirkungen des Klimawandels, wofür Bund und Kantone im Rahmen ihrer Zuständigkeiten zu sorgen haben (Art. 1 lit. a KIG i.V.m. Art. 8 KIG).¹⁶ Schliesslich bezweckt das KIG auch die Ausrichtung der Finanzmittelflüsse auf eine emissionsarme und gegenüber dem Klimawandel widerstandsfähige Entwicklung (Art. 1 lit. c KIG i.V.m. Art. 9 KIG).

Die blossen Zielsetzungen des KIG, welche noch der Umsetzung bedürfen, wurden vom EGMR als ungenügend eingeschätzt, um den menschenrechtlichen Verpflichtungen unter Art. 8 EMRK nachzukommen.¹⁷ Dabei ist jedoch zu beachten, dass das revidierte CO₂-Gesetz, welches ebenfalls am 1. Januar 2025 in Kraft trat und u.a. Massnahmen für 2025 bis 2030 vorsieht, nicht in diese Erwägungen einfluss. Dennoch ist nicht klar, ob die geltenden Massnahmen genügen, um die menschenrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz zu erfüllen: So hat das Ministerkomitee des Europarats weitere Informationen von

v. Switzerland: Ein Quantensprung für die Beschwerdebefugnis von Umweltorganisationen, ZSR 143/5 I (2024), 515 ff., 527 ff.; KNEUBÜHLER (Fn. 7), 545 ff.

¹³ Vgl. Art. 2 Abs. 1 PA. Siehe dazu ROUILLER (Fn. 12) Rz. 73 ff.

¹⁴ Verordnung zum Bundesgesetz über die Ziele im Klimaschutz, die Innovation und die Stärkung der Energiesicherheit (Klimaschutz-Verordnung, KIV, SR 814.310.1).

¹⁵ In der Bereitstellung dieser Finanzhilfen sowie in den Subventionen gestützt auf Art. 50a Abs. 1 EnG sieht GRIFFEL den Kern des Gesetzes. GRIFFEL ALAIN, Umweltrecht, 3. A., Zürich 2023, 311.

¹⁶ Vgl. BRUNNER URSULA/HAUSER MATTHIAS/VON BÜREN NINA, Massnahmen zur Anpassung an die Klimaveränderung und ihre Abstützung auf Art. 74 BV, URP 2019, 497 ff.

¹⁷ Verein KlimaSeniorinnen Schweiz und Andere gegen die Schweiz (Fn. 10) § 565 f.

der Schweiz verlangt, um die Beseitigung der festgestellten Verletzungen der EMRK überprüfen zu können.¹⁸

Folglich bietet es sich an, zu untersuchen, inwiefern die Legislative sowie die rechtsanwendenden Behörden durch Art. 12 Abs. 1 KIG verpflichtet sind, zur Umsetzung dieser Ziele beizutragen und wie die sich daraus ergebenden Pflichten durchgesetzt werden könnten.

III. Ausgestaltung

Das KIG hält die gesetzgebenden Organe sowohl auf Bundes- als auch kantonaler Ebene an, insbesondere die Erlasse in den gelisteten Bereichen so auszugestalten, dass sie zur Erreichung der Ziele des KIG beitragen. Nachfolgend werden sowohl in Bezug auf kantonales Recht als auch auf Bundesrecht erstens die Bedeutung der Vorschrift der KIG-konformen Ausgestaltung, zweitens potenzielle Konflikte und drittens eine mögliche Durchsetzung dieser Vorschrift besprochen.

A. Kantonales Recht

1. Bedeutung der Vorschrift

Um die Tragweite der Vorschrift für die kantonalen Gesetzgeber zu ermitteln, muss berücksichtigt werden, dass die Formulierung von Art. 12 Abs. 1 KIG im Gesetzgebungsprozess angepasst wurde, um den kantonalen Kompetenzen Rechnung zu tragen: Im Entwurf der Kommission des Nationalrates ist die Formulierung «sind so auszugestalten und anzuwenden»¹⁹ zu finden. Der Vorschlag, das Wort «sind» durch «sollen» zu ersetzen, erfolgte aufgrund der Stellungnahme des Bundesrates vom 3. Juni 2022, in der er eine weniger verpflichtende Formulierung beantragte – obwohl er den Einbezug anderer Erlasse grundsätzlich begrüßte.²⁰ Damit sollte den kantonalen Kompetenzen, die insbesondere in den Bereichen Energie und Raumplanung bestehen, Rech-

¹⁸ Ministerkomitee des Europarats, 1521st meeting (4–6 March 2025) (DH), H46-30 Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and Others v. Switzerland (Application No. 53600/20), CM/Del/Dec(2025)1521/H46-30, abrufbar unter: <<https://hudoc.exec.coe.int/?i=004-65565>>, Rz. 5–9.

¹⁹ Entwurf der Kommission für Umwelt, Raumplanung und Energie des Nationalrates vom 25. April 2022 des Bundesgesetzes über die Ziele im Klimaschutz, BBl 2022 1537.

²⁰ Stellungnahme des Bundesrates vom 3. Juni 2022 zum Bericht der Kommission für Umwelt, Raumplanung und Energie des Nationalrates vom 25. April 2022, BBl 2022 1547 f.

nung getragen werden.²¹ Dieser Wortlaut wurde in der Folge in den Gesetzesentwurf aufgenommen und nicht mehr diskutiert.

Zwar wollte der Bundesrat den kantonalen Kompetenzen Rechnung tragen. Er verzichtete jedoch darauf, die Wirkung des Gesetzes auf Bundeserlasse zu beschränken – er hätte ebenfalls vorschlagen können, den Begriff «kantonale Erlasse» zu streichen. Es entspricht somit dem Willen des Gesetzgebers, dass auch diese von Art. 12 Abs. 1 KIG betroffen sind. Fraglich ist, wie dieser vom Bundesrat vorgeschlagene Mittelweg in der Praxis umgesetzt werden muss. Weniger verpflichtend als eine absolute Pflicht, die betroffenen Erlasse in Übereinstimmung mit den Zielen des KIG auszugestalten, scheint eine Vorschrift, die Ziele des KIG – und somit des PA – im Gesetzgebungsprozess gebührend zu berücksichtigen. Eine gebührende Berücksichtigung würde nach der hier vertretenen Ansicht erfordern, dass die kantonalen Gesetzgeber sich beim Erlass eines Gesetzes mit den Zielen des KIG auseinandersetzen müssen. Falls ein Konflikt mit den Zielen des KIG festgestellt wird, sind die Gesetzgeber gehalten, zu begründen, inwiefern die Ziele dennoch berücksichtigt wurden bzw. welche Interessen entgegenstehen und wie diese bestmöglich mit den Zielen des KIG in Einklang gebracht wurden.

Um eine Vorstellung zu erhalten, wie dies in der Praxis aussehen könnte, muss untersucht werden, in welchen Fällen potenzielle Konflikte auftreten könnten.

2. Potenzielle Konflikte

In mehreren in Art. 12 Abs. 1 KIG gelisteten Bereichen bestehen kantonale Kompetenzen (vgl. hiernach). Die Normen, die gestützt auf diese Kompetenzen erlassen wurden, könnten in Konflikt mit Art. 12 Abs. 1 KIG geraten.

Widersprüche könnten insbesondere im Bereich der Raumplanung entstehen, in welchem dem Bund nur eine Grundsatzgesetzgebungskompetenz zukommt.²² Kantonale Normen, die in diesem Bereich erlassen werden, könnten bspw. mit dem Ziel der Minderung des Ausstosses von Treibhausgasen oder auch mit dem Ziel der Anpassung an Klimaveränderungen in Konflikt geraten.²³ Denkbar wären bspw. auch Konflikte im Rahmen der Landwirtschaft, da dem Bund in diesem Bereich eine parallele Kompetenz zukommt.²⁴

²¹ BBl 2022 (Fn. 20), 1547 f.

²² BSK BV-GRIFFEL, Art. 75, N 25 ff.

²³ Vgl. zu Letzterem BRUNNER/HAUSER/VON BÜREN (Fn. 16), 510.

²⁴ BSK BV-OESCH, Art. 104, N 30 ff.

Aufgrund der komplexen Kompetenzabgrenzung²⁵ zwischen Bund und Kantonen im Bereich der Energiepolitik könnten auch hier Konflikte auftreten. In Art. 89 Abs. 2 BV²⁶ wird dem Bund der Auftrag zur Grundsatzgesetzgebung übertragen.²⁷ Kantonale Kompetenzen verbleiben insbesondere im Bereich der erneuerbaren Energien.²⁸ Folglich sind Normkonflikte zwischen kantonalem Recht und Art. 12 Abs. 1 KIG primär in diesem Bereich denkbar.

In den Bereichen Umwelt bzw. CO₂ erscheint ein Konflikt unwahrscheinlich: Der in Art. 74 Abs. 1 BV enthaltene Gesetzgebungsauftrag bezieht sich auf den Schutz des Menschen und seiner natürlichen Umwelt vor schädlichen oder lästigen Einwirkungen, worunter auch die Veränderung des Klimas fällt.²⁹ Art. 74 Abs. 1 BV räumt dem Bund eine umfassende Gesetzgebungskompetenz mit nachträglich derogatorischer Wirkung ein.³⁰ Da diese jedoch keine ausschliessliche Zuständigkeit ist, sind und bleiben die Kantone grundsätzlich so lange zuständig – und mitunter auch verpflichtet – in diesem Bereich Regelungen zu erlassen, als der Bund von seiner Kompetenz nicht abschliessend Gebrauch gemacht hat.³¹ Nach Inkrafttreten des USG³² haben nur diejenigen Regelungen des kantonalen Rechts Geltung behalten, die bundesrechtliche Normen ergänzen oder – soweit erlaubt – verschärfen.³³ In analoger Anwendung dieser Rechtsprechung wäre kantonales Klimarecht ebenfalls nur soweit gültig, wie es bundesrechtliche Normen im Klimabereich ergänzt bzw. eine schnellere Erreichung der Ziele des KIG ermöglicht.³⁴ Somit könnte kompe-

²⁵ BGer 1C_36/2011 vom 8. Februar 2012, E. 3.2; WEBER ROLF H./KRATZ BRIGITTA, Elektrizitätswirtschaftsrecht, Bern 2005, § 4, Rz. 100.

²⁶ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101).

²⁷ SGK BV-UHLMANN/SCHAFFHAUSER, Art. 89, N 13.

²⁸ CR Cst.-POLTIER, Art. 89, N 53.

²⁹ SGK BV-MORELL/VALLENDER/HETTICH, Art. 74, N 15; BIAGGINI GIOVANNI, BV Kommentar: Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. A., Zürich 2017, Art. 74 Rz. 4.

³⁰ GRIFFEL ALAIN, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Basel 2015, Art. 74, N 16 (zit. BSK BV-BEARBEITER/IN, Art. XX, N YY); SGK BV-MORELL/VALLENDER/HETTICH, Art. 74, N 11.

³¹ SGK BV-MORELL/VALLENDER/HETTICH, Art. 74, N 11; FAVRE, Art. 74 BV, in: Martenet/Dubey (Hrsg.), Commentaire romand, Constitution fédérale, Basel 2021, N 14 f. (zit. CR Cst.-BEARBEITER/IN, Art. XX, N YY).

³² Bundesgesetz über den Umweltschutz vom 7. Oktober 1983 (USG, SR 814.01).

³³ BGE 118 Ib 590 E. 3a; 117 Ib 147 E. 2c; 116 Ib 179 f. E. 1b, bb; 114 Ib 220 E. 4a; BGer 6B_40/2011 vom 07.06.2011 E. 1. Vgl. STUTZ HANS W., Spielräume für das kantonale Umweltrecht, URP 2020, 245 ff.

³⁴ Mehrere Kantone haben Bestimmungen zum Klimaschutz in ihre Verfassungen aufgenommen, siehe dazu KNEUBÜHLER (Fn. 7), 540 f. Der Kanton Freiburg hat zudem ein kantonales Klimagesetz erlassen. Da sowohl dieses Gesetz als auch die Verfassungsartikel im Wesentlichen die Ziele auf Bundesebene übernehmen oder sogar weitergehen, sind sie mit dem KIG vereinbar. Vgl. Art. 7 ff. Klimagesetz des Kantons Freiburg vom 30. Juni 2023 (KIG-FR; SGF 815.1); Art. 19 der Verfassung der Republik und des Kantons Genf (KV-GE; SR 131.234).

tenzkonform erlassenes kantonales Klimarecht nicht in Konflikt mit dem KIG geraten.

Wie die Gerichte bei einem Konflikt zwischen einer Norm und Art. 12 Abs. 1 KIG vorzugehen haben, wird im Folgenden besprochen.

3. Durchsetzung

Entsteht ein Konflikt zwischen einem kantonalen Erlass und Bundesrecht, kommt Art. 49 Abs. 1 BV zur Anwendung, wonach Bundesrecht entgegenstehendem kantonalem Recht vorgeht.³⁵ Ein Normkonflikt zwischen eidgenössischem und kantonalem Recht liegt vor, wenn auf einen bestimmten Sachverhalt sowohl eidgenössische als auch kantonale Vorschriften anwendbar sind und die Anwendung dieser Vorschriften in widersprüchlichen Ergebnissen resultiert.³⁶

Kantonale Erlasse können gemäss Art. 82 lit. b BGG³⁷ durch das Bundesgericht im Rahmen einer abstrakten Normenkontrolle auf ihre Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht überprüft und gegebenenfalls aufgehoben werden.³⁸ Das Bundesgericht prüft dies mit freier Kognition.³⁹ Aus Rücksicht auf den Föderalismus und aus Gründen der Verhältnismässigkeit prüft das Bundesgericht jedoch, «ob der betreffenden Norm nach anerkannten Auslegungsregeln ein Sinn beigemessen werden kann, der sie mit den angerufenen übergeordneten Normen vereinbar erscheinen lässt».⁴⁰ Eine bundesrechtskonforme Auslegung ist namentlich dann zulässig, wenn der Normtext lückenhaft, zweideutig oder unklar ist.⁴¹ Nur wenn eine mit dem höherstufigen Bundesrecht vereinbarte Auslegung nicht möglich ist, hebt das Bundesgericht eine kantonale Norm auf.⁴²

³⁵ BGE 148 II 121 E. 8.1; 145 I 183 E. 5.1.1.; TSCHANNEN PIERRE, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 5. A, Bern 2021, § 22 Rz. 2, 14; BIAGGINI GIOVANNI, Die Verfassung im Normengefüge, in: Biaggini Giovanni/Gächter Thomas/Kiener Regina (Hrsg.), Staatsrecht, 3. A., Zürich 2021, § 9 Rz. 19.

³⁶ TSCHANNEN (Fn. 35), § 22 Rz. 3.

³⁷ Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (Bundesgerichtsgesetz, BGG, SR 173.110).

³⁸ AEMISEGGER HEINZ/SCHERRER REBER KARIN, in: Niggli Marcel Alexander/Uebersax Peter/Wiprächtiger Hans/Kneubühler Lorenz (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, 3. A., Basel 2018, Art. 82, N 60. Dies trifft nicht auf kantonale Verfassungsbestimmungen zu, vgl. ROUILLER (Fn. 12), Rz. 451 f.

³⁹ BGE 147 I 308 E. 3; 134 I 125 E. 2.1; 133 I 286 E. 3.1.

⁴⁰ BGE 149 I 248 E. 3.3. Vgl. auch BGE 147 I 308 E. 3.

⁴¹ BGE 149 I 248 E. 3.3.

⁴² Die Norm wird ebenfalls nicht aufgehoben, wenn sie bloss in einzelnen Fällen gegen höherrangiges Recht verstossen könnte, im Normalfall jedoch mit höherrangigem Recht verein-

Im Rahmen der Anwendung der historischen Auslegungsmethode müsste das Bundesgericht gemäss der hier vertretenen Ansicht die obengenannte Pflicht zur Prüfung der Auswirkung eines Erlasses auf das Klima berücksichtigen⁴³ und – falls eine solche nicht durchgeführt wurde – dies in den Entscheid einfließen lassen. Wenn also die Gesetzesmaterialien eines (neueren) kantonalen Erlasses keinen Bezug auf die Ziele des KIG bzw. des PA nehmen, würde dies unter dem Gesichtspunkt dieser Auslegungsmethode für eine Unvereinbarkeit der Norm mit Bundesrecht sprechen. Auch eine konkrete Normenkontrolle kantonalen Gesetzes- und Verordnungsbestimmungen ist möglich, in diesem Fall wird jedoch die Norm bei Verstoß gegen höherrangiges Recht nicht aufgehoben, sondern lediglich nicht mehr angewendet.⁴⁴

Art. 12 Abs. 1 KIG könnte neben denjenigen auf das kantonale Recht auch Auswirkungen auf Bundesrecht haben, was nachfolgend diskutiert wird.

B. Bundesrecht

I. Bedeutung der Vorschrift

Wie oben dargelegt⁴⁵ wurde die Formulierung der Bestimmung abgemildert, um kantonalen Kompetenzen Rechnung zu tragen. Folglich scheint der Wille des Gesetzgebers zu sein, dass auf Bundesebene mindestens die gleiche Verpflichtung der KIG-konformen Ausgestaltung gilt, diese also gemäss obiger Auslegung bei der Erarbeitung neuer Gesetze berücksichtigt werden müssen. Die Tragweite des Art. 12 Abs. 1 KIG ist in Bezug auf Bundesgesetze bzw. Verordnungen auf Bundesebene unterschiedlich.

Dem Bundesgesetzgeber steht es grundsätzlich frei, neue, dem KIG widersprechende Normen zu erlassen. Dabei ist jedoch zu beachten, dass das KIG wie oben erwähnt die Ziele des PA übernimmt und konkretisiert.⁴⁶ Dabei handelt es sich um ein von der Schweiz ratifiziertes internationales Übereinkommen, das der Bundesgesetzgeber gemäss Art. 5 Abs. 4 BV zu beachten hat.⁴⁷ Zudem ist auch die Verurteilung der Schweiz im Fall KlimaSeniorinnen zu berücksichtigen, in dem die bestehenden Massnahmen der Schweiz aus menschen-

bar ist. BGE 149 I 248 E. 3.3; 147 I 308 E. 3; 146 I 70 E. 4; 145 I 26 E. 1.4; 144 I 306 E. 2; 143 I 137 E. 2.2; 140 I 2 E. 4.

⁴³ Vgl. [III.A.1.](#)

⁴⁴ BGE 130 I 169 E. 2.1; 129 I 265 E. 2.3.

⁴⁵ Vgl. [III.A.1.](#)

⁴⁶ Vgl. [I.](#)

⁴⁷ BIAGGINI (Fn. 35), § 9 Rz. 28, 30 ff.

rechtlicher Perspektive als nicht genügend eingestuft wurden.⁴⁸ Der Verordnungsgeber hat sich aufgrund des Gesetzmässigkeitsprinzips an höherrangige Normen zu halten.⁴⁹

2. Potenzielle Konflikte

Die innerstaatliche Umsetzung des PA erfolgt primär durch das CO₂-Gesetz sowie durch das KIG.⁵⁰ Ein Widerspruch zwischen den Zielen des KIG und den Normen dieses Gesetzes selbst oder des CO₂-Gesetzes ist in der aktuellen Rechtsordnung nicht ersichtlich. Es wäre jedoch denkbar, dass sich herausstellt, dass einzelne im CO₂-Gesetz enthaltene Massnahmen nicht genügen, um die im KIG festgehaltenen Klimaziele zu erreichen. Auch Konflikte mit dem Umweltrecht sind eher unwahrscheinlich. Eine Ausnahme besteht im Bereich der erneuerbaren Energien, deren Ausbau zur Verringerung des Ausstosses von Treibhausgasemissionen beiträgt, da der Bau einer Anlage zur Produktion von erneuerbaren Energien immer einen Eingriff in die Natur und Landschaft darstellt, der unter Umständen erheblich sein kann.⁵¹ Somit sind in diesem Rahmen Konflikte zwischen den Zielen des KIG und umweltrechtlichen (sowie auch raumplanungsrechtlichen) Bestimmungen denkbar.⁵²

Ebenfalls kann von möglichen Widersprüchen zwischen einem anderen Erlass in einem in Art. 12 Abs. 1 KIG gelisteten Bereich⁵³ und den Klimazielen ausgegangen werden. Im Rahmen der im KIG genannten Bereiche kommen verschiedene Bundesgesetze in Betracht.⁵⁴ Es ist denkbar, dass eine Bestimmung oder sogar mehrere Normen dieser Gesetze mit einem der Ziele des KIG in Widerspruch stehen. Ebenfalls wäre möglich, dass einzelne Normen in Verordnungen, die sich auf diese Gesetze stützen, mit dem KIG nicht vereinbar wären. Im Folgenden wird besprochen, wie in solchen Konflikten vorgegangen werden müsste.

⁴⁸ Verein KlimaSeniorinnen Schweiz und Andere gegen die Schweiz (Fn. 16), § 573 f.

⁴⁹ BIAGGINI (Fn. 35), § 9 Rz. 5.

⁵⁰ GRIFFEL (Fn. 15), 301.

⁵¹ KNEUBÜHLER/HÄNNI (Fn. 12), 488.

⁵² Vgl. bspw. BGE 142 II 517; 140 II 262; 132 II 408.

⁵³ Vgl. I.

⁵⁴ Dabei stehen folgende Gesetze im Fokus: Energiegesetz vom 30. September 2016 (EnG, SR 730.0); Bundesgesetz über die Raumplanung vom 22. Juni 1979 (Raumplanungsgesetz, RPG, SR 700); Bundesgesetz über den Wald vom 4. Oktober 1991 (Waldgesetz, WaG, SR 921.0); Bundesgesetz über die Landwirtschaft (Landwirtschaftsgesetz, LwG, SR 910.1); Bundesgesetz über den Strassenverkehr vom 19. Dezember 1958 (SVG, SR 741.01); Mineralölsteuergesetz vom 21. Juni 1996 (MinöStG, SR 641.61); Bundesgesetz über die Luftfahrt vom 21. Dezember 1948 (Luftfahrtgesetz, LFG, SR 748.0).

3. Durchsetzung

Bei der Durchsetzung der Vorschrift muss zwischen Gesetzen und Verordnungen unterschieden werden.

a. Bundesgesetze

Da es in diesem Zusammenhang nicht um eine Überprüfung der Übereinstimmung eines Bundesgesetzes mit übergeordnetem Recht, sondern um die Lösung eines Konfliktes zwischen zwei Gesetzen derselben Ebene geht, ist eine Normenkontrolle nicht der richtige Prüfungsvorgang.⁵⁵ Um einen Normkonflikt zwischen einem Bundesgesetz und Art. 12 Abs. 1 KIG vor das Bundesgericht zu bringen, müsste gestützt auf Art. 95 lit. a BGG die Verletzung von Art. 12 Abs. 1 KIG durch einen Anwendungsakt, der sich auf ein Bundesgesetz stützt, geltend gemacht werden. In einem solchen Fall muss durch Auslegung ermittelt werden, ob die beiden Normen miteinander in Übereinstimmung gebracht werden können.

Für die Normen des Verwaltungsrechts gelten die üblichen Methoden der Gesetzesauslegung, namentlich die grammatikalische, die historische, die zeitgemässe, die systematische und die teleologische Auslegungsmethode.⁵⁶ Zudem ist auch die völkerrechtskonforme Auslegung, die sich aus Art. 27 WVK⁵⁷ sowie Art. 5 Abs. 4 BV ergibt, zu beachten.⁵⁸ In diesem Zusammenhang muss einerseits auf die Verpflichtung, die sich aus Art. 8 EMRK ergibt, verwiesen werden.⁵⁹ Andererseits sind die völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz im Bereich des Klimaschutzes zu beachten, wobei im vorliegenden Zusammenhang insbesondere das PA und das Kyoto-Protokoll⁶⁰ relevant sind. Dabei ist auch die Rechtsprechung des Bundesgerichts zu berücksichtigen, wonach «auch nicht justiziable Bestimmungen des Völkerrechts und die dazu publi-

⁵⁵ Vgl. GRIFFEL (Fn. 35), § 27 Rz. 31. Nicht weiter besprochen wird vorliegend ein potenzieller Konflikt zwischen der EMRK (bspw. Art. 8 EMRK) und einem Bundesgesetz. Vgl. dazu die theoretischen Ausführungen von ROUILLER (Fn. 12), Rz. 439 ff.

⁵⁶ BGE 149 V 129 E. 4.1; 145 V 289 E. 4.1; HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. A., Zürich/St. Gallen 2020, Rz. 177.

⁵⁷ Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969, für die Schweiz in Kraft getreten am 6. Juni 1990 (Wiener Vertragsrechtskonvention, SR 0.111).

⁵⁸ Vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 56), Rz. 198, 127 ff. m.w.H.

⁵⁹ Vgl. I.

⁶⁰ Protokoll von Kyoto zum Rahmenübereinkommen der Vereinten Nationen über Klimaänderungen vom 11. Dezember 1997, für die Schweiz in Kraft getreten am 16. Februar 2005 (Kyoto-Protokoll, SR 0.814.011). Vgl. auch das Rahmenübereinkommen der Vereinten Nationen über Klimaänderungen vom 9. Mai 1992, für die Schweiz in Kraft getreten am 21. März 1994 (Klimarahmenkonvention, SR 0.814.01).

zierten Erläuterungen von internationalen Gremien in die Auslegung einfließen»⁶¹ können. Beispielsweise finden sich im Rechtsgutachten des Internationalen Gerichtshofs zu den Verpflichtungen der Staaten im Hinblick auf den Klimawandel Erläuterungen dazu, welche konkreten Pflichten den Staaten in diesem Bereich obliegen.⁶² Bei der Gesetzesauslegung befolgt das Bundesgericht einen Methodenpluralismus, es wird folglich keiner Auslegungsmethode ein Vorrang eingeräumt.⁶³ In diesem Zusammenhang sollen jene Methoden kombiniert werden, die für den konkreten Fall im Hinblick auf ein vernünftiges und praktikables, d.h. ohne unverhältnismässig grossen Verwaltungsaufwand durchsetzbares Ergebnis, am überzeugendsten sind.⁶⁴

Wird nach einer Auslegung gemäss dem Methodenpluralismus klar, dass weiterhin ein Konflikt zwischen Normen gleichen Ranges besteht, muss auf die Kollisionsregeln «lex specialis derogat legi generali» sowie «lex posterior derogat legi priori» zurückgegriffen werden.⁶⁵ Diese beiden Regeln können aber in Konflikt geraten.⁶⁶ Da die Bundesgesetze verschiedene Anwendungsbereiche aufweisen, werden jedoch beide weiterhin anwendbar bleiben, auch wenn eine der Vorrangregeln angewendet wird.⁶⁷ Das KIG wird wohl in der Regel die «lex generalis» aber im Vergleich zu bereits bestehenden Gesetzen die «lex posterior» sein, weshalb die Anwendung dieser Regeln folglich nicht immer zu Lösungen führen wird.

Der Einfluss auf die Praxis lässt sich in dieser Hinsicht bis jetzt nur schwer abschätzen. Es ist jedoch hervorzuheben, dass durch die Rüge einer Verletzung von Art. 12 Abs. 1 KIG eine Auslegung unter Berücksichtigung des Klimaschutzes vorgenommen werden muss, was als substantielle Neuerung gesehen werden kann.

b. Verordnungen auf Bundesebene

Auch bei Verordnungen auf Bundesebene ist wegen Art. 189 Abs. 4 BV die abstrakte Normenkontrolle ausgeschlossen.⁶⁸ Eine konkrete Normenkontrolle – in diesem Rahmen also eine Übereinstimmung mit dem höherrangigen Art. 12

⁶¹ BGer 2C_248/2023 vom 20. September 2024 E. 4.4.3 in fine (Urteil zur Publikation vorgesehen) m.w.H.

⁶² IGH, Gutachten zu den Verpflichtungen der Staaten im Hinblick auf den Klimawandel, 23. Juli 2025, abrufbar unter <<https://www.icj-cij.org/case/187>>.

⁶³ BGE 144 III 29 E. 4.4.1; 142 V 299 E. 5.1; 141 II 262 E. 4.1; 141 II 220, E. 3.3.1.

⁶⁴ BGE 141 II 262 E. 4.1; 139 II 173 E. 2.1.

⁶⁵ BGE 123 II 534 2b-d; 96 I 485 E. 4. Vgl. auch HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 56), Rz. 183.

⁶⁶ WALDMANN BERNHARD/WIEDERKEHR RENÉ, Allgemeines Verwaltungsrecht, Zürich 2019, 33.

⁶⁷ BGE 141 II 66 E. 2.4.1; 96 I 485 E. 3d.

⁶⁸ SGK BV-REICH, Art. 189, N 46.

Abs. 1 KIG – ist jedoch möglich.⁶⁹ In diesem Rahmen kann das Bundesgericht davon absehen, eine Vollziehungsverordnung anzuwenden, die als nicht konform mit höherrangigem Recht gesehen wird.⁷⁰ Bei gesetzvertretenden Verordnungen ist dies wegen Art. 190 BV nur möglich, wenn diese über den Rahmen der Gesetzesdelegation hinausgeht.⁷¹ Da dem Gesetzgeber jedoch oft ein grosser Ermessensspielraum zukommt, prüft das Bundesgericht dies mit Zurückhaltung: Eine Ordnungsbestimmung wird folglich nur dann nicht angewandt, wenn sie klar über die Gesetzesdelegation hinausgeht.⁷² Auch im Rahmen der Prüfung dieser Gesetzesdelegation muss durch Auslegung versucht werden, die Delegationsnorm mit dem KIG in Übereinstimmung zu bringen ([III.B.3.a](#)).

Jedoch sind nicht nur Normen auf ihre KIG-Konformität zu prüfen, denn Art. 12 Abs. 1 KIG schreibt auch eine zielkonforme Anwendung bestehender Erlasse vor, worauf nachfolgend eingegangen wird.

IV. Anwendung

Eine Überprüfung, ob Erlasse so angewendet werden, dass sie zur Erreichung der Ziele des KIG beitragen, wäre insbesondere dann möglich, wenn Verfügungen oder Realakte angefochten sind.

A. Verfügungen

Die Frage nach der KIG-konformen Anwendung einer Bestimmung wird sich primär dann stellen, wenn den rechtsanwendenden Behörden ein Entscheidungsspielraum zustand und sie dabei unter mehreren vergleichbar effektiven Möglichkeiten eine wählten, die weniger als andere zur Verwirklichung der Ziele des KIG beiträgt. Besteht ein Entscheidungsspielraum, muss die Behörde die verschiedenen Möglichkeiten, die mit dem Gesetz vereinbar sind, abwägen und deren Zweckmässigkeit vergleichen.⁷³ Gibt es mehrere Möglichkeiten, eine Norm zu interpretieren oder lässt sie mehrere Rechtsfolgen zu, ist die-

⁶⁹ BGE 144 II 454 E. 3.2; 143 II 87 E. 4.4; BSK BV-SEFEROVIC, Art. 189, N 60.

⁷⁰ BGE 139 II 460 E. 2; 133 II 331 E. 7.2; MALINVERNI GIORGIO/HOTTELIER MICHEL/HERTIG RANDALL MAYA/FLÜCKIGER ALEXANDRE, *Droit constitutionnel suisse*, 4. A., Bern 2021, Bd. I Rz. 2004. Vgl. die Ausführungen in [III.B.3.a](#), falls der Normkonflikt im Gesetz anzusiedeln ist, welches durch die Verordnung vollzogen wird.

⁷¹ MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (Fn. 70), Bd. I N 2009, 2011.

⁷² BGE 146 II 56 E. 6.2.2; 144 II 454 E. 3.3; 137 III 217 E. 2.3; 136 II 337 E. 5.1; ROUILLER (Fn. 12), Rz. 444.

⁷³ DUBEY JACQUES/ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE, *Droit administratif général*, 2. A., Basel 2024, Rz. 532.

jenige zu präferieren, die den Klimaschutz am besten fördert – wobei jedoch dem Verhältnismässigkeitsprinzip weiterhin Rechnung zu tragen ist.⁷⁴ Sehr gewichtige öffentliche oder private Interessen könnten somit rechtfertigen, von der Wahl einer Rechtsfolge, die in Bezug auf den Klimaschutz nur wenig zusätzlichen Nutzen mit sich bringt, abzusehen.⁷⁵

Dies wäre im Rahmen von Verfügungen, die gestützt auf Bundes- und kantonale Erlasse ergehen, möglich.⁷⁶ Damit sind unzählige Konstellationen denkbar: Bereits auf der Basis des CO₂-Gesetzes kommen mehrere Verfügungen in Betracht.⁷⁷ Folglich wird gemäss KNEUBÜHLER die Verfügung wohl den Hauptanwendungsfall von Art. 12 Abs. 1 KIG darstellen.⁷⁸

Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts sowie grundsätzlich auch Entscheide letzter kantonaler Instanzen, welche solche Verfügungen betreffen, können gemäss Art. 86 lit. a bzw. lit. d BGG vor dem Bundesgericht angefochten werden, wobei die Verletzung von Bundesrecht – nämlich Art. 12 Abs. 1 KIG – geltend gemacht werden könnte. Da daraus eine grosse Anzahl denkbarer Konstellationen resultiert, in denen eine Verletzung von Art. 12 Abs. 1 KIG gerügt werden könnte, wird das Aufstellen allgemeingültiger Regeln, ab wann eine solche zu bejahen ist, erschwert. Vielmehr müsste dies einzelfallbasiert durch die Rechtsprechung erarbeitet werden.⁷⁹ Die Genauigkeit der Prüfung wird massgeblich von den potenziellen Auswirkungen abhängen: wird bspw. ein kleinerer Bau bewilligt, genügt eine grobe Abschätzung.⁸⁰ Geht es jedoch um die Bewilligung einer Anlage, die viel CO₂ ausstösst, ist eine eigentliche Klimaverträglichkeitsprüfung erforderlich.⁸¹ Ebenso wird die Rechtsprechung die in Art. 4 KIG festgehaltenen Richtwerte für einzelne Sektoren berücksichtigen müssen; je unrealistischer die Zielerreichung in einem Sektor

⁷⁴ KNEUBÜHLER (Fn. 7), 555.

⁷⁵ KNEUBÜHLER (Fn. 7), 555. Dieser weist darauf hin, dass das Verhältnismässigkeitsprinzip aufgrund der Anpassung im Gesetzgebungsprozess bei der Anwendung kantonaler Erlasse zusätzlich zu berücksichtigen ist (vgl. oben [III.A.1](#)).

⁷⁶ Vgl. zu möglichen Erlassen [III.A.2](#) bzw. [III.B.2](#).

⁷⁷ Vgl. KNEUBÜHLER/HÄNNI (Fn. 12), 497. Vgl. auch ROUILLER (Fn. 12), Rz. 390 f.

⁷⁸ KNEUBÜHLER (Fn. 7), 555.

⁷⁹ Würde das Bundesgericht eine Verletzung von Art. 12 Abs. 1 KIG feststellen, entscheidet es gestützt auf Art. 107 Abs. 2 BGG in der Sache selbst oder weist diese zur neuen Beurteilung an die Vorinstanz bzw. an die Behörde zurück, die als erste Instanz entschieden hat.

⁸⁰ KNEUBÜHLER (Fn. 7), 555.

⁸¹ KNEUBÜHLER fordert in diesem Zusammenhang eine Aufnahme von Klimaaspekten in die Umweltverträglichkeitsprüfung (KNEUBÜHLER [Fn. 7], 555). Vgl. Art. 10a USG sowie die Verordnung über die Umweltverträglichkeitsprüfung vom 19. Oktober 1988 (UVPV, SR 814.011). Vgl. auch ROUILLER (Fn. 12), Rz. 133 ff.

scheint, desto strenger muss die Pflicht zur Unterstützung nach Art. 12 Abs. 1 KIG gehandhabt werden.⁸²

B. Realakte

Aufgrund von Art. 25a VwVG⁸³ können Verfügungen über Realakte⁸⁴, die sich auf öffentliches Recht des Bundes stützen, verlangt werden.⁸⁵ Dazu notwendig ist ein schutzwürdiges Interesse sowie für Unterlassungs-, Einstellungs-, Widerrufs- und Beseitigungsbegehren ein aktuelles und praktisches Interesse.⁸⁶ Gestützt auf Art. 25a VwVG kann von einer Behörde verlangt werden, dass sie widerrechtliche Handlungen unterlässt, einstellt oder widerruft (lit. a), die Folgen widerrechtlicher Handlungen beseitigt (lit. b) oder die Widerrechtlichkeit von Handlungen feststellt (lit. c.). Für den Klimabereich insbesondere relevant ist zudem, dass gemäss Bundesgericht gestützt auf Art. 25a VwVG auch behördliches Unterlassen gerügt und namentlich die Vornahme von Handlungen verlangt werden kann, sofern eine spezifische Handlungspflicht der Behörden besteht.⁸⁷ Dieser Anspruch liegt jedoch nur vor, wenn der Rechtsschutz gegenüber dem Realakt nicht bewusst durch das Gesetz ausgeschlossen wurde und wenn genügender Rechtsschutz nicht auf andere Weise gewährleistet werden kann.⁸⁸

Art. 12 Abs. 1 KIG könnte in diesem Zusammenhang entweder unmittelbar oder mittelbar Geltung zukommen: Einerseits könnte geltend gemacht werden, dass die Behörden widerrechtlich gehandelt haben, indem sie mit tatsächlichem Handeln gegen Art. 12 Abs. 1 KIG verstiesen, wodurch schützenswerte Rechtspositionen verletzt wurden.⁸⁹ Auch eine Verletzung durch Unterlassen wäre denkbar, wenn die spezifischen Voraussetzungen erfüllt sind.

⁸² KNEUBÜHLER (Fn. 7), 555.

⁸³ Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG, SR 172.021).

⁸⁴ Zum Begriff vgl. BGE 146 I 145 E. 4.2; 146 V 38 E. 4.3.1; 144 II 223 E. 4.1.

⁸⁵ REGINA KIENER/BERNHARD RÜTSCHÉ/MATHIAS KUHN, Öffentliches Verfahrensrecht, 3. A., Zürich/St. Gallen 2021, Rz. 437.

⁸⁶ KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN (Fn. 85), Rz. 437 ff. Schützenswerte Rechtspositionen ergeben sich im Kontext von Art. 25a VwVG vor allem aus den Grundrechten, jedoch sind auch rechtlich geschützte Interessen aus anderen Rechtstiteln einzubeziehen. BGE 144 II 223 E. 7.3.1; BGE 140 II 315 E. 4.3.

⁸⁷ BGE 146 I 145 E. 4.1; 144 II 223 E. 4.1; 140 II 315 E. 2.1.

⁸⁸ BGE 146 I 145 E. 4.1; 140 II 315 E. 3.1.

⁸⁹ Der in Art. 25a Abs. 1 VwVG verwendete Begriff der Widerrechtlichkeit entspricht nicht dem engeren Begriffsverständnis im Staatshaftungsrecht: Der Rechtsschutz ist vielmehr bei jeder Verletzung einer Rechtsnorm zu gewähren. HÄNER ISABELLE, in: Waldmann Bernhard/Krauskopf Patrick (Hrsg.), Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 3. A., Zürich 2023, Art. 25a, N 13.

Andererseits könnte, nachdem eine Verfügung über einen Realakt ergangen ist, diese dann gestützt auf Art. 12 Abs. 1 KIG angefochten werden. In diesem Fall gelten die Ausführungen zu den Verfügungen⁹⁰ analog. Dies könnte insbesondere von Relevanz sein, da die Möglichkeit, Verfügungen über Realakte zu verlangen, bereits mehrmals in Bezug auf den Klimawandel genutzt wurde: Im November 2016 reichte der Verein KlimaSeniorinnen Schweiz sowie fünf Gesuchstellerinnen beim Eidgenössischen Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) ein Begehren um Einstellung von Unterlassungen im Klimaschutz im Sinne von Art. 25a VwVG sowie Art. 6 Ziff. 1 und Art. 13 EMRK ein.⁹¹ Nachdem das UVEK mit Verfügung vom 25. April 2017⁹² nicht darauf eingetreten war und Beschwerden vor Bundesverwaltungsgericht⁹³ sowie vor Bundesgericht⁹⁴ scheiterten, reichten der Verein KlimaSeniorinnen sowie die fünf Seniorinnen eine Beschwerde beim EGMR ein, der in Bezug auf den Verein eine Verletzung von Art. 8 EMRK sowie Art. 6 EMRK feststellte.⁹⁵

Ähnlich wie die KlimaSeniorinnen reichten neun Bäuerinnen, Bauern sowie fünf bäuerliche Verbände im März 2024 ein Rechtsbegehren beim UVEK ein, in dem sie hauptsächlich geltend machten, dass die Schweiz die Erfüllung ihrer Verpflichtungen im Klimabereich unterlässt und dadurch verschiedene Grundrechte der Gesuchsteller:innen verletzt.⁹⁶ Neben dem Kyoto-Protokoll und dem PA hätten die Behörden dadurch auch gegen Art. 73 BV, Art. 74 Abs. 2 BV, Art. 11 USG und das CO₂-Gesetz verstossen.⁹⁷ Das UVEK ist mit Verfügung vom 20. September 2024 nicht darauf eingetreten, worauf die Gesuch-

⁹⁰ Vgl. [IV.A.](#)

⁹¹ Rechtsbegehren der KlimaSeniorinnen vom 25. November 2016, abrufbar unter <https://www.klimasenioren.ch/wp-content/uploads/2016/11/161124-Gesuch-um-Erlass-an-fechtbarer-Verfuegung_final.pdf>. Vgl. GROSZ MIRINA, Klimaschutz vor Schweizer Gerichten, SRIEL 351 ff., 356; REHMANN MERET, BVGer A-2992/2017, Anspruch auf eine Verfügung über Realakte im Zusammenhang mit dem Klimaschutz, AJP 6/2019, 653 ff., 653. Vgl. auch ROUILLER (Fn. 12), Rz. 392 ff.

⁹² Verfügung des UVEK vom 25. April 2017, abrufbar unter <https://ainees-climat.ch/wp-content/uploads/2019/01/Verfu%CC%88gung_UVEK_KlimaSeniorinnen.pdf>.

⁹³ Urteil des BVGer A-2992/2017 vom 27. November 2018.

⁹⁴ BGE 146 I 145.

⁹⁵ Verein KlimaSeniorinnen Schweiz und Andere gegen die Schweiz (Fn. 10), § 574, 640.

⁹⁶ Rechtsbegehren der Bauern und Bäuerinnen bzw. der Bauernverbände vom 5. März 2024, abrufbar unter <<https://avocatclimat.ch/wp-content/uploads/2024/03/2024-03-05-Plainte-25a-PA-AvoC-caviardee.pdf>>, 20 ff.

⁹⁷ Die Gesuchsteller:innen vermuten ebenfalls, dass die Bestimmungen des KIG verletzt würden. Rechtsbegehren der Bauern und Bäuerinnen bzw. der Bauernverbände vom 5. März 2024 (Fn. 96), 9, 10 ff.

steller:innen Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht eingelegt haben.⁹⁸ Falls dieser Fall an das UVEK zurückgewiesen wird und eine Verfügung in der Sache ergeht, könnte diese wiederum gerichtlich auf ihre Konformität mit Art. 12 Abs. 1 KIG überprüft werden – in diesem Fall wäre insbesondere zu prüfen, ob die obengenannten Gesetzesbestimmungen so angewendet wurden, dass sie zur Erreichung der Ziele des KIG beitragen.

Generell lässt sich vermuten, dass eine Verfügung, die gestützt auf Art. 25a VwVG erlassen wurde, in der Regel ein breiteres Spektrum an Rechtsfragen zum Gegenstand hat als eine Verfügung, die gestützt auf Spezialgesetzgebung oder eine dazugehörige Verordnung ergeht, was auch die Prüfung einer Verletzung von Art. 12 Abs. 1 KIG ausweitet und dieser Bestimmung (noch) grössere Bedeutung verschaffen könnte.

Auf kantonaler Ebene bestehen in vielen Kantonen Art. 25a VwVG nachgebildete Normen.⁹⁹ Den Kantonen steht es zwar frei, ob sie eine Regelung bezüglich des kantonalen Rechtsschutzes gegen tatsächliches Verwaltungshandeln erlassen wollen, sie haben jedoch in jedem Fall die Mindestanforderungen der Rechtsweggarantie gemäss Art. 29a BV zu beachten. Dieser verlangt, dass Rechtsschutz mindestens dann gewährt wird, wenn ein Realakt oder eine verwaltungsinterne Anordnung individuelle, schützenswerte Rechtspositionen berührt.¹⁰⁰ Folglich sind ähnliche Fälle wie die oben beschriebenen auch auf kantonaler Ebene denkbar.

Insgesamt kann der Schluss gezogen werden, dass dem KIG bereits aufgrund der Quantität der möglichen Anfechtungsobjekte in zweierlei Hinsicht eine grosse Bedeutung zukommen könnte: Dies einerseits im Rahmen von Rechtsstreitigkeiten, denen Verfügungen gestützt auf Spezialgesetzgebung und den darauf basierenden Verordnungen zugrunde liegen und andererseits in denjenigen, in welchen Verfügungen über Realakte angefochten sind.

⁹⁸ Verfügung des UVEK vom 20. September 2024, abrufbar unter <https://avocatclimat.ch/wp-content/uploads/2024/10/2024-09-24-DETEC-a-ANL-Decision-concernant-la-requete-du-5-mars-2024_caviardee.pdf>; Beschwerde der Bauern und Bäuerinnen bzw. der Bauernverbände an das Bundesverwaltungsgericht vom 23. Oktober 2024, abrufbar unter <https://avocatclimat.ch/wp-content/uploads/2024/10/2024-10-24-Recours-au-TAF_caviarde.pdf>.

⁹⁹ WALDMANN BERNHARD/BACHMANN GREGOR, Zur Anfechtbarkeit verwaltungsorganisatorischer Anordnungen, *sui generis* 2017, 92 ff., Rz. 19 f.

¹⁰⁰ BGE 143 I 336 E. 4.2; BGer 2C_1007/2022 vom 15. Januar 2025 E. 5.3.

V. Fazit

Im Vorhergehenden konnte aufgezeigt werden, dass die Gesetzgeber auf Bundes- und kantonaler Ebene durch Art. 12 Abs. 1 KIG verpflichtet sind, den Klimaschutz im Gesetzgebungsprozess gebührend zu berücksichtigen. Diese Pflicht ist insbesondere in den in diesem Artikel aufgeführten Bereichen relevant, jedoch nicht darauf limitiert – vielmehr erstreckt sie sich auf die gesamte Rechtsordnung. Entstehen dennoch Konflikte zwischen den drei Zielen des KIG und anderen Erlassen und kommt das Gericht zum Schluss, dass eine Norm mit Art. 12 Abs. 1 KIG nicht vereinbar ist, wird die betroffene Norm je nach Erlass entweder aufgehoben, nicht mehr angewendet oder der Konflikt muss durch Auslegung gelöst werden. Art. 12 Abs. 1 KIG hat somit das Potenzial, dem Klimaschutz vermehrte Berücksichtigung in der Rechtsprechung zu verschaffen.

Auch im Rahmen der Rechtsanwendung sind die Ziele des KIG zu beachten, was insbesondere dann wichtig wird, wenn der rechtsanwendenden Behörde ein Ermessensspielraum zukommt. Durch die Möglichkeit, Verfügungen über Realakte zu ersuchen, kann die KIG-konforme Rechtsanwendung zusätzlich einer gerichtlichen Überprüfung zugänglich gemacht werden.

Insgesamt kann die praktische Relevanz von Art. 12 Abs. 1 KIG erst erahnt werden. Insbesondere in Bezug auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts wird die Tragweite der Bestimmung primär davon abhängen, ob diese Norm in Rechtsstreitigkeiten geltend gemacht wird. Sie hat jedoch das Potenzial, Fragen des Klimaschutzes in Rechtsetzung und Rechtsanwendung systematisch Geltung zu verleihen und somit die Verwirklichung der Ziele des KIG und folglich auch des PA massgeblich zu unterstützen.

Ist die Unterschriftenzahl der Volksinitiative noch zeitgemäss?

Eine Analyse der Unterschriftenanforderungen im Kontext zeitlicher Veränderungen

Mërgim Gutaj

Inhaltsübersicht

I.	Einleitung	199
II.	Überblick der Entwicklung der Volksinitiative	200
	A. Bundesverfassung von 1848	200
	B. Bundesverfassung von 1891	201
	C. Bundesverfassung von 1977	202
III.	Entwicklung des Quorums für die Volksinitiative	202
IV.	Demographische Entwicklung der Schweiz	206
V.	Nutzung des Instruments der Volksinitiative	207
	A. Anzahl eingereichter Volksinitiativen seit der Einführung	207
	B. Zustande gekommenen Initiativen 2023 und 2024	208
	C. Nicht zustande gekommenen Initiativen 2023 und 2024	210
VI.	Entwicklung der Unterschriftensammlung	212
	A. Einführung der «E-ID»	212
	B. E-Collecting als nächster Schritt	212
	C. BürgerInneninitiative: WeCollect.ch	213
	D. Digital Deliberative Democracy	214
VII.	Fazit	215

I. Einleitung

Die schweizerische Bundesverfassung statuiert in Art. 138 die Möglichkeit der Totalrevision und in Art. 139 die Möglichkeit der Teilrevision.¹ Für ein Volksbegehren können innert 18 Monaten 100'000 Unterschriften von Stimmberechtigten gesammelt werden, was im Nachgang, sofern alle anderen Voraussetzungen erfüllt sind, zu einer Volksabstimmung führt. Bei der Volksinitiative

¹ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101)

handelt es sich um eine tragende Institution unserer direkten Demokratie, für welche die Schweiz auf der ganzen Welt bekannt ist.

Dieses Instrument wurde seit der Einführung mehr oder minder genutzt. Insbesondere in den letzten 50 Jahren ist jedoch eine Tendenz zu erkennen: Die Anzahl der eingereichten Volksinitiativen nimmt stetig zu. Mittlerweile wurde über mehr als 200 Initiativen abgestimmt.² Die einen freuen sich über diese Entwicklung, andere wiederum empfinden dies als Belastung für die Bundesverwaltung wie auch für die Stimmbevölkerung. Seit der Einführung der Volksinitiative, wie wir sie heute kennen, sind über 175 Jahre vergangen. Die Bestimmungen in der Bundesverfassung hierzu haben sich jedoch nur gering verändert. Eine grössere Anpassung ist ebenfalls schon einige Jahrzehnte her.

Die Realität ist jedoch eine andere: Die Bevölkerungszahl ist signifikant gestiegen. Auch führen die Digitalisierung und die Vernetzung dazu, dass es einfacher geworden ist, schneller und gleichzeitig mehr Menschen zu erreichen und das – aufgrund des Internets – rund um die Uhr. In den letzten 20 Jahren wurden mehr Volksinitiativen eingereicht als zuvor.

Es stellt sich daher die Frage, ob die Artikel zur Volksinitiative in der Bundesverfassung der Realität hinterherhinken und die Volksinitiative einer Anpassung an die Realität und somit einer Revision bedarf. Dabei steht in diesem Beitrag insbesondere die Anpassung der Unterschriftenzahl im Vordergrund.

II. Überblick der Entwicklung der Volksinitiative

A. Bundesverfassung von 1848

Am 12. September 1848 erklärte die damalige eidgenössische Tagsatzung den Entwurf der neuen Bundesverfassung als angenommen, bevor sie dann am 21. November 1848 in Kraft getreten ist. Mit dieser neuen Bundesverfassung wurde auch die Volksinitiative eingeführt.³

Die Bundesverfassung beinhaltete in ihrer ersten Fassung von 1848 unter der Überschrift «Revision der Bundesverfassung» lediglich die Möglichkeit der Totalrevision. Gemäss Art. 113 Abs. 1 aBV⁴ musste unter anderem über eine Totalrevision der Bundesverfassung abgestimmt werden, wenn 50'000 stimmbere-

² Bundeskanzlei, abrufbar unter <https://www.bk.admin.ch/ch/d/pore/vi/vis_2_2_5_9.html>.

³ Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement, abrufbar unter: <<https://www.ejpd.admin.ch/ejpd/de/home/themen/175-jahre-bundesverfassung.html>>.

⁴ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 12. September 1848.

rechtigte Bürger ein solches Begehren auf Totalrevision mittels Unterschrift stellten. Im Falle einer Annahme dieses Begehrens durch das Volk mussten gemäss Art. 113 Abs. 2 aBV⁵ im Anschluss an die Abstimmung beide Räte neu gewählt werden, welche diese Revision dann durchführen. Das Begehren der Totalrevision galt als angenommen, wenn nach Art. 114 aBV⁶ die Mehrheit der stimmenden Bürger und die Mehrheit der Kantone das Begehren bejahten. Die Frauen waren damals noch nicht stimmberechtigt. Bezüglich der Sammelfrist für die Unterschriften machte die damals geltende Bundesverfassung keine Aussage.⁷

Die bis heute einzig zustande gekommene eidgenössische Volksinitiative auf eine Totalrevision der Bundesverfassung wurde im September 1935 mit über 72% abgelehnt.⁸

B. Bundesverfassung von 1891

Die ersten Forderungen nach der Möglichkeit einer Partialrevision kamen Ende des 19. Jahrhunderts. 1879 wurde vom Schweizerischen Volksverein eine «Eingabe» gemacht, welche als «Petition» bezeichnet wurde, die die Einführung einer Volksinitiative auf Partialrevision verlangte.⁹

Ein Jahr später forderten 56'526 Unterzeichnende mittels «Eingabe» die Revision von Art. 39 aBV¹⁰, des sogenannten Notenbankartikels. Auf diese «Eingabe» ist die Bundesversammlung nicht eingetreten, da die Möglichkeit einer Partialrevision der Bundesverfassung gar nicht bestand. Das Hauptanliegen der Unterzeichnenden war jedoch nicht nur die Anpassung des Notenbankartikels, sondern die Schaffung eines Präzedenzfalls im Hinblick auf ein Recht zur Partialrevision. Obwohl die Nationalversammlung nicht auf das Anliegen eingetreten ist, hat sie die Frage, ob ein Bedürfnis nach einer Partialrevision der Bundesverfassung besteht, prüfen lassen. Diese Frage wurde jedoch verneint.¹¹ Anschliessend wurde 1884 im Nationalrat eine Motion eingereicht, die die Partialrevision verlangte. Aufgrund dieser Motion beantragte der Bundesrat 1890 die Einführung der Volksinitiative auf Partialrevision, mit der Begründung, dass die Kantone diese Möglichkeit bereits kannten und dies gut funk-

⁵ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (Fn. 4).

⁶ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (Fn. 4).

⁷ BBl 1849 I 3.

⁸ BBl 1935 II 446.

⁹ BBl 1975 II 120, 130.

¹⁰ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (Fn. 4).

¹¹ BBl 1975 II 129, 130.

tionierte.¹² Erst knapp 20 Jahre später, nach Einführung der Volksinitiative auf Totalrevision, wurde durch die Volksabstimmung vom 21. Juli 1891 die Möglichkeit der Partialrevision eingeführt.¹³ Mit dieser Volksabstimmung wurden auch andere Bedingungen eingeführt.

Seit 1980 wurde keine Volksinitiative eingereicht, welche als allgemeine Anregung formuliert war. Im Jahr 2020 ist die Volksinitiative «Für eine generationengerechte Altersvorsorge», welche als eine allgemeine Anregung formuliert war, bereits im Sammelstadium gescheitert.¹⁴

C. Bundesverfassung von 1977

Erst knapp 20 Jahre später, nach der Einführung der Volksinitiative, wurde im September 1977 die notwendige Unterschriftenzahl von den bisherigen 50'000 auf 100'000 angehoben. Eine dem obligatorischen Referendum unterstehende Verfassungsvorlage des Bundes wurde mit einer deutlichen Mehrheit von Volk und Ständen angenommen.¹⁵ In der gleichen Volksabstimmung wurde ebenfalls die Unterschriftenzahl für das Referendum erhöht.¹⁶

Das Bundesgesetz über die politischen Rechte (BPR)¹⁷ hielt die Sammelfrist von 18 Monaten fest. Zuvor war die Sammelfrist weder durch die Bundesverfassung noch durch ein anderes Gesetz geregelt. Erst durch die Volksabstimmung im Februar 2003 fand die Sammelfrist Eingang in die Bundesverfassung selbst. Diese Änderung trat im August 2003 in Kraft.¹⁸

III. Entwicklung des Quorums für die Volksinitiative

Seit der Einführung des Initiativrechts auf Bundesebene hat sich die Anzahl der Unterschriften nur einmal verändert. Eine Erhöhung der Unterschriftenzahl wurde jedoch schon mehrmals diskutiert.

Die erste Forderung kam 1922 von Ständerat Friedrich Brügger. Er forderte in einer Motion die Erhöhung der Unterschriftenzahl von den damals geltenden 50'000 auf 100'000. Der Ständerat lehnte sein Vorhaben jedoch knapp ab.¹⁹

¹² BBl 1975 II 129, 130.

¹³ BBl 1891 IV 1.

¹⁴ BBl 2020 10087.

¹⁵ BBl 1977 III 837, 847.

¹⁶ BBl 1977 III 837, 846.

¹⁷ Das Bundesgesetz über die politischen Rechte (BPR) vom 17. Dezember 1976 (SR 161.1)

¹⁸ AS 2003 1949; BBl 2003 3111.

¹⁹ BBl 1975 II 129, 130 f.

Im Februar 1971 wurde das Frauenstimmrecht auf nationaler Ebene per Volksabstimmung eingeführt.²⁰ Bereits 1957 gab es aber Bestrebungen, das Frauenstimmrecht einzuführen. In der «Frauenstimmrechtsbotschaft» vom 22. Februar 1957 beantragte der Bundesrat eine Verdoppelung der Unterschriftenzahlen für die Initiative.²¹ Diese Koppelung zwischen Verdoppelung der Unterschriftenzahl und des Frauenstimmrechts wurde von den Räten jedoch abgelehnt. Der Bundesrat wurde aber von den Räten mittels einer Motion beauftragt, die Unterschriftenzahlen nach der Einführung des Frauenstimmrechts zum Gegenstand einer eigenen Vorlage zu machen. Das Volk und die Stände verwarfen die Einführung des Frauenstimmrechts. Somit wurde die Frage der Verdoppelung auch nicht mehr weiterverfolgt.²²

Nachdem das Frauenstimmrecht auf nationaler Ebene im Februar 1971 an der Urne angenommen wurde, kam die Frage der Erhöhung der Unterschriften immer wieder auf das politische Parkett. Dies zeigte sich in einer Reihe von Vorstössen im Parlament. Eine davon war die Interpellation im März 1971 von Ständerat Hans Nänny: Er befürchtete, dass durch die Verdoppelung der Stimmberechtigten aufgrund der Einführung des Frauenstimmrechts die Volksrechte zu politischen Spielereien mutieren könnten. Weiter befürchtete er die Blockade der Gesetzgebung aufgrund einer Flut von Volksbegehren. Der damalige Bundesrat teilte die Ansicht des Ständerats und erklärte sich bereit, die in diesem Zusammenhang aufkommenden Fragen zu überprüfen.²³

Im Juni 1974 äusserte Nationalrat Hans Tschumi in seiner Motion seine Befürchtung, dass die Vervielfachung der Stimmberechtigten bei gleichbleibender Anzahl Unterschriften zum Verlust des politischen Gewichts der Volksrechte führt. Er verlangte die Verdoppelung der Unterschriftenzahl. Auch hier teilte der Bundesrat die Ansicht des Motionärs, wollte sich jedoch nicht auf eine bestimmte Anzahl Unterschriften festlegen und nahm die Motion deshalb im September 1974 als Postulat an.²⁴

Im Dezember 1974 wurde von Nationalrat Edgar Oehler eine parlamentarische Volksinitiative eingereicht, welche die Verdoppelung der Unterschriftenzahl verlangte. Die vorberatende Kommission hatte die Behandlung dieser parlamentarischen Volksinitiative ausgesetzt, da der Bundesrat eine Botschaft in Aussicht gestellt hatte, welche dann auch im Juni 1975 folgte.²⁵

²⁰ BBl 1971 I 485.

²¹ BBl 1957 I 665, 764.

²² BBl 1975 II 129, 130 f.

²³ BBl 1975 II 129, 131.

²⁴ BBl 1975 II 129, 131.

²⁵ BBl 1975 II 129, 132.

In dieser besagten Botschaft wurde mehrmals festgehalten, dass aufgrund der Häufung der Volksinitiativen die Funktionsfähigkeit der Entscheidungsträger wie Parlament, Regierung und Volk in Frage gestellt wird. Es ist teilweise die Rede von der Überforderung des politischen Entscheidungsprozesses sowie von der Überbeanspruchung der politischen Behörden, der Verwaltung, weiterer Beteiligter am Rechtssetzungsprozess und insbesondere der Stimmbürger:innen.²⁶ Auch wird die Befürchtung geäußert, dass die Kapazität des politischen Systems nicht ausreicht, um die eingereichten Initiativen in angemessener Weise zu behandeln.²⁷ Als Alarmzeichen wird auch die zunehmende «politische Abstinenz bei wichtigen Vorlagen» gesehen.²⁸ Zudem wird festgehalten, dass es sich bei dieser Reform lediglich um eine quantitative Reform handelt und nicht um einen Eingriff in grundlegender Weise in das politische System. Die Botschaft spricht von der «Bremsung der Massierung von Volksinitiativen in der Gegenwart», um so das Parlament, die Regierung als auch insbesondere die Stimmbürger vor einer Überstrapazierung zu schützen.²⁹

Der Bundesrat hält in der Botschaft fest, dass die Zahl der Bürger, die eine Volksinitiative unterschrieben haben, im Verhältnis aller Stimmberechtigten nicht völlig unrepräsentativ sein soll. Auch stellt der Bundesrat fest, dass sich, insbesondere wegen der Einführung des Frauenstimmrechts, der zu erwartende Aufwand für die Unterschriftensammlung, auch wegen der Vermehrung der Stimmberechtigten pro Haushalt, geringer geworden ist. Weitere Faktoren für die Verringerung des Aufwands für die Unterschriftensammlung sind gemäss Botschaft die verbesserten Transport- und Kommunikationswege, die stärkere Konzentration der Bevölkerung in den städtischen Agglomerationen, die neuen Möglichkeiten der politischen Werbung sowie die Benutzung des öffentlichen Grundes für die Sammlung von Unterschriften.³⁰

Zentrales Argument in der Vernehmlassung zur Erhöhung der Unterschriftenzahl war der Schutz der Demokratie. Befürworter als auch Gegner der Erhöhung beanspruchten dieses Argument für sich: Die Befürworter äusserten die Angst, dass Volksrechte bei gleichbleibender Unterschriftenzahl leichtfertig gebraucht werden könnten und die Demokratie so zu «Tode reiten». Die Gegner befürchteten hingegen, dass durch eine Erhöhung der Unterschriftenzahl die «Volksrechte zum Monopol für finanzkräftige und mächtige Verbände degradiert würden».³¹

²⁶ BBl 1975 II 129, 134 f.

²⁷ BBl 1975 II 129, 137 f.

²⁸ BBl 1975 II 129, 135 f.

²⁹ BBl 1975 II 129, 137.

³⁰ BBl 1975 II 129, 138 f.

³¹ BBl 1975 II 129, 139.

In der Botschaft führt der Bundesrat zudem aus, dass in der Zeit zwischen 1891 und 1970, in welcher eher weniger Initiativen eingereicht wurden, diese mit über 100'000 Unterschriften eingereicht wurden. In der Zeit zwischen den Jahren 1971 bis 1974, als aussergewöhnlich viele Initiativen eingereicht wurden, wurden diese mit knapp 76'000 Unterschriften eingereicht. Die Botschaft sah einen Zusammenhang zwischen der häufigen Frequenz der eingereichten Volksinitiativen und der immer tiefer werdenden Anzahl an gesammelten Unterschriften als naheliegend.³² Die Botschaft erachtete 100'000 Unterschriften für die Einreichung einer Volksinitiative als angebracht, mit der Überzeugung, dass nach wie vor auch kleinere, finanzschwache und ideelle Gruppierungen den Aufwand für die Wahrnehmung dieses Volksrechts bewältigen können und das Initiativrecht nicht nur den finanzstarken Verbänden und Gruppierungen vorbehalten bleibt. Eine geringere Erhöhung auf 80'000 wäre ebenso vertretbar. Der Unterschied zur Rechtslage mit 50'000 Unterschriften wäre jedoch so gering, dass im Hinblick auf die Zielsetzung der Vorlage kaum eine Wirkung erzielt werde.³³ Der Bundesbeschluss vom März 1977 über die Erhöhung der Unterschriftenzahl für die Verfassungsinitiative (Art. 120 und 121 aBV)³⁴ wurde mit einer Stimmbeteiligung von 52% von rund 56% der Bevölkerung und von 16 ⅔ Ständen angenommen.³⁵

Im Juni 2016 hat die «Fraktion Bürgerlich-Demokratische Partei» die parlamentarische Volksinitiative (16.443) mit dem Titel «Schutz der Volksrechte. Mehr Sorgfalt in der direkten Demokratie» eingereicht. Die parlamentarische Volksinitiative wollte die Anzahl der Stimmberechtigten in Relation zu der benötigten Mindestzahl an Unterschriften setzen. Die Initianten wollten einen Prozentsatz von beispielsweise 3 bis 5 Prozent aller Stimmberechtigten, welcher notwendig sein sollte, um eine Volksinitiative einzureichen. Das hätte damals rund 260'000 als Quorum ausgemacht. Für das Referendum wollten die Initianten die Hälfte des für die Volksinitiative geltenden Prozentsatzes. Damit sollte auch eine Abkehr von der traditionellen absoluten Zahl stattfinden, um auch zukünftigen demographischen Entwicklungen Rechnung zu tragen. In der staatspolitischen Kommission des Nationalrats ist dieser Vorstoss auf sehr hohe Ablehnung gestossen.³⁶ Die Kommission hat das Begehren in die «Kategorie V», schriftliches Verfahren, also in die Kategorie der Schnellabschreibung, befördert und das Begehren mit 19 zu drei Stimmen abgelehnt. Die Kommissionssprecherin hielt in der Debatte fest, dass die Kommission in

³² BBl 1975 II 129, 141.

³³ BBl 1975 II 129, 142.

³⁴ BBl 1977 I 1374.

³⁵ BBl 1977 III 842, 847.

³⁶ AB 2017 N 1076.

keiner Weise die Meinung der Initianten teile, dass die Volksrechte zu viel genutzt werden. Auch hielt die Kommission fest, dass in den drei vergangenen Legislaturen nicht mehr Volksinitiativen eingereicht wurden als in den drei Legislaturen (1991 bis 2003) davor und dass in den Jahren 2013 bis 2016 so viele Volksinitiativen wie noch nie an der Unterschriftenhürde gescheitert sind. Abschliessend wird von der Kommissionssprecherin festgehalten, dass neue Techniken nicht zur einfacheren Sammlung beigetragen haben und dass die beantragte Anpassung der Unterschriftenzahl die Volksrechte stärker von der Finanzkraft der Verbände und Komitees abhängig macht. Auch im Nationalrat fand das Begehren keinen Anklang: Die parlamentarische Volksinitiative wurde mit einer grossen Mehrheit von 172 Stimmen abgelehnt. Nur acht Mitglieder des Nationalrats stimmten dafür, drei enthielten sich bei der Abstimmung.³⁷

IV. Demographische Entwicklung der Schweiz³⁸

Die Bevölkerung in der Schweiz wächst stetig, damit verbunden auch die Anzahl der Stimmberechtigten. Das Verhältnis zwischen den Stimmberechtigten und der notwendigen Unterschriftenzahl wird dementsprechend kleiner:

Jahr	Stimmberechtigte total	Notwendige Unterschriftenzahl für Initiative	Verhältnis in %
19.01.1879 ³⁹	636'996	50'000	7.85%
20.08.1893 ⁴⁰	668'913	50'000	7.47%
20.05.1900	745'228	50'000	6.71%
24.05.1925	1'008'865	50'000	4.96%
29.01.1950	1'394'970	50'000	3.58%
06.06.1971 ⁴¹	3'565'435	50'000	1.40%
25.09.1977 ⁴²	3'811'426	50'000	1.31%

³⁷ AB 2017 N 1077.

³⁸ Bundesamt für Statistik, Eidgenössische Volksabstimmungen 1990–1999, detaillierte Ergebnisse, abrufbar unter <<https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/politik/abstimmungen.assetdetail.33427384.html>>.

³⁹ Erste verfügbare Zahl zur Stimmberechtigung gemäss dem Bundesamt für Statistik.

⁴⁰ Erste Volksinitiative über die abgestimmt wurde.

⁴¹ Einführung Frauenstimmrecht.

⁴² Abstimmung über die Erhöhung der notwendigen Unterschriftenzahl für eine Volksinitiative von 50'000 auf 100'000.

28.11.1982 ⁴³	4'022'995	100'000	2.49%
12.03.2000	4'659'124	100'000	2.15%
17.05.2009	5'011'176	100'000	2.00%
24.11.2024	5'615'207	100'000	1.78%

Die Anzahl der Stimmberechtigten ist im Vergleich zur ersten Volksinitiative bis Ende 2024 um das 8.4-Fache gestiegen. Das Verhältnis in Prozent zwischen der Anzahl der Stimmberechtigten und der geltenden Unterschriftenzahl ist 4.4-mal grösser. Heute steht die Unterschriftzahl von 100'000 in einem Verhältnis von 1.78% zu den Stimmberechtigten insgesamt. Dabei handelt es sich um einen der niedrigsten Werte in der Geschichte.

V. Nutzung des Instruments der Volksinitiative⁴⁴

A. Anzahl eingereicherter Volksinitiativen seit der Einführung

Seitdem die Volksinitiative eingeführt wurde, wurden für unterschiedlichste Volksbegehren Unterschriften gesammelt. Einige haben die Unterschriftenzahl erreicht, andere nicht. Zwischen Dezember 1893 und Dezember 2024 wurden insgesamt 536 Volksinitiativen lanciert. Davon wurden 356 erfolgreich eingereicht. 144 Begehren scheiterten hingegen schon im Sammelstadium. Zurzeit sind 36 Volksinitiativen pendent im Sammelstadium. Zwei Volksinitiativen sind in Auszählung. Neun Initiativen sind beim Bundesrat hängig und neun beim Parlament. Eine Volksinitiative ist abstimmungsreif. Insgesamt wurde über 235 Initiativen abgestimmt, wobei 26 von Volk und Ständen angenommen wurden.⁴⁵

Jahre	Abgestimmte Initiativen	Davon angenommen
1890–1899	3	1
1900–1909	4	1
1910–1919	3	1
1920–1929	14	3

⁴³ Erste Volksinitiative mit einer notwendigen Unterschriftenzahl von 100'000.

⁴⁴ Bundesamt für Statistik, Eidgenössische Volksabstimmungen 1990–1999, detaillierte Ergebnisse (Fn. 47).

⁴⁵ Bundeskanzlei, abrufbar unter <https://www.bk.admin.ch/ch/d/pore/vi/vis_2_2_5_9.html>.

1930–1939	6	0
1940–1949	6	1
1950–1959	10	0
1960–1969	5	0
1970–1979	23	0
1980–1989 ⁴⁶	24	2
1990–1999	29	3
2000–2009	44	5
2010–2019	45	5
2020–2024	19	4

Die Anzahl der abgestimmten Volksinitiativen ist seit 1980 15-mal grösser. Auch ist ein deutlicher Anstieg nach der Jahrtausendwende zu erkennen. Während sich die Anzahl der Volksinitiativen in den letzten drei Jahrzehnten des 20. Jahrhunderts jeweils nur wenig erhöht hat, waren es nach der Jahrtausendwende jeweils 15 Volksinitiativen mehr pro Jahrzehnt, über die abgestimmt wurde. In den Jahren 2010 bis 2019 wurde demnach pro Jahr durchschnittlich 4.5-mal und etwa alle 2.5 Monate über eine Volksinitiative abgestimmt. In den letzten zwei Jahrzehnten wurde insgesamt über 44 und 45 Initiativen abgestimmt und jeweils fünf davon wurden angenommen. In den letzten fünf Jahren hingegen wurde bereits über 19 Volksinitiativen, Tendenz steigend, abgestimmt, wobei vier davon angenommen wurden. Die Anzahl der angenommenen Initiativen scheint demnach auch zu steigen.

B. Zustande gekommene Initiativen 2023 und 2024

In den Jahren 2023 und 2024 wurden insgesamt folgende 18 Initiativen eingereicht, welche auch zustande kamen:

⁴⁶ Dabei sind zwei der 24 Initiativen mit einer Unterschriftenzahl von 50'000 zustande gekommen, wie es in der alten Bundesverfassung vorgesehen war. Die restlichen 22 Initiativen sind mit einer Unterschriftenzahl von 100'000 nach neuer Bundesverfassung zustande gekommen. Alle Initiativen danach sind mit einem Unterschriftenquorum von 100'000 zustande gekommen.

Titel Initiative⁴⁷	Eingereichte Unterschriften	Gültige Unterschriften	Ende Sammelfrist	Eingereicht am
Ja zur medizinischen Versorgungssicherheit ⁴⁸	112'335	108'709	04.10.24	03.10.24
Inklusions-Initiative ⁴⁹	109'110	107'910	25.10.24	05.09.24
Ernährungsinitiative ⁵⁰	113'060	112'736	13.12.24	16.08.24
Neutralitätsinitiative ⁵¹	131'918	129'806	08.05.24	11.04.24
Nachhaltigkeitsinitiative ⁵²	114'805	114'430	04.01.25	03.04.24
Ja zu fairen Bundessteuern auch für Ehepaare ⁵³	102'051	101'382	27.03.24	27.03.24
Ja zu fairen AHV-Renten auch für Ehepaare ⁵⁴	105'921	104'973	27.03.24	27.03.24
Klimafonds-Initiative ⁵⁵	103'194	102'354	06.03.24	22.02.24
Blackout stoppen ⁵⁶	126'707	125'830	01.03.24	16.02.24
Initiative für eine Zukunft ⁵⁷	110'320	109'988	16.02.24	08.02.24
Pelz-Initiative ⁵⁸	115'059	113'474	28.12.23	28.12.23
Stopfleber-Initiative ⁵¹	103'243	102'478	28.12.23	28.12.23
Für eine Einschränkung von Feuerwerk ⁵⁹	138'237	137'193	03.11.23	03.11.23
Service-citoyen-Initiative ⁶⁰	107'871	107'613	26.10.23	26.10.23
SRG-Initiative ⁶¹	127'823	126'290	01.12.23	10.08.23

⁴⁷ Aus Platzgründen wurde bei gewissen Initiativen, falls vorhanden, der Komitee-Titel gewählt. Teilweise wurden deshalb die Titel auch gekürzt.

⁴⁸ BBl 2024 3177.

⁴⁹ BBl 2024 2637.

⁵⁰ BBl 2024 2389.

⁵¹ BBl 2024 3136.

⁵² BBl 2024 1036.

⁵³ BBl 2024 937 f.

⁵⁴ BBl 2024 938.

⁵⁵ BBl 2024 808.

⁵⁶ BBl 2024 652.

⁵⁷ BBl 2024 509.

⁵⁸ BBl 2024 393 f.

⁵⁹ BBl 2023 2747.

⁶⁰ BBl 2023 2659.

⁶¹ BBl 2023 2008.

Kita-Initiative ⁶²	102'617	102'238	08.09.23	05.07.23
Umweltverantwortungsinitiative ⁶³	106'320	105'940	24.02.23	22.03.23
Bargeld ist Freiheit ⁶⁴	137'081	136'767	17.02.23	15.02.23

Der Vergleich der Unterschriftenzahl der zustande gekommenen Initiativen zeigt, dass über die Hälfte der Volksinitiativen mit über 110'000 gültigen Unterschriften eingereicht wurden. Fünf davon haben mehr als 125'000 gültige Unterschriften, wobei eine bei knapp unter 130'000 Unterschriften liegt und zwei über 135'000 gültige Unterschriften verzeichnen. Auch festzustellen ist, dass einige Volksinitiativen kurz vor Ablauf der Sammelfrist oder sogar am letzten Tag der Sammelfrist bei der Bundeskanzlei eingegangen sind. Andere wiederum sind einen Monat vor Ablauf der Sammelfrist eingegangen. Auch hier sind Unterschiede vorhanden, deren Gründe nicht ersichtlich sind. Die sogenannte «Nachhaltigkeitsinitiative» wurde schon acht Monate nach Sammelbeginn und demnach acht Monate vor Ablauf der regulären Frist eingereicht.

C. Nicht zustande gekommene Initiativen 2023 und 2024

In den Jahren 2023 und 2024 wurden insgesamt folgende 19 Initiativen lanciert, welche nicht zustande kamen. Dabei sind einige im Sammelstadium gescheitert, da keine Unterschriften innerhalb der Frist eingereicht wurden, während andere eingereicht wurden, das benötigte Quorum aber nicht erreichten:

Titel Initiative⁶⁵	Ende Sammelfrist
Bestätigung der Bundesrätinnen und Bundesräte durch Volk und Stände ⁶⁶	16.11.2024
Zum Schutz von Mensch, Haus- und Nutztier vor dem Wolf ⁶⁷	02.11.2024
Wer mit Bargeld bezahlen will, muss mit Bargeld bezahlen können ⁶⁸	21.09.2024

⁶² BBl 2023 1750.

⁶³ BBl 2023 746; BBl 2024 2488: wird vom Parlament zur Ablehnung empfohlen.

⁶⁴ BBl 2023 602.

⁶⁵ Aus Platzgründen wurde bei gewissen Initiativen, wenn vorhanden, der Komitee-Titel gewählt. Teilweise wurden deshalb auch die Titel gekürzt.

⁶⁶ BBl 2024 2842.

⁶⁷ BBl 2024 2726.

⁶⁸ BBl 2024 2390.

Aufarbeitungsinitiative ⁶⁹	28.08.2024
Jede einheimische und erneuerbare Kilowattstunde zählt ⁷⁰	14.08.2024
Neugestaltung des Wirtschaftssystems zu einer gemeinschaftlichen Kontingentwirtschaft ⁷¹	10.07.2024
Ja zu einer unabhängigen Selbstvorsorge ⁷²	25.04.2024
Ja zu einer unabhängigen Naturheilkunde ⁷³	25.04.2024
Saferphone-Initiative ⁷⁴	13.03.2024
Chauffeurinitiative ⁷⁵	12.01.2024
Nationalbankgewinne für eine starke AHV (SNB-Initiative) ⁷⁶	24.11.2023
Für eine neue Bundesverfassung ⁷⁷	19.10.2023
Entschädigungsinitiative ⁷⁸	29.09.2023
Volk und Stände entscheiden über dringlich erklärte Bundesgesetze ⁷⁹	25.07.2023
Einmal-darüber-schlafen-Initiative ⁸⁰	21.06.2023
Lebensfähige-Babys-retten-Initiative ⁸¹	21.06.2023
Leben in Würde – Für ein finanzierbares bedingungsloses Grundeinkommen ⁸²	21.03.2023
Generationeninitiative ⁸³	07.03.2023

Der Vergleich zwischen den zustande gekommenen Volksinitiativen und den nicht zustande gekommenen Initiativen zeigt, dass etwa gleich viele lancierte

⁶⁹ BBl 2024 2121.

⁷⁰ BBl 2024 1952.

⁷¹ BBl 2024 1682: Eingereicht aber Quorum von 100'000 Unterschriften um mehr als die Hälfte verfehlt.

⁷² BBl 2024 940.

⁷³ BBl 2024 939.

⁷⁴ BBl 2022 3086: Eingereicht aber Quorum von 100'000 Unterschriften um mehr als die Hälfte verfehlt.

⁷⁵ BBl 2024 68.

⁷⁶ BBl 2023 603: Eingereicht aber Quorum von 100'000 Unterschriften um mehr als die Hälfte verfehlt.

⁷⁷ BBl 2023 2387.

⁷⁸ BBl 2023 2222.

⁷⁹ BBl 2023 1749.

⁸⁰ BBl 2023 1513.

⁸¹ BBl 2023 1514.

⁸² BBl 2023 751.

⁸³ BBl 2023 658.

Volksinitiativen eingereicht wurden und zustande kamen wie jene, die lanciert wurden und entweder im Sammelstadium scheiterten und erst gar nicht eingereicht wurden oder eingereicht wurden, jedoch die Unterschriftenzahl das Quorum nicht erreichte. Diejenigen Volksinitiativen, die zwar eingereicht wurden, aber das nötige Quorum nicht erreichten, erreichten das Quorum jeweils sehr deutlich nicht. Die Unterschriftzahl wurde um die Hälfte verfehlt.

VI. Entwicklung der Unterschriftensammlung

A. Einführung der «E-ID»

Die Welt erfährt in vielen Hinsichten eine Digitalisierung. Über 80 Personen arbeiten zurzeit an der sogenannten E-ID, welche vom Bundesamt für Justiz geleitet wird. Dabei geht es um einen staatlich anerkannten elektronischen Identifikationsnachweis, der es der Schweizer Bevölkerung ermöglicht, sich online auszuweisen, um ihre Identität zu beweisen. Dafür soll die notwendige «Vertrauensstruktur» durch den Bund geschaffen werden. Im November 2023 verabschiedete der Bundesrat den Gesetzesentwurf und die Botschaft zuhanden des Parlaments.⁸⁴ Die Einführung dieser staatlichen E-ID des Bundes ist frühestens Anfang 2026 zu erwarten.⁸⁵

B. «E-Collecting» als nächster Schritt

Im Jahr 2006 hat der Bundesrat vier Etappen für die Einführung der «Vote électronique» festgelegt.⁸⁶ In der ersten Etappe soll die elektronische Stimmabgabe bei Abstimmungen ermöglicht werden. In der zweiten Etappe soll die Möglichkeit erfolgen, die Stimmabgabe bei Wahlen elektronisch abzugeben. Danach soll in der dritten Etappe die elektronische Unterschriftensammlung für Referendums- und Volksinitiativbegehren ermöglicht werden («E-Collecting»). Die vierte und letzte Etappe beinhaltet noch die Unterzeichnung der Wahlvorschläge bei Nationalratswahlen.⁸⁷

Im November 2024 hat der Bundesrat den Bericht «Elektronische Unterschriftensammlung für eidgenössische Volksbegehren (E-Collecting)» verabschiedet. Dieser Bericht soll die «organisatorischen, technischen, rechtlichen und

⁸⁴ BBl 2023 2842.

⁸⁵ Medienmitteilung des Bundesrates vom 22. November 2023, abrufbar unter <<https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/aktuell/mm.msg-id-98758.html>>.

⁸⁶ Bericht des Bundesrates zu Vote électronique, Auswertung der Einführung von Vote électronique (2006–2012) und Grundlagen zur Weiterentwicklung vom 14. Juni 2013, 23 ff.

⁸⁷ Bericht des Bundesrates zu Vote électronique (Fn. 97), 25 ff.

staatspolitischen Chancen und Risiken» von «E-Collection» aufzeigen.⁸⁸ Der Begriff «E-Collecting» bedeutet das Sammeln von Unterstützungsbekundungen für Volksinitiativen sowie auch für Referenden in elektronischer Form.⁸⁹ Der Bundesrat wird die Annahme der Motion 21.3607 von der staatspolitischen Kommission des Nationalrates⁹⁰ und aller gleichnamigen Motionen⁹¹ empfehlen. Aufgrund dieses Berichts hat der Bundesrat die Bundeskanzlei mit einem Vorprojekt beauftragt, mit welchem die Grundlagen für praktische Versuche mit «E-Collecting» entwickelt werden. Es soll aufgrund dessen ein Umsetzungskonzept mit Rechtsgrundlagen erarbeitet werden.⁹²

Der Bericht, beziehungsweise die dem Bericht zugrunde liegende Studie, kommt zum Schluss, dass insgesamt nicht erwartet werde, dass es aufgrund des «E-Collecting» zu einem starken Anstieg lancierter Volksinitiativen kommen werde. Es könnte aber gemäss Bericht zu mehr erfolgreichen Unterschriftensammlungen kommen, sodass weniger lancierte Volksinitiativen im Sammelstadium scheitern würden. Der Anstieg dürfte aber eher gering ausfallen.⁹³

Auch in den Nachbarländern beziehungsweise in der Europäischen Union zeigt sich diese Entwicklung. Mit der europäischen Bürgerinitiative wurde die Möglichkeit geschaffen, sich als EU-Bürger:innen bei EU-Angelegenheiten zu beteiligen.⁹⁴ Für ein Anliegen können online auf einer Plattform Unterschriften gesammelt werden.⁹⁵

C. Bürger:inneninitiative: WeCollect.ch

Nicht nur auf Seiten des Staats, sondern auch bei der Bevölkerung sind mehrere Projekte angelaufen, welche die Unterschriftensammlung digitalisieren und vereinfachen. Die Online-Plattform «WeCollect» wird von der Stiftung für

⁸⁸ Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulates 21.3607, Elektronische Unterschriftensammlung für eidgenössische Volksbegehren (E-Collecting) vom 20. November 2024.

⁸⁹ Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulates 21.3607 (Fn. 99), 15.

⁹⁰ AB 2021 N 1762.

⁹¹ Motion 24.3905 Michel Matthias; Motion 24.3907 Gerhard Andrey; Motion 24.3908 Dominik Blunschy; Motion 24.3909 Marcel Dobler; Motion 24.3910 Beat Flach; Motion 24.3911 Niklaus-Samuel Gugger; Motion 24.3912 Marti Min Li.

⁹² Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulates 21.3607 (Fn. 99), 40.

⁹³ Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulates 21.3607 (Fn. 99), 37; BÜHLMANN MARC/SCHAUB HANS-PETER, Staatspolitische Auswirkung von E-Collecting. Studie im Auftrag der Bundeskanzlei, Bern 2023, 49 m.w.H.

⁹⁴ PERRIARD BARBARA, Das Stimmvolk hat das letzte Wort, in: LeGes (2012), 151-158, 157.

⁹⁵ Europäische Bürgerinitiative, abrufbar unter <https://citizens-initiative.europa.eu/_de>.

direkte Demokratie betrieben. Durch die Stiftung und die Plattform werden Volksinitiativen und Referenden unterstützt.⁹⁶

Die Stiftung schafft durch die Plattform die Möglichkeit, das Begehren online zu platzieren und dafür zu werben. Diejenigen, die dieses Vorhaben unterstützen wollen, können sich bei diesem Vorhaben registrieren. Nachdem man sich beim gewünschten Vorhaben registriert hat, bekommt man per E-Mail eine Benachrichtigung, ob man den Unterschriftenbogen zur unterstützten Volksinitiative herunterladen will oder ob man ihn auf dem postalischen Weg erhalten will. Im heruntergeladenen Unterschriftenbogen ist die Adresse bereits ausgefüllt. Man muss demnach nur noch den Vor- und Nachnamen ausfüllen und den Bogen unterschreiben. Der Unterschriftenbogen ist bereits frankiert. Die Portokosten wie auch die Kosten für den postalischen Versand des Unterschriftenbogens werden durch die Stiftung für direkte Demokratie getragen. Gemäss eigenen Angaben wurden bereits 836'675 Unterschriften für 104 Initiativen und Referenden gesammelt.⁹⁷ Die Plattform gibt keine Auskunft darüber, ob diese Unterschriften tatsächlich eingereicht wurden oder ob es sich bei dieser Zahl um die Unterstützungsbekundungen auf der Plattform handelt, welche an sich noch keine rechtsgültige Unterschrift ist.

D. Digital Deliberative Democracy

Unter der Leitung unterschiedlicher Professoren verschiedener Fakultäten der Universität Zürich und unter der Mitarbeit einiger Doktorand:innen⁹⁸ sowie in Zusammenarbeit mit der Universität Queensland, Australien, läuft ein Projekt unter dem Titel «Large-Scale Political Participation: Issue Identification, Deliberation, and Co-creation (Digital Deliberative Democracy)». Das Projekt untersucht, wie technologiegestützte Crowd-Computing-Ansätze das Vernehmlassungsverfahren in der Gesetzgebung als auch die Volksinitiativen und damit auch die Demokratie stärken können. Mit Hilfe einer Online-Plattform und künstlicher Intelligenz soll den Bürger:innen ermöglicht werden, gleichzeitig, unabhängig von der Örtlichkeit und online einen Initiativtext verfassen oder am Vernehmlassungsverfahren teilnehmen zu können. Dies in der Hoffnung, die Beteiligung der Bevölkerung an der Gesetzgebung zu erhöhen.⁹⁹

⁹⁶ Stiftung für direkte Demokratie, abrufbar unter <<https://www.demokratie.ch>>.

⁹⁷ Plattform für direkte Demokratie, abrufbar unter <<https://www.wecollect.ch>>.

⁹⁸ Der Verfasser dieses Beitrags ist Doktorand bei diesem Projekt.

⁹⁹ Large-Scale Political Participation: Issue Identification, Deliberation, and Co-creation, abrufbar unter <<https://data.snf.ch/grants/grant/205975>>.

VII. Fazit

Seit der Einführung des Initiativrechts und einiger kleinerer Anpassungen ist einiges passiert. Die Bevölkerungszahl der Schweiz ist gestiegen, was auch zu einem Anstieg der Anzahl der Stimmberechtigten geführt hat. Insbesondere in den Städten und deren Agglomerationen ist eine Konzentration der Bevölkerung festzustellen. Die demographische Realität in der Schweiz hat sich stark verändert.

Die Volksinitiative hat sich insbesondere in den letzten Jahrzehnten zu einem häufig genutzten Instrument entwickelt. Auch zeigt der Blick auf die Entwicklung der Volksinitiativen der letzten Jahre, dass in der Schweiz so viele Volksinitiativen wie noch nie zuvor lanciert wurden. Dementsprechend sind auch die dazugehörigen Volksabstimmungen gestiegen. Die Zahl der abgestimmten Volksinitiativen ist seit 1980 15-mal grösser, was auch zu einem Mehraufwand für die Verwaltung führt. Auch das ist eine neue Realität.

Weiter zeigen die jüngsten Entwicklungen, dass in Sachen Digitalisierung einiges auf die Schweiz zukommen wird. Die E-ID als auch die Möglichkeit, online seine Bekundung für eine Volksinitiative (E-Collecting) abzugeben, scheinen unmittelbar oder mittelbar bevorzuzustehen. Bürger:innen organisieren und tauschen sich online aus. Die Kommunikation ist durch das Internet und Social Media schneller und einfacher geworden. Auch dies wird eine neue Realität bedeuten. Bereits in der Botschaft von 1975 wurde festgehalten, dass sich die Transport- und Kommunikationswege verbesserten im Vergleich zur Einführung der Volksinitiative. Im Vergleich zu den Möglichkeiten im Jahr 1975 haben wir immense Fortschritte verzeichnen können. Dieses Argument ist demnach gewichtiger als zuvor.

Was jedoch konstant geblieben ist, ist die benötigte Unterschriftenzahl, um eine Volksinitiative einzureichen, obwohl sich so viele Realitäten verändert haben. Seit 1977 statuiert die Bundesverfassung das Quorum von 100'000 Unterschriften. Mit der Einführung des Frauenstimmrechts in den 70er Jahren wurde mit einem Schlag die Zahl der Stimmberechtigten rund 2.5-mal grösser. Das Verhältnis zwischen den Stimmberechtigten und dem geltenden Quorum ist so tief wie schon lange nicht mehr und liegt bei 1.78%. Aufgrund des Bevölkerungswachstums wird dies wohl tendenziell weiter nach unten gehen. Diese Verhältnisse im Zusammenhang mit den Entwicklungen im Bereich der Digitalisierung, insbesondere dem E-Collecting, zeigen, dass es einfacher geworden ist und noch einfacher sein wird, Unterstützer:innen für eine Volksinitiative zu finden. Ob dies schlussendlich zu einem drastischen Anstieg an Volksinitiativen führen wird, kann nicht abschliessend festgehalten werden. Dies muss

jedoch von den unterschiedlichen Akteuren im Auge behalten werden. Unbestritten scheint jedoch, dass diese neuen Entwicklungen zu Kostenersparnissen für die Initiant:innen führen, da der Staat die notwendigen Tools zur Verfügung stellen wird. Dies würden auch die Kosten für die Einreichung einer Volksinitiative stark senken. So könnten auch finanzschwache Gruppen ihre Anliegen an die Bevölkerung bringen.

Bei der Frage, ob das Quorum erhöht werden soll oder nicht, handelt es sich um eine sehr politische als auch emotionale Frage, welche wahrscheinlich bei den wenigsten Anklang finden wird, wie auch die letzte dazu geführte Debatte im Nationalrat im Jahr 2017 zeigte.

Schon in den Debatten rund um die Erhöhung des Quorums nach Einführung des Frauenstimmrechts waren die Argumente ähnliche. Argumentiert wurde mit der Möglichkeit der Machtspielereien sowie einem möglichen Verlust des politischen Gewichts der Volksinitiative bei gleichbleibendem Quorum trotz steigender Anzahl der Stimmberechtigten. Auch die damaligen Argumente der Überforderung des politischen Entscheidungsprozesses sowie der Überbeanspruchung der politischen Behörden, der Verwaltung sowie weiterer Beteiligter am Rechtssetzungsprozess und insbesondere der Stimmbürger:innen bleiben die gleichen. Auch die Befürchtung, dass die Kapazität des politischen Systems nicht ausreicht, um die eingereichten Initiativen in angemessener Weise zu behandeln, sowie die politische Abstinenz bei wichtigen Vorlagen ist nach wie vor die gleiche.

Es sieht so aus, als würde sich keine Partei und keine Politiker:innen so weit aus dem Fenster lehnen und so eine Änderung anstossen, um dann möglicherweise als Feind:in der direkten Demokratie abgestempelt zu werden. Nichtsdestotrotz sollten diese direktdemokratischen Volksrechte gewahrt und gesichert werden. Sie sollten auch nicht verwässert werden und an Bedeutung verlieren, auch wenn dies dazu führt, dass das Quorum, in welcher Form auch immer, nach oben angepasst wird.

Die Geschichte zeigt, dass sich die Realitäten teilweise wiederholen. Demnach müssen sich auch die zu ergreifenden Massnahmen, um das Recht an die Realität anzupassen, wiederholen.

Realitätscheck Ständemehr

Aus der Zeit gefallene Antiquität oder bedeutendes Instrument des Föderalismus?

Clio Zubler

Inhaltsübersicht

I.	Aktualität eines traditionellen Instruments	218
II.	«Recht»: Die Regelung und ihre Begründung	219
A.	Rechtliche Ausgestaltung	219
1.	Mechanismus	219
2.	Anwendungsbereich	220
B.	Rechtshistorische Begründung	220
1.	Stärkung des Föderalismus	220
2.	Minderheitenschutz	221
III.	«Realität»: Aktuelle Gegebenheiten	222
A.	Übersicht	222
B.	Analyse	224
1.	Zunahme der am Ständemehr gescheiterten Vorlagen	224
2.	Inhalt der Vorlagen	226
C.	Veränderter Minderheitenschutz	227
1.	«Gewinner» des Ständemehrs	227
2.	«Verlierer» des Ständemehrs	227
3.	Einordnung	228
D.	Verstärkte Einschränkung der Stimmkraftgleichheit	229
1.	Verfassungsrechtlich gewollte Einschränkung	229
2.	Entwicklung der kantonalen Bevölkerungszahlen	230
IV.	Reformbedarf?	231
A.	Ausgangslage	231
B.	Reformvorschlag des «stärkeren Mehrs»	232
C.	Wahrscheinlichkeit dieser Reform	233
V.	Fazit	234

I. Aktualität eines traditionellen Instruments

Das Ständemehr – also das Erfordernis der Zustimmung der Mehrheit der Kantone zu bestimmten Vorlagen¹ – war bereits in der BV 1848² enthalten und besteht somit seit der Gründung des Bundesstaates. Damit kann es als traditionelles Instrument der schweizerischen politischen Ordnung bezeichnet werden. Dennoch hat es nicht an Aktualität eingebüsst: Es gelangt einerseits regelmässig zur Anwendung in Form des doppelten Mehrs, welches insbesondere eine Rolle spielt bei Volksinitiativen und den damit verlangten Veränderungen der Bundesverfassung (Art. 140 Abs. 1 lit. a BV³). Andererseits entbrennen immer wieder Diskussionen, ob das doppelte Mehr und damit das Ständemehr hinsichtlich einer konkreten Vorlage überhaupt erforderlich ist. So etwa bei der Einführung der «Ehe für alle»⁴ oder in Bezug auf das neue Vertragspaket zwischen der Schweiz und der EU⁵. Im Oktober 2024 wurde sodann eine Initiative lanciert, welche unter anderem «völkerrechtliche Verträge, die eine Übernahme wichtiger rechtsetzender Bestimmungen vorsehen», dem doppelten Mehr unterstellen will.⁶ Dies verdeutlicht die Aktualität der Thematik, die Bedeutung des Ständemehrs und seine Macht, Verfassungsänderungen und völkerrechtliche Verträge zu verhindern.

Gerade weil das Ständemehr nach wie vor und bei verschiedensten Vorlagen eine entscheidende Rolle spielt, ist es wichtig, dass dessen Mechanismus breit akzeptiert ist. Dieser wird allerdings regelmässig infrage gestellt, etwa als die «Konzernverantwortungsinitiative» einzig am Ständemehr scheiterte.⁷

¹ Siehe dazu unten, [II.A.](#)

² Art. 114 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 12. September 1848, BBl 1849 I, 3 ff., 33.

³ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101).

⁴ Bundesamt für Justiz, Ehe für alle – Fragen zur Verfassungsmässigkeit vom 7. Juli 2016, abrufbar unter <<https://www.parlament.ch/centers/documents/de/13-468-verfassungs-maessigkeit-bj-2016-07-07-d.pdf>>; HÄNER ISABEL/BUNDI LIVIO, Ehe für alle und ihre Verfassungsmässigkeit, Jusletter, 6. September 2021.

⁵ Bundesamt für Justiz, Das Staatsvertragsreferendum im Bundesverfassungsrecht, rechtliche Übersicht und Analyse vom 27. Mai 2024, abrufbar unter <<https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/publiservice/publikationen/berichte-gutachten/2024-05-27.html>>; SCHMID STEFAN G., Das «ungeschriebene» obligatorische Staatsvertragsreferendum, ZBl 2024, 519 ff.

⁶ Eidgenössische Volksinitiative «Für eine direktdemokratische und wettbewerbsfähige Schweiz – keine EU-Passivmitgliedschaft (Kompass-Initiative)», BBl 2024, 2414.

⁷ KÄLIN KARIN, Die kleinen Kantone bodigen die Konzernverantwortungsinitiative – jetzt sagen die Grünen am Ständemehr, Aargauer Zeitung vom 30. November 2020, <<https://www.aargauerzeitung.ch/meinung/kommentare-aaz/die-kleinen-kantone-bodigen-die-konzernverantwortungsinitiative-jetzt-sagen-die-grunen-am-standemehr-ld.2070267>>.

Aus diesem Anlass diskutiert der vorliegende Beitrag, ob die rechtliche Ausgestaltung und damit einhergehend die rechtshistorische Begründung des Ständemehrs mit den heutigen Gegebenheiten noch vereinbar sind. Oder anders ausgedrückt: Ob «Recht» und «Realität» in diesem konkreten Fall noch deckungsgleich oder schon zu weit entfernt voneinander sind. Dafür werden zuerst die rechtliche Ausgestaltung und deren rechtshistorische Begründung beleuchtet, bevor diese den aktuellen Gegebenheiten gegenübergestellt werden.

II. «Recht»: Die Regelung und ihre Begründung

A. Rechtliche Ausgestaltung

I. Mechanismus

Gemäss Art. 140 Abs. 1 BV brauchen Vorlagen, die dem obligatorischen Referendum unterliegen, für ihr Zustandekommen die Zustimmung von Volk und Ständen («doppeltes Mehr»⁸). Der Ausdruck «Volk» meint die Stimmbürgererschaft gemäss Art. 136 Abs. 1 BV. Der Ausdruck «Stände» wird in der BV anstelle von «Kantone» verwendet, wenn die Kantone «aufgrund ihrer Mitwirkung an der Willensbildung im Bund als Organe des Bundes auftreten».⁹

Das doppelte Mehr setzt sich aus der Mehrheit der Stimmenden und der Mehrheit der Stände zusammen (Art. 142 Abs. 2 BV). Dies spiegelt die Zusammensetzung der Eidgenossenschaft aus dem Schweizervolk und den 26 Kantonen wider (Art. 1 BV). Für die Stände gilt grundsätzlich: «Ein Kanton – eine Stimme», wobei den Kantonen Obwalden, Nidwalden, Basel-Stadt, Basel-Landschaft, Appenzell Ausserrhoden und Appenzell Innerrhoden aus historischen Gründen je eine halbe Standesstimme (Art. 142 Abs. 4 BV) zukommt.¹⁰ Für die Annahme einer Vorlage, die dem doppelten Mehr unterliegt, ist nebst dem Volksmehr eine Zustimmung von 12 Kantonen notwendig (20 volle und 6 halbe ergeben 23 Standesstimmen, geteilt durch 2 ergibt 11,5), denn bei 11,5 zu 11,5 Standesstimmen gilt die Vorlage als verworfen.¹¹ Das Ergebnis der Volksabstimmung im Kanton gilt als dessen Standesstimme (Art. 142 Abs. 3 BV). Bei

⁸ Dazu und zum Folgenden: SGK BV-KLEY, Art. 142, vgl. N 7 und 12, St. Galler Kommentar schweizerische Bundesverfassung, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), 4. A., Zürich/St. Gallen 2023 (zit. SGK BV-BEARBEITER/IN, Art. XX, N YY).

⁹ Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I, 1 ff., 358.

¹⁰ SCHWEIZER RAINER J., Entstehung des schweizerischen Föderalismus, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2020, Bd. I, III.1, Rz. 24.

¹¹ BBl 1997 I (Fn. 9), 367.

Stimmengleichheit in einem Kanton wird dessen Standesstimme zu den ablehnenden Kantonen gezählt (Art. 13 Abs. 2 BPR¹²).

Indem das kantonale Abstimmungsergebnis die Standesstimme definiert, üben die Stimmberechtigten im Rahmen des doppelten Mehrs die Volkssouveränität einmal im Namen des kantonalen Volks und einmal im Namen des schweizerischen Volks aus.¹³ CHENEVAL spricht in diesem Zusammenhang auch von einer *Demoikratie* (also einer Völkerherrschaft anstatt einer Volksherrschaft).¹⁴ Es handelt sich bei dem schweizerischen Volk und der Summe aller kantonalen Völker um dieselbe Personengesamtheit, nämlich die in Bundesangelegenheiten Stimmberechtigten.¹⁵

2. Anwendungsbereich

Das doppelte Mehr ist bei allen Änderungen der Bundesverfassung (Art. 140 Abs. 1 lit. a BV) erforderlich: Teil- oder Totalrevisionen, von der Bundesversammlung beschlossen oder durch Volksinitiative gefordert.¹⁶ Als wichtige Konsequenz davon braucht es für eine neue oder für die Änderung einer bestehenden Bundeskompetenz (Art. 54–125 BV) die Zustimmung der Mehrheit der Kantone.

Ebenso dem doppelten Mehr unterstehen der Beitritt zu Organisationen für kollektive Sicherheit oder zu supranationalen Gemeinschaften (Art. 140 Abs. 1 lit. b BV) und dringlich erklärte Bundesgesetze, die keine Verfassungsgrundlage haben und deren Geltungsdauer ein Jahr übersteigt (Art. 140 Abs. 1 lit. c BV bzw. Art. 165 Abs. 3 BV).

B. Rechtshistorische Begründung

1. Stärkung des Föderalismus

Die Aufnahme des Ständemehrs in die BV 1848 lässt sich aus dem historischen Kontext erklären: Während der Helvetik gestaltete Frankreich die Schweiz, die

¹² Bundesgesetz über die politischen Rechte vom 17. Dezember 1976 (BPR, SR 161.1).

¹³ CHENEVAL FRANCIS, Die eigentliche demokratische Zauberformel: Über die Schweiz als «Völkerherrschaft», NZZ vom 30. Mai 2012, <<https://www.nzz.ch/feuilleton/die-eigentliche-demokratische-zauberformel-ld.656533>>.

¹⁴ CHENEVAL (Fn. 13).

¹⁵ BISAZ CORSIN, Direktdemokratische Instrumente als «Anträge aus dem Volk an das Volk», eine Systematik des direktdemokratischen Verfahrensrechts in der Schweiz, Zürich 2020, Rz. 103 m.w.H.

¹⁶ SGK BV-EHRENZELLER/NOBS, Art. 140, N 15.

zuvor ein Staatenbund war, durch Zwang zu einem Einheitsstaat mit zentralisierter Verwaltung, womit die Kantone ihre Souveränität verloren.¹⁷ Diese Erfahrung war prägend. Die BV 1848 sollte verhindern, dass allein die Mehrheit der Stimmberechtigten einen Kanton oder den Föderalismus auflösen kann.¹⁸ Zudem bestanden die Kantone schon vor 1848, wohingegen das Verfassungsorgan «Schweizervolk» erst mit der BV 1848 entstand.¹⁹ Die Kantone traten dem Bund nur unter der Bedingung ihres Fortbestehens bei, wobei das Erfordernis des Ständemehrs das wirksamste Mittel der Kantone darstellt, um ihre Stellung im Bundesstaat zu sichern.

Nebst dem Bestehen der Kantone schützt das Ständemehr auch deren Kompetenzen und damit ihre (beschränkte, vgl. Art. 3 BV) Souveränität: Das doppelte Mehr und die dadurch garantierte Mitwirkung der Kantone bei der Verfassungsänderung schränken die Befugnis des Bundes, die Kompetenzverteilung zwischen sich selbst und den Kantonen in seiner eigenen Verfassung vorzunehmen, wesentlich ein.²⁰ HÄFELIN ET AL. bezeichnen diese Beteiligung an den Verfassungsrevisionen als das wichtigste Mitwirkungsrecht der Kantone.²¹ Oder anders ausgedrückt: Das Ständemehr ist ein «föderalistisches Verteidigungsmittel gegen die Zentralisierung»²².

2. Minderheitenschutz

Hinzukommt, dass sich im Vorfeld der Gründung des Bundesstaates zwei Lager bildeten: ein konservatives, welches die Tradition und den Föderalismus wahren wollte, und ein liberales, welches die Bundesgewalt stärken wollte und in seiner radikalen Form gar einen Einheitsstaat wünschte.²³ Dieser Konflikt verschärfte sich in den 1840er Jahren durch konfessionelle Spannungen: Das konservative

¹⁷ Dazu und zum Folgenden: PAHUD DE MORTANGES RENÉ, Schweizerische Rechtsgeschichte, 3. A., Zürich/St. Gallen 2024, 183 f.; KLEY ANDREAS, Verhältnis von Föderalismus und Demokratie, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2020, Bd. I, III.4, Rz. 17; TSCHANNEN PIERRE, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 5. A., Bern 2021, Rz. 68.

¹⁸ KLEY (Fn. 17), Rz. 17. Dies ist heute noch der Fall (vgl. Art. 53 Abs. 2 BV).

¹⁹ Dazu und zum Folgenden: KLEY (Fn. 17), Rz. 17. Vgl. auch AUBERT JEAN-FRANÇOIS, Bundesstaatsrecht der Schweiz, Band II, Fassung von 1967, Neubearbeiteter Nachtrag bis 1994, Basel 1994, Rz. 1069.

²⁰ Vgl. RHINOW RENÉ/SCHEFER MARKUS/UEBERSAX PETER, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3. A., Basel 2016, Rz. 703 f.

²¹ HÄFELIN ULRICH ET AL., Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10. A., Zürich/Basel/Genf 2020, Rz. 951.

²² KLEY (Fn. 17), Rz. 17.

²³ BELSER EVA MARIA, Föderalismuskonzeption der Bundesverfassung, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2020, Bd. I, III.6, Rz. 4; PAHUD DE MORTANGES (Fn. 17), 201 f.

Lager war katholisch, das liberale Lager stand der reformierten Kirche nahe.²⁴ Der Konflikt gipfelte schliesslich darin, dass der katholische Sonderbund, bestehend aus den Kantonen Uri, Schwyz, Ob- und Nidwalden, Luzern, Zug, Wallis und Freiburg, 1847 im Auftrag der Tagsatzung militärisch aufgelöst wurde.²⁵ Erst dadurch wurde die Revision des Bundesvertrages von 1815 überhaupt möglich.²⁶ Die Zustimmung zum Ergebnis in Form der BV 1848 gaben einige Kantone nur aufgrund der ihnen gemachten Zugeständnisse, wozu auch das Ständemehr gehörte.²⁷ Es sollte die im Sonderbundskrieg unterlegenen Kantone vor der Majorisierung durch die grossen Mittellandkantone schützen.²⁸ Vor diesem Hintergrund bewirkten der Föderalismus – und das Ständemehr als dessen Ausprägung – einen gewissen Minderheitenschutz: Der Föderalismus garantierte der katholischen Minderheit das Recht, über ihre eigenen Belange innerhalb ihrer Kantone autonom zu entscheiden, und das Ständemehr ermöglichte ihnen, an Entscheidungen des Gesamtstaates mitzuwirken; so verlor der Gesamtstaat, der von der liberalen Mehrheit dominiert wurde, an Bedrohlichkeit.²⁹

III. «Realität»: Aktuelle Gegebenheiten

A. Übersicht

Nachdem aufgezeigt wurde, wie der Mechanismus des Ständemehrs funktioniert und weshalb es eingeführt wurde, wird nun auf seine Auswirkungen eingegangen und darauf, wie diese heute einzuordnen sind.

Eine Kollision des Volks- und des Ständemehrs ist in zwei Konstellationen möglich: Die Mehrheit der Stände kann eine Vorlage annehmen, während die Mehrheit der Stimmberechtigten diese ablehnt. In einem solchen Fall spricht man von einer *Negativkollision*.³⁰ Es gab bisher vier Negativkollisionen.³¹ Diese

²⁴ PAHUD DE MORTANGES (Fn. 17), 202 ff.

²⁵ Ausführlich dazu: KLEY ANDREAS, Geschichte des schweizerischen Verfassungsrechts von 1798 bis in die Gegenwart, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2020, Bd. I, I.3, Rz. 25 ff.

²⁶ PAHUD DE MORTANGES (Fn. 17), 204.

²⁷ AUBERT (Fn. 19), Rz. 1069.

²⁸ VATTER ADRIAN/SAGER FRITZ, Föderalismusreform am Beispiel des Ständemehrs, *Swiss Political Science Review* 2/1996, 1 ff., 1.

²⁹ Vgl. BELSER EVA MARIA, Föderalismus und Minderheitenschutz, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2020, Bd. I, III.11, Rz. 8 f.

³⁰ TSCHANNEN (Fn. 17), Rz. 917.

³¹ Bundeskanzlei, Am Volksmehr gescheiterte Verfassungsvorlagen, abrufbar unter <https://www.bk.admin.ch/ch/d/pore/va/vab_2_2_4_5.html>.

Konstellation erscheint unproblematisch, denn der Entscheid der Mehrheit der Stimmberechtigten wird respektiert.³²

Von einer *Positivkollision* spricht man hingegen, wenn eine Vorlage die Zustimmung des Volkes fand, nicht aber jene der Stände und damit einzig am Ständemehr scheiterte.³³ Diese Konstellation ist politisch heikel,³⁴ denn in einem solchen Fall wird die negative Antwort der Kantone auf die Abstimmungsfrage höher gewichtet als das Volksmehr.³⁵ Damit greift die Funktion der Demokratie, welche Abstimmungsergebnisse gemäss AUBERT «erträglich» macht, nicht mehr; die Mehrheit kann das Resultat nicht mehr als ihren eigenen Entscheid betrachten.³⁶ So hat bei den vergangenen Positivkollisionen jeweils eine Minderheit – die reale Sperrminorität – zwischen 19,5 % und 25,3 % die Vorlagen verhindert.³⁷ Dadurch wird die Legitimität der Standesstimmen infrage gestellt.³⁸ Erkennbar ist dies jeweils auch am grossen medialen Echo und den

³² Vgl. auch CR BV-SCHALLER, Art. 142, N 13, Commentaire Romand, Constitution fédérale, in: Martenent Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Basel 2021.

³³ TSCHANNEN (Fn. 17), Rz. 917.

³⁴ OFK BV-BIAGGINI, Art. 142, N 13, Orell Füssli Kommentar, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. A., Zürich 2017 (zit. OFK BV-BIAGGINI, Art. XX, N YY).

³⁵ KLEY (Fn. 17), Rz. 17 mit Verweis auf AUBERT (Fn. 19), Rz. 1067.

³⁶ AUBERT (Fn. 19), Rz. 1046; vgl. auch STAUFFER VON MAY NANDO, Regionale Aufgabenerfüllung und demokratische Rechte, Bern 2018, Rz. 154.

³⁷ Die reale Sperrminorität berechnet GERMANN aus dem Prozentsatz aller Urnengänger, die abstimmungsentscheidend waren; dieser Prozentsatz gibt den Anteil aller Neinstimmen in den ablehnenden Kantonen am Total der gültig Abstimmenden an (GERMANN RAIMUND E., Die Europatauglichkeit der direktdemokratischen Institutionen in der Schweiz, in: Kriesi Hanspeter [Hrsg.], SVPW-Jahrbuch 1991, Direkte Demokratie, Bern/Stuttgart 1991, 264). Zu den Abstimmungsergebnissen in den Kantonen siehe: Bundesratsbeschluss über das Ergebnis der Volksabstimmung vom 29. November 2020, BBl 2021, 891, Beilage 1; Bundesratsbeschluss über das Ergebnis der Volksabstimmung vom 3. März 2013, BBl 2013, 3129 ff., 3133; Bundesratsbeschluss über das Ergebnis der Volksabstimmung vom 12. Juni 1994, BBl 1994 III, 1251 ff., 1252 f.; Bundesratsbeschluss über das Ergebnis der Volksabstimmung vom 27. Februar 1983, BBl 1983 II, 294 ff., 296; Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung betreffend das Ergebnis der Volksabstimmung vom 2. März 1975, BBl 1975 I, 1583 ff., 1585; Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung über das Ergebnis der Volksabstimmung vom 4. März 1973, BBl 1973 I, 1195 ff., 1197; Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung über das Ergebnis der Volksabstimmung vom 15. November 1970, BBl 1970 II, 1574 ff., 1575; Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über das Ergebnis der Volksabstimmung vom 13. März 1955, BBl 1955 I, 673 ff., 674 f. Zum obl. Referendum Mass und Gewicht liegen keine Kantonsergebnisse vor.

³⁸ SGK BV-KLEY, Art. 142, N 10.

darauf folgenden Reformvorschlägen mittels parlamentarischer Vorstösse.³⁹ Deshalb stehen nachfolgend die Positivkollisionen im Fokus.

Datum	Gegenstand	Typus	Volk	Kantone	
			% Ja	Ja	Nein
14.01.1866	Mass und Gewicht	Obl. Ref	50,4	8 + 3/2	11 + 3/2
13.03.1955	Schutz der Mieter und Konsumenten	Volksini.	50,2	6 + 2/2	13 + 4/2
15.11.1970	Bundesfinanzordnung	Obl. Ref	55,4	8 + 2/2	11 + 4/2
04.03.1973	Bildungsartikel	Obl. Ref	52,8	9 + 3/2	10 + 3/2
02.03.1975	Konjunkturartikel	Obl. Ref	52,8	10 + 2/2	9 + 4/2
27.03.1983	Energieartikel	Obl. Ref	50,9	11	9 + 6/2
12.06.1994	Kulturförderungsartikel	Obl. Ref	51,0	10 + 2/2	10 + 4/2
12.06.1994	Erleichterte Einbürgerung	Obl. Ref	52,8	9 + 2/2	11 + 4/2
03.03.2013	Familienartikel	Obl. Ref	54,3	9 + 2/2	11 + 4/2
29.11.2020	Konzernverantwortung	Volksini.	50,7	8 + 1/2	12 + 5/2

Tabelle: Übersicht der am Ständemehr gescheiterten Vorlagen⁴⁰

B. Analyse

1. Zunahme der am Ständemehr gescheiterten Vorlagen

Die oben eingefügte Tabelle zeigt, dass bisher nur zehn Vorlagen lediglich am Ständemehr scheiterten. Dies scheint mit Blick auf dessen 177-jähriges Bestehen und die seit 1848 insgesamt 473 durchgeführten Volksabstimmungen, die das doppelte Mehr benötigten,⁴¹ eine sehr geringe Anzahl zu sein. Der

³⁹ Nach der Konzernverantwortungsinitiative siehe Parlamentarische Initiative Glättli (20.484) vom 30. November 2020, «Qualifiziertes Ständemehr bei Doppelmehr-Abstimmungen» oder Parlamentarische Initiative Gross (94.416) vom 16. Juni 1994, «Neubestimmung des Ständemehrs» nach den beiden am Ständemehr gescheiterten Vorlagen von 1994.

⁴⁰ Bundeskanzlei, Am Ständemehr gescheiterte Verfassungsvorlagen, abrufbar unter <https://www.bk.admin.ch/ch/d/pore/va/vab_2_2_4_4.html>. Design der Tabelle nach SGK BV-KLEY, Art. 142, N 11.

⁴¹ Bundesamt für Statistik, Angenommene und verworfene Abstimmungsvorlagen, nach Typ, Stand 09. Februar 2025, abrufbar unter <<https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/politik/abstimmungen.assetdetail.34307373.html>>. Die Zahl der Vorlagen setzt sich aus den obligatorischen Referenden, den Volksinitiativen und deren Gegenentwürfen zusammen, wovon die obligatorischen Referenden nach Art. 140 Abs. 2 BV, die nur dem Volksmehr unterstehen, abgezogen werden (Bundeskanzlei, Verfahrensleitender Entscheid 1934

Schluss, dass es sich hier um kein oder kein dringendes Problem handelt, liegt deshalb nahe. Allerdings ist auffällig, dass die Konstellation vor allem in den letzten Jahrzehnten auftrat: Zwischen 1848 und 1970, also in den ersten 122 Jahren, scheiterten gerade einmal drei Vorlagen am Ständemehr. Die anderen sieben Positivkollisionen traten hingegen in einem Zeitraum von knapp 50 Jahren auf, wobei zwei Vorlagen am selben Datum nur am Ständemehr scheiterten. Deshalb scheint es präziser, von einem Problem mit zunehmender Dringlichkeit zu sprechen.

VATTER/SAGER sehen vor allem drei Gründe für die Zunahme von Positivkollisionen: Erstens hat die Anzahl der Doppelmehrabstimmungen stark zugenommen, wodurch die Wahrscheinlichkeit einer Positivkollision automatisch zunimmt.⁴² Während in den Jahren von 1951 bis 1970 nur 50 Doppelmehrabstimmungen durchgeführt wurden, waren es zwischen 2001 und 2020 112.⁴³ Zweitens – und in direktem Zusammenhang mit dem ersten Punkt – wurde das Ständemehr materiell-rechtlich erweitert:⁴⁴ So wurde 1891 die Volksinitiative auf Teilrevision der Bundesverfassung eingeführt.⁴⁵ Nach dem Zweiten Weltkrieg kamen die dringlich erklärten Bundesgesetze, welche sich nicht auf die Verfassung stützen, hinzu.⁴⁶ 1977 wurde das Ständemehr schliesslich auf Staatsverträge, welche den Beitritt zu supranationalen Gemeinschaften oder zu Organisationen für kollektive Sicherheit vorsehen, ausgeweitet.⁴⁷ Drittens hat sich die Kantonsdemographie stark verändert.⁴⁸ Auf diesen Punkt wird im Unterkapitel [III.D.](#) separat eingegangen.

– 01.04.2025, abrufbar unter https://www.bk.admin.ch/ch/d/pore/vr/vor_2_2_6_6_02.html>).

⁴² VATTER/SAGER (Fn. 28), 8.

⁴³ Bundesamt für Statistik, Angenommene und verworfene Abstimmungsvorlagen, nach Typ, Stand 09. Februar 2025, abrufbar unter <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/politik/abstimmungen.assetdetail.34307373.html>>. Die Zahl der Vorlagen setzt sich aus den obligatorischen Referenden, den Volksinitiativen und deren Gegenentwürfen für die Zeiträume 1951–1960 und 1961–1970 sowie 2001–2010 und 2011–2020 zusammen, wovon die relevanten obligatorischen Referenden nach Art. 140 Abs. 2 BV (Abstimmungen 1951 und 1966), die nur dem Volksmehr unterstehen, abgezogen werden (Bundeskanzlei, Verfahrensleitender Entscheid 1934 – 01.04.2025, abrufbar unter https://www.bk.admin.ch/ch/d/pore/vr/vor_2_2_6_6_02.html>).

⁴⁴ VATTER/SAGER (Fn. 28), 8 f.

⁴⁵ Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung betreffend die eidgenössische Volksabstimmung vom 5. Juli 1891, BBl 1891 IV, 1 ff., 1 f.

⁴⁶ Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung betreffend das Ergebnis der Volksabstimmung vom 11. September 1949, BBl 1949 II, 581 ff., 583 f. Damals wurde noch der Begriff (allgemeinverbindlicher) Bundesbeschluss verwendet.

⁴⁷ Bericht über das Ergebnis der Volksabstimmung vom 13. März 1977, BBl 1977 II, 197 ff., 203 f.

⁴⁸ VATTER/SAGER (Fn. 28), 7 f.

2. Inhalt der Vorlagen

Vor dem Hintergrund der historischen Begründung des Ständemehrs, dass Kompetenzverschiebungen von den Kantonen weg hin zum Bund nur mit der Zustimmung ersterer (siehe oben, [II.B.1.](#)) erfolgen sollen, ist der Inhalt der Vorlagen zu beleuchten. Die ersten neun Vorlagen beinhalteten alle eine Erweiterung von Bundeskompetenzen.⁴⁹ Anders sieht es bei der Volksinitiative über die Konzernverantwortung von 2020 aus, welche zu keiner Kompetenzerweiterung des Bundes zulasten der Kantone geführt hätte;⁵⁰ es hätte sich also um eine Verfassungsänderung innerhalb bestehender Bundeskompetenzen gehandelt.

Das heisst, das Ständemehr hat mehrheitlich eine seiner rechtshistorischen Begründungen erfüllt und Kompetenzverschiebungen weg von den Kantonen hin zum Bund verhindert. Damit sind «Recht» und «Realität» in dieser Hinsicht weitgehend deckungsgleich. Es bleibt abzuwarten, ob aufgrund der Erhöhung der Möglichkeit für Positivkollisionen vermehrt Vorlagen, welche keine Kompetenzverschiebungen enthalten, am Ständemehr scheitern. Wäre dies der Fall, würde einer der Legitimationsgründe des Ständemehrs entfallen.

⁴⁹ Bundesbeschluss über das Volksbegehren zum Schutze der Mieter und Konsumenten vom 22. Dezember 1954, BBl 1954 II, 1317 ff., 1317 f.; Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung vom 10. September 1969 über die Änderung der Finanzordnung des Bundes, BBl 1969 II, 749 ff., 750; Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung vom 19. Januar 1972 über die neuen Bildungs- und den Forschungsartikel der Bundesverfassung (Art. 27, 27^{bis} und 27^{quater}), BBl 1972 I, 375 ff., 377 f.; Botschaft über einen Konjunkturartikel in der Bundesverfassung vom 27. September 1976, BBl 1976 III, 677 ff., 682 ff., 703 ff.; Botschaft über Grundsatzfragen der Energiepolitik (Energieartikel in der Bundesverfassung) vom 25. März 1981, BBl 1981 II, 318 ff., 320 f., 328; Botschaft über einen Kulturförderungsartikel in der Bundesverfassung (Art. 27^{septies} BV) vom 6. November 1991, BBl 1992 I, 533 ff., 534, 570 ff.; Botschaft über die erleichterte Einbürgerung junger Ausländer vom 28. Oktober 1992, BBl 1992 VI, 545 ff., 553; Stellungnahme des Bundesrates vom 15. Februar 2012 zur Parlamentarischen Initiative über eine Verfassungsbasis für eine umfassende Familienpolitik, Bericht vom 10. November 2011 der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates, BBl 2012, 1827 ff., 1830 f. Vgl. auch SGK BV-KLEY, Art. 142, N 10; OFK BV-BIAGGINI, Art. 142, N 13; vgl. auch BBl 1997 I (Fn. 9), 464.

⁵⁰ Die Initiative wollte den Bund verpflichten, Massnahmen zur Stärkung der Respektierung der Menschenrechte und der Umwelt durch die Wirtschaft zu treffen (Art. 101a Abs. 1 E-BV) und wollte eine Sorgfaltsprüfung sowie eine Haftung für kontrollierte Unternehmen im Ausland einführen (Art. 101a Abs. 2 lit. b und c E-BV) (Botschaft zur Volksinitiative «Für verantwortungsvolle Unternehmen – zum Schutz von Mensch und Umwelt» vom 15. September 2017, BBl 2017, 6335 ff.).

C. Veränderter Minderheitenschutz

1. «Gewinner» des Ständemehrs

Eine Auswertung⁵¹ zeigt, dass bei allen⁵² Vorlagen, die einzig am Ständemehr scheiterten, die Kantone Schwyz, Obwalden, Appenzell Innerrhoden, Appenzell Ausserrhoden und Aargau eine negative Standesstimme aufwiesen und somit vom Ständemehr profitiert haben.

Die Kantone Luzern, Uri, Nidwalden und Schaffhausen haben bei acht von neun Vorlagen vom Ständemehr profitiert.

Schliesslich hatten die Kantone Glarus, Zug, St. Gallen und Wallis bei sieben von neun Positivkollisionen eine negative Standesstimme.

Die «Gewinnerkantone» sind deutschsprachig, ländlich geprägt und die meisten von ihnen sind klein. Diese Kantone gelten im Vergleich zur restlichen Schweiz als überdurchschnittlich konservativ.⁵³

2. «Verlierer» des Ständemehrs

Der Kanton Zürich⁵⁴ wies bei allen Positivkollisionen eine positive Standesstimme auf und ist somit der klare «Verlierer» des Ständemehrs. Der Kanton Jura hatte seit seiner Gründung ebenfalls bei allen Positivkollisionen Ja gestimmt. Die Kantone Bern, Basel-Stadt, Tessin und Neuenburg hatten bei acht von neun am Ständemehr gescheiterten Vorlagen Ja gestimmt.

Bei sieben von neun Positivkollisionen hatten die Kantone Basel-Landschaft und Genf eine positive Standesstimme. Auch für sie ist das Ständemehr in dieser Hinsicht mit mehr Nachteilen als Vorteilen verbunden.

Auffällig ist, dass die meisten der «Verliererkantone» urban sind sowie eine grosse Agglomeration haben und/oder zur französisch- bzw. italienischsprachigen Minderheit gehören.⁵⁵ Eine Analyse der Abstimmungsergebnisse legt nahe, dass der sogenannte «Röstigraben» sich bei den Abstimmungsergebnis-

⁵¹ Dazu und zu den folgenden Auswertungen: Für die kantonalen Resultate der einzelnen Abstimmungen siehe Fn. 37.

⁵² Zum obligatorischen Referendum «Mass und Gewicht» liegen keine Kantonsergebnisse vor, weshalb diese Abstimmung im Folgenden ausser Acht gelassen wird.

⁵³ VATTER/SAGER (Fn. 28), 13.

⁵⁴ Dazu und zu den folgenden Auswertungen: Für die kantonalen Resultate der einzelnen Abstimmungen siehe Fn. 37.

⁵⁵ Dazu und zum Folgenden vgl. auch VATTER ADRIAN, Das politische System der Schweiz, 5. A., Baden-Baden 2024, 415.

sen zeigt. Die vier französischsprachigen Kantone, die ein Vielfaches an Stimmen an die Urne bringen gegenüber den Innerschweizer Bergkantonen, standen insbesondere bei den letzten fünf Positivkollisionen auf der «Verliererseite».⁵⁶

3. Einordnung

Eine der historischen Begründungen für das Ständemehr war, dass die liberal-protestantischen Kantone nicht die katholisch-konservativen Kantone majorisieren können sollten (siehe oben, [II.B.2.](#)). Auch heute noch gehören fast alle ehemaligen Sonderbundskantone nach wie vor zu den «Gewinnern» des Ständemehrs, nur der Kanton Freiburg profitiert nicht vom Ständemehr.⁵⁷ Dies ist vor dem Hintergrund, dass die Religion in der Schweiz an Bedeutung verloren hat und die Konfessionen sich in den Kantonen und Gemeinden vermischen,⁵⁸ nicht mehr gerechtfertigt. Der Minderheitenschutz entfaltet also weiterhin seine Wirkung, obwohl er in dieser Form nicht mehr der heutigen Realität entspricht.

Auch «sprachliche und kulturelle» Minderheiten sollen nach Teilen der Lehre durch das Ständemehr geschützt werden.⁵⁹ Hinsichtlich der Mehrheit der französischsprachigen Kantone und des Tessins trifft dies nicht zu, sie stehen auf der «Verliererseite» des Ständemehrs. Hinzukommt, dass der Schutz des Ständemehrs nur Minderheiten erfasst, die sich Kantonen zuordnen lassen und sich auch in diesen befinden: Lebt eine französischsprachige Person ausserhalb eines entsprechenden Kantons, «so vermag die territoriale Autonomie allein ihr Bedürfnis nach Schutz ihrer Identität nicht mehr zu befriedigen»⁶⁰. Andere Minderheiten wie etwa Personen mit spanischer Muttersprache, Angehörige einer sexuellen Minderheit oder Personen mit hinduistischer Religionszugehörigkeit profitieren erst recht nicht vom Minderheitenschutz des Ständemehrs.⁶¹ Dies verdeutlicht, dass die heute relevanten Minderheiten häufig nicht mehr anhand der Kantongrenze identifizierbar sind und der Föderalismus als Ganzes oder das Ständemehr im Spezifischen sie dementsprechend nicht schützen kann.

⁵⁶ Vgl. VATTER/SAGER (Fn. 28), 14.

⁵⁷ Vgl. auch VATTER/SAGER (Fn. 28), 13.

⁵⁸ Bundesamt für Statistik, Religionslandschaft, Volkszählungen ab 1850, abrufbar unter <https://www.census1850.bfs.admin.ch/de/religionslandschaft.html>.

⁵⁹ Vgl. HANGARTNER YVO ET AL., Die Demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. A., Zürich 2023, Rz. 730.

⁶⁰ BELSER (Fn. 29), Rz. 4.

⁶¹ BELSER (Fn. 29), Rz. 4.

Als weitere vom Ständemehr zu schützende bzw. geschützte Minderheiten werden schliesslich die ländlichen bzw. bevölkerungsarmen Gebiete gegenüber den Städten genannt.⁶² Die ländlich geprägten, kleineren Kantone profitieren tatsächlich vom Ständemehr. Dies ist bis zu einem gewissen Grad wünschenswert, weil ihnen so ein wirksames Instrument zur Verhinderung von Verfassungsänderungen gegeben und damit ein ständiges Überstimmen durch die grossen Kantone verhindert wird.⁶³ Darüber hinaus kann das Ständemehr bereits während der Ausarbeitung einer Vorlage die Kompromissbereitschaft der grösseren Kantone fördern und in der kleinräumigen und heterogenen Schweiz eine integrative Wirkung entfalten. Mit Blick auf die Entwicklung der kantonalen Bevölkerungszahlen und der damit zusammenhängenden verstärkten Einschränkung der Stimmkraftgleichheit könnte diese Wirkung aber auch ins Negative kippen (siehe sogleich unten, [III.D.](#)).

D. Verstärkte Einschränkung der Stimmkraftgleichheit

1. Verfassungsrechtlich gewollte Einschränkung

Die Stimmkraftgleichheit garantiert allen Stimmberechtigten die gleiche Möglichkeit, ihre Stimme verwertet und nicht nur gezählt zu finden.⁶⁴ Sie wird durch das Ständemehr insofern eingeschränkt, als die Stimme jedes Kantons (abgesehen von den «Halbkantonen») gleich gewichtet wird, unabhängig von seiner Bevölkerungszahl bzw. der Anzahl Stimmberechtigten. Somit wiegt für das Ergebnis des Ständemehrs, welches sich aus dem kantonalen Abstimmungsergebnis ergibt (Art. 142 Abs. 3 BV sowie oben, [II.A.1.](#)), die Stimme einer Einwohnerin eines bevölkerungsarmen Kantons mehr als die Stimme eines Einwohners eines bevölkerungsreichen Kantons.

Diese interkantonal unterschiedliche Verwertung der einzelnen Stimmen ist verfassungsrechtlich gewollt (Art. 140 Abs. 1 BV und Art. 142 Abs. 2–4 BV). Aus diesem Grund bezeichnete das Bundesgericht die Rüge, dass die Stimmkraftgleichheit aufgrund des Abstimmungsergebnisses der Konzernverantwortungsinitiative – die einzig am Ständemehr gescheitert war – verletzt sei, als «aussichtslos»;⁶⁵ Eben weil die Verfassung die Einschränkung der Stimmkraftgleichheit vorsehe, sei sie auch für das Bundesgericht verbindlich.

⁶² Vgl. etwa HANGARTNER ET AL. (Fn. 59), Rz. 730; BSK BV-EPINEY/DIEZIG, Art. 142, N 11, Basler Kommentar Bundesverfassung, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basel 2015.

⁶³ Dazu und zum Folgenden: VATTER/SAGER (Fn. 28), 16.

⁶⁴ Statt vieler: Vgl. BGE 145 I 259 E. 4.4.

⁶⁵ Dazu und zum Folgenden: BGE 147 I 194 E. 3.3.

2. Entwicklung der kantonalen Bevölkerungszahlen

Auch wenn diese Einschränkung rechtlich gewollt und verbindlich ist, muss ihre tatsächliche Wirkung kontinuierlich beobachtet werden. Denn die interkantonalen Unterschiede haben sich seit 1848 verstärkt.

1850 hatte der Kanton Zürich rund 250'700 Einwohnerinnen und Einwohner.⁶⁶ Im Kanton Uri lebten zur selben Zeit etwa 14'500 Menschen.⁶⁷ Das heisst, die Stimme eines Zürchers wog 1850 gut 17-mal weniger als diejenige eines Urners.⁶⁸ In Appenzell Innerrhoden lebten um 1850 knapp 11'300 Menschen.⁶⁹ Daraus ergibt sich, dass die Stimme eines Zürchers 1850 ungefähr elfmal weniger wog als diejenige eines Appenzellers.⁷⁰

Bei der Abstimmung im Februar 2025 hatte der Kanton Zürich rund 973'400 Stimmberechtigte, während der Kanton Uri ca. 27'200 Stimmberechtigte hatte und der Appenzell Innerrhoden knapp 12'400.⁷¹ Heute wiegt die Stimme einer Zürcherin somit rund 36-mal weniger als die Stimme eines Urners oder die Stimme einer Stimmberechtigten aus dem Kanton Appenzell Innerrhoden gleich viel wie diejenige von 39 Zürcherinnen und Zürchern. Daraus lässt sich ableiten, dass sich die Unterschiede in der Stimmkraft zugunsten der kleinen Kantone verstärkt haben.

Die kleinen Kantone sind also mit Blick auf das Ständemehr mächtiger geworden. Die Frage, wann die interkantonalen Unterschiede in der Stimmkraftgleichheit als zu gross bzw. als ungerecht eingestuft werden, ist eine politische und keine rechtliche. Es besteht das Risiko, dass das Ständemehr dadurch seine integrativen, kompromiss- und akzeptanzfördernden Eigenschaften verliert, weil Volksabstimmungen bei einzig am Ständemehr gescheiterten Vor-

⁶⁶ SUTER MEINRAD, Zürich (Kanton), Historisches Lexikon der Schweiz (Version vom 24. August 2017), abrufbar unter <<https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/007381/2017-08-24/>>. Die Anzahl der Stimmberechtigten, die ein noch genaueres Bild für diese Zeit abgeben würden, konnte nicht ermittelt werden.

⁶⁷ ASCHWANDEN RALPH, Uri, Historisches Lexikon der Schweiz (Version vom 15. Januar 2021), abrufbar unter <<https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/007384/2021-01-15/>>.

⁶⁸ 250'700 und 14'500 ins Verhältnis zueinander gesetzt, ergibt 1:17. Diese Zahlen gehen jeweils von einer gleichen Stimmbeteiligung in allen Kantonen aus.

⁶⁹ WEISHAUPT ACHILLES, Appenzell Innerrhoden, Historisches Lexikon der Schweiz (Version vom 25. Oktober 2019), abrufbar unter <<https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/007475/2019-10-25/>>.

⁷⁰ 250'700 (Zürich) geteilt durch 11'300 (Appenzell Innerrhoden) geteilt durch zwei, weil der Kanton Appenzell Innerrhoden nur eine halbe Ständestimme hat.

⁷¹ Bundesamt für Statistik, Volksinitiative «Für eine verantwortungsvolle Wirtschaft innerhalb der planetaren Grenzen (Umweltverantwortungsinitiative)», nach Kanton, abrufbar unter <<https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/aktuell/neue-veroeffentlichungen.assetdetail.34387499.html>>.

lagen aufgrund der grossen interkantonalen Stimmkraftunterschiede nicht mehr als legitim wahrgenommen werden.⁷² Dann wäre die Politik in der Pflicht, mögliche Reformvorschläge zu diskutieren.

IV. Reformbedarf?

A. Ausgangslage

Eine Analyse der am Ständemehr gescheiterten zehn Vorlagen zeigt, dass entsprechend der rechtshistorischen Zielsetzung vor allem Kompetenzverschiebungen von den Kantonen zum Bund hin verhindert wurden. Strukturell tragen aber jeweils dieselben Kantone zum Scheitern der Vorlagen bei. Vor dem Hintergrund, dass die Konfessionen heute keine Minderheiten mehr begründen, die durch das Ständemehr geschützt werden müssten, die sprachlichen Minderheiten nicht vom Ständemehr profitieren und die interkantonalen Unterschiede hinsichtlich der Stimmkraftgleichheit stark zugenommen haben, stellt sich die Frage, ob eine Anpassung der rechtlichen Grundlage an die heutige Realität notwendig wäre.

Die Frage nach einer möglichen Reform des Ständemehrs ist nicht neu. In der Vergangenheit machten Politikwissenschaftlerinnen und -wissenschaftler zahlreiche Reformvorschläge, insbesondere in den 1990er-Jahren.⁷³ Hinzukommen diverse parlamentarische Vorstösse, die teilweise ebendiese Reformvorschläge aufnehmen.⁷⁴ Auch bei der Totalrevision der Bundesverfassung wurde eine entsprechende Reform diskutiert.⁷⁵

Viele dieser Vorschläge zielen darauf ab, die Unterschiede in der Stimmkraftgleichheit zu verkleinern. Dafür wollen sie den Kantonen unterschiedlich viele Standesstimmen geben oder schlagen den Zusammenschluss von Kantonen vor. Diese Reformvorschläge sind m.E. einerseits politisch nicht umsetzbar, andererseits würden sie den Föderalismus als eines der tragenden Grundprinzipien der Verfassung durch die unterschiedliche Gewichtung der Kantone zu stark einschränken.

⁷² Vgl. auch Parlamentarische Initiative Robert (93.405) vom 7. Oktober 1993, «Qualifiziertes Ständemehr bei Doppelmehrabstimmungen», AB N 1993, 1918 ff.

⁷³ VATTER/SAGER (Fn. 28), 17 ff. m.w.H.

⁷⁴ Parlamentarische Initiative Glättli 20.484 (Fn. 39); Parlamentarische Initiative Gross 94.416 (Fn. 39); Parlamentarische Initiative Robert 93.405 (Fn. 72); Parlamentarische Initiative Jaeger (75.222) vom 3. März 1975, «Ständemehr. Neue Regelung», AB N 1975 1176 ff.; Parlamentarische Initiative Fehr (02.443) vom 20. Juni 2002, «Mehr Ständerat, weniger Ständemehr».

⁷⁵ BBl 1997 I (Fn. 9), 463 f.

Andere Vorschläge sehen qualifizierte Mehrheiten vor, dass also beispielsweise das Ergebnis des Volksmehrs nur durch mindestens zwei Drittel der Kantone, also mit 15.5 Ständesstimmen, aufgehoben werden kann.⁷⁶ Diese Art von Reformvorschlägen hatte es im Parlament schwer, weil die Grenzen der qualifizierten Mehrheit für willkürlich gehalten wurden.⁷⁷

B. Reformvorschlag des «stärkeren Mehrs»

Das Problem einer festen Grenze, die als willkürlich angesehen wird, hat der Lösungsvorschlag von LINDER/MUELLER nicht. Sie entwerfen ein Modell des «stärkeren Mehrs»: Bei ungleichem Volks- und Ständemehr soll das prozentual höhere für gültig erklärt werden.⁷⁸ Der Vorteil dieser Lösung ist, dass sie einfach umsetzbar ist und wenig am Status quo ändern würde, indem sie die Anzahl der Ständesstimmen nicht anpasst. Diese Lösung ist daher m.E. am ehesten mehrheitsfähig.

Dieser Vorschlag hätte in der Vergangenheit dazu geführt, dass aus den zehn Positivkollisionen der Bildungsartikel und der Konjunkturartikel angenommen worden wären, denn nur bei diesen Abstimmungen war das Volksmehr mit je 52,8 % höher als das in Prozent umgerechnete Resultat des Ständemehrs mit 52,3 % (berechnet aus 11.5:10.5) bzw. 50 % (aus 11:11).⁷⁹ Bei den vier Negativkollisionen wären die Volksinitiativen «gegen Asylrechtsmissbrauch» und «gegen die Heiratsstrafe», welche aber vom Bundesgericht aufgehoben wurde,⁸⁰ durch das prozentual stärkere Ständemehr gegenüber der knappen Ablehnung durch das Volk angenommen worden.

Die Lösung des «stärkeren Mehrs» wirkt sich also in beide Richtungen aus.⁸¹ LINDER/MUELLER meinen deshalb, dass ihre Lösung zu einem «offene[n] Wettbewerb zwischen Föderalismus- und Demokratieprinzip» führen würde, welcher die Volksabstimmung zusätzlich beleben könnte.⁸² Dies ist interessant, weil das Ständemehr dazu führt, dass Abstimmungskomitees sich besonders auf einzelne Kantone konzentrieren, bei denen unsicher ist, wie ihre Stan-

⁷⁶ Siehe z.B. Parlamentarische Initiative Glättli 20.484 (Fn. 39).

⁷⁷ Parlamentarische Initiative Robert 93.405 (Fn. 72), Votum Fritschi, AB N 1993 1927.

⁷⁸ Dazu und zum Folgenden: LINDER WOLF/MUELLER SEAN, Schweizerische Demokratie, Institutionen, Prozesse, Perspektiven, 4. A., Bern 2017, 227 f.

⁷⁹ Dazu und zum Folgenden: Siehe auch LINDER/MUELLER (Fn. 78), 228.

⁸⁰ Urteil des BGer 1C_315/2018 vom 10. April 2019 E. 7.

⁸¹ LINDER/MUELLER (Fn. 78), 228.

⁸² LINDER/MUELLER (Fn. 78), 228.

desstimme aussehen wird.⁸³ Die jeweiligen Kantone – die Medien sprechen von «Swing States» – werden jeweils aufgrund früherer Abstimmungsergebnisse ermittelt.⁸⁴ So lässt sich eine Abstimmungsvorlage mit der jetzigen Regelung relativ leicht beeinflussen. Der Reformvorschlag würde dem entgegenwirken. Allerdings vermag die Lösung weder die Unterschiede in der Stimmkraft zu verkleinern, noch trägt sie zu einem stärker ausgeglichenen Minderheitenschutz bei – beides dürfte aber aus politischen Gründen schwer zu erreichen sein.

C. Wahrscheinlichkeit dieser Reform

Auffällig ist, dass bei den Diskussionen zu den parlamentarischen Vorstössen immer auf einen späteren Zeitpunkt verwiesen wurde. Noch sei es nicht an der Zeit, das Ständemehr zu ändern: Es seien zu wenige Vorlagen lediglich am Ständemehr gescheitert,⁸⁵ man könne dies mit der nächsten Verfassungsrevision tun,⁸⁶ «es habe noch keinen Aufstand gegeben»⁸⁷. Es ist eine politisch heikle Debatte, der die Parlamentsmitglieder gerne ausweichen.

Selbst wenn ein parlamentarischer Vorstoss oder eine Volksinitiative zur Abstimmung gelangten, würde eine Reform des Ständemehrs einer Verfassungsänderung bedürfen, womit sie dem doppelten Mehr untersteht (Art. 140 Abs. 1 lit. a BV) – es müsste also im alten Abstimmungsmodus über einen allfällig neuen entschieden werden. Die bisherigen «Gewinnerkantone» müssten dabei auf ein jahrhundertaltes Privileg mindestens teilweise verzichten. Eine Annahme einer Reform des Ständemehrs muss entsprechend realistisch eingeschätzt werden. LINDER betrachtet eine Verfassungsänderung, die die Gewichtung des Ständemehrs zum Gegenstand hätte, gar als unmöglich.⁸⁸

⁸³ ASCHWANDEN ERICH/GERNY DANIEL, Konzernverantwortung: Weshalb Befürworter und Gegner ihre Kampagnen in den Bergen hochfahren, NZZ vom 6. November 2020, <<https://www.nzz.ch/schweiz/konzernverantwortung-befuerworter-und-gegner-wollen-staen-demehr-ld.1585090>>.

⁸⁴ SRF, Erleichterte Einbürgerung, Schweizer «Swing States» als Zünglein an der Waage?, abrufbar unter <<https://www.srf.ch/news/schweiz/erleichterte-einbuergierung-schweizer-swing-states-als-zuenglein-an-der-waage>>.

⁸⁵ Parlamentarische Initiative Gross 94.416 (Fn. 39), Votum Fritschi, AB N 1995 2175; Parlamentarische Initiative Jaeger 75.222 (Fn. 74), Votum Aubert, AB N 1975 1173.

⁸⁶ Parlamentarische Initiative Jaeger 75.222 (Fn. 74), Votum Bretscher, AB N 1975 1175.

⁸⁷ Parlamentarische Initiative Nordmann (13.417) vom 21. März 2013, «Für eine Ausbalancierung des Föderalismus», Votum Gross, AB N 2014 670.

⁸⁸ LINDER WOLF, Die Nachführung der Verfassung aus politologischer Sicht, LeGes 2013, 359 ff., 362.

V. Fazit

Das Ständemehr besteht in seiner Grundform seit der Entstehung des Bundesstaates und wurde vor allem zur Stärkung des Föderalismus eingeführt, indem Kompetenzen nicht ohne die Zustimmung der Kantone von diesen zum Bund verschoben werden können. Bei neun von zehn Positivkollisionen war dies tatsächlich der Fall. Zudem sollte das Ständemehr ursprünglich die kleinen, konservativen und katholischen Kantone vor einer Majorisierung durch die grossen, protestantischen Kantone bewahren. In diesem Zusammenhang wird von Minderheitenschutz gesprochen. Auch wenn die Konfessionen heute an Bedeutung verloren haben, profitieren weiterhin dieselben Kantone vom Ständemehr, während die heute relevanten Minderheiten nicht durch das Ständemehr geschützt werden. Hinzukommt, dass die interkantonalen Unterschiede hinsichtlich der Stimmkraftgleichheit seit 1848 stark zugenommen haben.

In der «Realität» sind zehn Vorlagen am Ständemehr gescheitert. Darin ist an sich kein Problem zu sehen – «man kann einer Bremse nicht vorwerfen, dass sie planmässig greift»⁸⁹. Aber es besteht die Möglichkeit, diese Bremse «anders ein[zustellen]»⁹⁰. Eine Reform wäre dann angebracht, wenn in der Wahrnehmung der Stimmberechtigten zu viele Vorlagen lediglich am Ständemehr scheitern oder die Unterschiede hinsichtlich der Stimmkraftgleichheit als zu gross angesehen würden. Das Ständemehr würde dann als nicht mehr legitim wahrgenommen werden. Allerdings unterstünde eine Reform dem doppelten Mehr. Die Anpassung des «Rechts» muss entsprechend realistisch eingeschätzt werden – die aktuellen «Gewinnerkantone» werden kaum auf ihre Privilegien verzichten wollen.

⁸⁹ TSCHANNEN (Fn. 17), Rz. 919.

⁹⁰ WALDMANN BERNHARD, Perspektiven des schweizerischen Föderalismus, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2020, Bd. I, III.12, Rz. 21.

Der XXVI. Band der Schriftenreihe APARIUZ steht unter dem Leitthema «Recht und Realität». In elf Beiträgen reflektieren Nachwuchsforschende der Universität Zürich aktuelle Themen zur Wechselwirkung zwischen Recht und Realität in der Rechtswissenschaft. Die Beiträge beantworten die grundlegenden Fragen, ob und inwiefern das Recht im Vergleich zur gelebten Realität zurückfällt, und inwiefern sich rechtliche Normen auf die tatsächlichen Lebensumstände von Individuen sowie Gemeinschaften auswirken. Die Autorinnen und Autoren analysieren das Verhältnis zwischen Recht und Realität, indem sie die heutigen Herausforderungen durch die fortschreitenden gesellschaftlichen Veränderungen untersuchen, mögliche Lösungsvorschläge diskutieren und die zentrale Bedeutung dieser Thematik für das Verständnis unserer Gesellschaft aufzeigen. Abgerundet wird der Band durch einen Gastbeitrag.